

# El singular modelo de gestión de los servicios sociales en Andalucía: “El concierto social”

María del Mar Caraza Cristín

Instituto Andaluz de Administración Pública | Premios Blas Infante 2017



**Junta de Andalucía**

Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



**EL SINGULAR MODELO DE GESTIÓN  
DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA:  
“EL CONCIERTO SOCIAL”**

*Trabajo galardonado con el Premio Blas Infante de Estudios  
e Investigación en el ámbito de la Comunidad Autónoma,  
en su XVII Edición, en su modalidad A, de Estudio e Investigación  
sobre Administración Pública de Andalucía*





**EL SINGULAR MODELO DE GESTIÓN  
DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA:  
“EL CONCIERTO SOCIAL”**

**María del Mar Caraza Cristín**

Instituto Andaluz de Administración Pública

Sevilla - 2020

El singular modelo de gestión de los servicios sociales en Andalucía:  
“el concierto social” / María del Mar Caraza Cristín  
Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2020  
182 p. ; 24 cm. - (Estudios).

Trabajo galardonado con una mención especial del Premio Blas Infante  
de Estudios e Investigación sobre la Administración Pública, en su XVII  
Edición, en su modalidad A.

D.L. SE-1073-2020  
ISBN (ed. impresa): 978-84-8333-707-3

1. Legislación Servicios Sociales 2. Gestión servicios sociales 3. Concierto  
Social 4. Instituto Andaluz de Administración Pública

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA  
REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE  
SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL TITULAR DEL COPYRIGHT

TÍTULO: EL SINGULAR MODELO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS  
SOCIALES EN ANDALUCÍA: “EL CONCIERTO SOCIAL”  
AUTORA: MARÍA DEL MAR CARAZA CRISTÍN

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública  
Diseño y maquetación: 4tintas  
Impresión: Servicio de Publicaciones y Boja  
ISBN (ed. impresa): 978-84-8333-707-3  
Depósito Legal: SE-1073-2020

*“Lo que define al Estado de Derecho no es una finalidad determinada, que también podría perseguir con éxito el filósofo-rey platónico, sino una determinada estructura destinada a protegernos de cuantos tiranos, más o menos bien intencionados (y la conciencia subjetiva del tirano está llena seguramente, en muchos casos, de nobles ideales y elevados anhelos), pretenden hacernos libres y felices a pesar nuestro”.*

Francisco Rubio Llorente, *“El principio de legalidad”* (1993).





## ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	15
<b>PRÓLOGO</b> .....	17
<b>ACRÓNIMOS</b> .....	25
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	29
<b>CAPÍTULO I.</b>	
<b>LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA: ADMINISTRACIONES COMPETENTES</b> .....	33
<b>1 LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA: DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN</b> .....	33
1.1 Concepto.....	33
1.2 Clases.....	34
1.2.1 Los servicios sociales comunitarios.....	34
1.2.2 Los servicios sociales especializados.....	35
<b>2 ADMINISTRACIONES COMPETENTES EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES</b> .....	37
2.1 Competencias de la Administración General del Estado.....	37
2.2 Competencias de la Junta de Andalucía.....	38
2.3 Competencias de las Entidades locales.....	40

## **CAPÍTULO II.**

### **EVOLUCIÓN EN LOS MODOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA HASTA LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO..... 47**

1	LOS MODOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. ....	47
1.1	Modo de gestión directa.....	48
1.2	Modo de gestión indirecta.....	49
2	LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN.....	51
3	EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	54
4	LAS DIRECTIVAS 23/2014/UE Y 24/2014/UE, DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	56

## **CAPÍTULO III.**

### **LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN LA LCSP DE 2017. ... 61**

1	ADECUACIÓN DE LA FORMA CONTRACTUAL DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES A LA NUEVA TIPOLOGÍA DE LA LCSP.....	61
2	ESPECIALIDADES DE LOS “SERVICIOS SOCIALES DIRIGIDOS A LAS PERSONAS” EN LA LCSP. ....	64
3	RECONOCIMIENTO LEGAL DE QUE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES QUEDE AL MARGEN DE LA LCSP.....	68

## **CAPÍTULO IV.**

### **EL CONCIERTO SOCIAL EN EL DERECHO AUTONÓMICO COMPARADO. .... 73**

1	INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA LSSA.....	73
2	REGULACIONES AUTONÓMICAS.....	74

2.1 País Vasco.....	74
2.2 Islas Baleares.....	75
2.3 Castilla y León.....	77
2.4 Asturias.....	78
2.5 Murcia.....	80
2.6 Aragón.....	81
2.7 Cataluña.....	82
2.8 Galicia.....	84
2.9 Navarra.....	85
2.10 Extremadura.....	88
2.11 Valencia.....	89
2.12 Canarias.....	90
<b>3 SÍNTESIS.....</b>	<b>92</b>

## **CAPÍTULO V.**

### **EL CONCIERTO SOCIAL EN LA LEY DE SERVICIOS SOCIALES DE ANDALUCÍA..... 95**

<b>1 DEFINICIÓN Y OBJETO DEL CONCIERTO SOCIAL.....</b>	<b>95</b>
1.1 Definición de concierto social.....	97
1.2 Objeto del concierto social.....	98
<b>2 ENTIDADES QUE PUEDEN SUSCRIBIR EL CONCIERTO SOCIAL.....</b>	<b>99</b>
2.1 Delimitación de las entidades concertadas.....	99
2.2 Requisitos.....	101
2.2.1 Autorización de funcionamiento.....	101
2.2.2 Acreditación.....	104

2.2.3	Inscripción en el registro de entidades, centros y servicios sociales ...	106
2.2.4	Otros .....	106
<b>3</b>	<b>RÉGIMEN JURÍDICO.....</b>	<b>108</b>
3.1	Procedimiento de convocatoria del concierto social.....	108
3.2	Criterios de selección.....	108
<b>4</b>	<b>SOBRE LA FORMALIZACIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL.....</b>	<b>109</b>
<b>5</b>	<b>LOS EFECTOS DEL CONCIERTO SOCIAL.....</b>	<b>110</b>
<b>6</b>	<b>SOBRE LA DURACIÓN, RENOVACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONCIERTOS.....</b>	<b>111</b>
<b>7</b>	<b>OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA.....</b>	<b>111</b>

## **CAPÍTULO VI.**

### **ANÁLISIS DEL DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL CONCIERTO SOCIAL.....113**

<b>1</b>	<b>DE LA DIFERENTE NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCIERTO SOCIAL EN LA LSSA Y EN EL DECRETO 41/2018.....</b>	<b>113</b>
<b>2</b>	<b>DEL PROYECTO DE DECRETO SOMETIDO A INFORMACIÓN PÚBLICA AL REMITIDO A DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA.....</b>	<b>116</b>
2.1	Trámite de consulta previa.....	117
2.2	Informe del Servicio de Legislación de la Secretaría General Técnica....	117
2.3	Acuerdo de inicio y trámite de audiencia.....	117
2.4	Informes preceptivos.....	117
2.5	Informe del Gabinete Jurídico.....	118
2.6	Informe de la Viceconsejería de la CIPS.....	119
2.7	Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa....	120
2.8	Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía.....	124



3	¿ES POSIBLE CONSIDERAR AL CONCIERTO SOCIAL PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 100 A 107 LSSA COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL?.....	126
4	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA TIPIFICACIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL...	132

**CAPÍTULO VII.**

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONCIERTO SOCIAL EN EL DECRETO 41/2018.....135**

1	RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONCIERTO SOCIAL.....	135
2	CONVOCATORIA DE LICITACIÓN.....	137
2.1	Requisitos de acceso al concierto social.....	137
2.2	Prohibiciones para contratar.....	139
2.3	Los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas..	139
2.4	Las cláusulas sociales y medioambientales: como criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución del contrato.. . . .	143
3	PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN.....	152
3.1	Inicio.....	152
3.2	Convocatoria.....	154
3.3	Prioridades y criterios de selección.....	155
3.4	La Comisión de Valoración.....	156
3.5	Adjudicación y formalización.....	157
4	EJECUCIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL.....	159
4.1	Efectos. Obligaciones de las partes.....	159
4.1.1	Obligaciones de la entidad concertada.....	159
4.1.2	Obligaciones de la entidad pública concertante.....	160

4.1.3 Obligaciones de las personas usuarias.....	161
4.2 Modificaciones del concierto social.....	161
4.3 Duración y control.....	164
4.4 Extinción y suspensión.....	165
5 ENTRADA EN VIGOR Y RÉGIMEN TRANSITORIO.....	168
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>171</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>175</b>

## AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer, en primer lugar, al Instituto Andaluz de Administración Pública, representado en la persona de su Director, que haya retomado y continuado con la convocatoria anual de este prestigioso Premio Blas Infante, dedicado al estudio e investigación sobre la Administración y gestión pública, que nos permite a los que tenemos espíritu de investigadores dar a conocer y compartir el resultado y conclusiones de nuestras pesquisas.

Asimismo, mi agradecimiento a los miembros que compusieron el Jurado de esta XVII edición, por haber reconocido en el trabajo presentado su carácter innovador y relevancia científica y considerarlo merecedor del referido premio, en su modalidad A.

Por otra parte, quiero expresar mi alegría por la presencia del profesor D. Francisco López Menudo en el acto de entrega del premio que tuvo lugar el día 2 de octubre de 2019 en ese magnífico entorno que fue la Casa Museo de Blas Infante, en Coria del Río (Sevilla). Él ha sido la persona que, hace ya bastantes años, me inició en la senda de la investigación en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla y a la que agradezco sinceramente que haya aceptado, una vez más, redactar el prólogo de una de mis publicaciones, compartiendo la satisfacción del trabajo concluido.

Y por último, dar las gracias a mi familia y amigos, por su permanente confianza y ánimo en todos mis proyectos, y, en especial, a mi marido, Manolo, y a mis hijos, José Manuel y Ángel Luis, que son las personas que siempre me apoyan y que me permiten, a costa de su tiempo, que me dedique, al margen de mi trabajo y de mis tareas docentes, a investigar y a escribir sobre temas, como el del concierto social, que me suscitan curiosidad e inquietud jurídica.





## PRÓLOGO

Nuevamente se me ofrece la grata oportunidad de escribir unas líneas preliminares para un libro de María del Mar Caraza Cristín. Este hecho de la repetición lo resalto deliberadamente ya que tiene fuerza para expresar por sí sólo algunas cosas que a mi juicio merecen ser dichas; señalaré sólo algunas de ellas.

En primerísimo lugar, el hecho verdaderamente singular de que el libro que el lector tiene en sus manos (Premio Blas Infante de Administración Pública, XVII edición, 2019), como los dos anteriores a los que igualmente tuve el gusto de prologar, no han sido obras ordinarias como las que normalmente forman parte del *cursus honorum* de cualquier universitario activo, sino *obras premiadas* que han sido publicadas bajo los auspicios de instituciones de renombre. Por consiguiente, trabajos que han pasado por la criba de cualificados órganos de valoración y que por tanto me relevan de esfuerzo alguno por edulcorar con mis palabras lo que ya es bien dulce de por sí.

Viene a cuento decir que la primera demostración de sus cualidades la hizo María del Mar Caraza muy tempranamente, hace algo más de veinte años. Ciertamente, sorprendió a todos -no, desde luego, a quien esto escribe- con la publicación de un libro becado por la Cámara de Cuentas de Andalucía llamado a fijar, nada más y nada menos, la posición jurídica general de dicha Institución y el régimen jurídico de sus actos, labor ésta que exigía necesariamente zambullirse en el concepto mismo de Administración Pública y de sus trascendentes derivaciones, amén de en otros temas clave de la organización del Estado, lo que nuestra autora, pese a su juventud, resolvió con llamativa madurez y buen sentido, augurando con ello un prometedor futuro en la investigación.

Su segunda obra premiada ha sido una resonante monografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos, que le fue publicada por el Instituto Nacional de Administración Pública en su calidad de primer premio a la mejor tesis doctoral de 2015, obra de consagración, por tanto, en la que como director de la tesis tuve la afortunada ocasión de poder explicar en su prólogo, *coram populo*, las razones por las que aquella joven becaria, a poco de aparecer aquella primera obra a la que he aludido, se vio obligada a desviarse abruptamente de la opción por la vida universitaria, y dejé así testimonio del desacierto de la Universidad, verdaderamente lastimoso, de dar por abortada una carrera tan brillantemente iniciada; y ello no por mala fe –no tengo duda de esto- ni porque la aspirante tuviera mácula alguna en su curriculum, sino por la aplicación ciega de unas “ratios” y baremos basados en criterios económicos generales y muy atentos a la gestión de la docencia, con clara preterición de los factores a tener en cuenta para no ahogar el impulso de los buenos investigadores incipientes como trampolín imprescindible para saltar hacia una Universidad de calidad verdadera.

Es importante decir que la trayectoria investigadora de María del Mar Caraza, que en síntesis queda descrita, adobada con otras publicaciones que no es del caso comentar, ha estado fuertemente interferida por su necesidad de acceder a otro medio de vida como alternativa a la Universidad, habiéndolo conseguido brillantemente como funcionaria de la Junta de Andalucía de alta cualificación, lo que habla por sí solo de que el éxito acompaña el quehacer de María del Mar y que no es fruto de la casualidad sino de su talento y de su espíritu de superación. Su vocación docente ha propiciado su retorno a la Universidad en buena medida, ya que está adscrita a nuestro Departamento de Derecho Administrativo desde hace años como eficaz colaboradora.

La obra toda de la autora deja traslucir como rasgo cierto una permanente inquietud por la detección de los conflictos que se dan en todo tratamiento de lo jurídico, así como la llamada a los principios generales a la hora de buscarles solución. Por consiguiente, su actitud conecta más con la investigación que podemos denominar *constructiva* o *formativa* que con un tipo de investigación *descriptiva* o con fines *informativos*. Esta última es, dicho sea de paso, la que prolifera en la actualidad porque tanto las fuentes productoras como las de conocimiento del Derecho han alcanzado tal magnitud que dan material sobrado para componer obras voluminosas en la práctica totalidad de los temas. No hay que negarles su mérito ni, por supuesto, su utilidad dado que el Derecho se está convirtiendo cada día más en algo inmanejable por mor de las regulaciones *multinivel* y los llamados *diálogos* entre Tribunales, nacionales y no nacionales; y no digo que esto sea bueno o malo sino que el jurista ordinario ha devenido incapaz de desentrañar por sí

solo este enredo. Alguien debe desenredar la maraña y ahí está la que he llamado investigación *informativa* para realizar esta tarea de servicio público. Como digo, el éxito de este estilo de trabajo se ha ido asentando de manera aplastante dado que los medios informáticos y la disponibilidad de las redes y bases de datos permiten incorporar a cualquier obra que se haga un universo de información (listas bibliográficas exhaustivas, profusión de citas a veces inextricables, aportación de datos o informaciones de otras ciencias o artes, etc.) que hace unos años era sencillamente imposible e incluso impensable. Es claro que siempre se agradece la aparición de este tipo de obras porque sirven como en bandeja lo que nos costaría un gran esfuerzo hallar por nosotros mismos

Sin embargo, cabe anotar, aunque sea muy brevemente, algunas consecuencias no tan positivas de esta realidad. En primer lugar, la efímera vida de este tipo de obras pues la misma razón causante de su éxito –el ofrecimiento de información actualizada de una realidad mutable por definición- es la de su pronta invalidez como información fiable *hic et nunc*. Es en este preciso contexto, donde mayormente da en el blanco la llamada *maldición de Von Kirchmann* (“tres palabras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”), máxime habida cuenta de que no nos encontramos ante un solo legislador sino ante muchos, caracterizados en su mayoría por la incontinencia, ajenos por lo general al respeto por la estabilidad de la norma como un deber-ser. Ciertamente, el ideal de *permanencia* de la norma es traicionado de continuo con la excusa falaz de que las cosas cambian, lo que en gran medida no es sino un cómodo refugio argumental para justificar esa *motorización* legislativa productora de normas enfermas por causa de la improvisación y por su mala calidad intrínseca.

Pero hay otro efecto, este sí verdaderamente nocivo, cual es el de confundir la obra hiper documentada con la obra de calidad, porque esta confusión llevada a extremo –como sucede ya de ordinario- conduce a la aniquilación del pensamiento propio y libre, ya que las ligaduras formales pueden asfixiar o anquilosar la soltura que es necesaria para expresar un pensamiento diáfano y directo. Está claro; si lo que acaba valorándose más de una obra es su aparato bibliográfico y documental, la riqueza de las citas, el número de menciones que alcance en los índices al uso, las valoraciones “doble ciego”, la valoración de la editora en los numerosos ranking existentes y demás técnicas de moda que son extrínsecas al propio contenido de la obra, ello puede convertir en imbatible un producto que quizás no merezca serlo y, por el contrario, puede dar pie a calificar como un subproducto todo pensamiento de valor que no venga acompañado de esa parafernalia.

Valga la digresión anterior para subrayar que la presente obra, pese a soportar la gran carga de describir pormenorizadamente todo cuanto concierne a la figura del *concierto social* –lo cual satisfará plenamente al operador ordinario de dentro o

fuera de la Administración- nunca deja de entrar en los aspectos clave del tema que tienen que ver con los conceptos básicos y principios generales del ordenamiento con los que la autora se ilumina para encontrar las soluciones jurídicas correctas, a veces pese a la dicción de las normas mismas. Y esto, junto a su preocupación por dejar siempre fijados los antecedentes históricos de las figuras tratadas es lo que hace que la obra dada a luz traiga consigo la virtud de la perdurabilidad. Aquí se constata esto de manera paladina; lejos de limitarse a ordenar y glosar la normativa reguladora del tema, la profesora Caraza muestra su disconformidad con la calificación que el Reglamento regulador del concierto social para la protección de los servicios sociales (Decreto 41/2018 de 20 de febrero) hace de dicha figura como un contrato administrativo especial subsumible en el artículo 25.1.b) de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, al entender la autora que la Ley andaluza 9/2016 de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, de la que dicho Reglamento trae causa, diseñó una figura distinta a la del contrato administrativo, o sea, un *tertium genus* con perfiles propios (“el concierto social se establece como una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público”, art. 101.3); todo lo cual le conduce a lanzar un reto al legislador andaluz para que a la vista de esta confrontación la disuelva resolviendo claramente en un sentido u otro.

No veo inconveniente en dejar constancia de que estas líneas están escritas en esta primavera de 2020 en plena situación de confinamiento impuesto a causa de la terrible pandemia del COVID-19 que se cierne tenebrosamente sobre España y el mundo. Aterrorizados aún por lo que pueda suceder respecto a la salud y la vida, es todavía imposible evaluar la dimensión de la catástrofe en su vertiente económica y social. En lo que atañe a esto último es claro que los poderes públicos deberían concentrarse en atender lo prioritario que es evitar la indigencia y menesterosidad de los ciudadanos, abandonando esa confrontación dogmática y partidista causante de tanto estrago. Es el momento histórico de la atención a los derechos sociales; porque el Estado de Derecho, para ser democrático, ha de ser social –como tantas veces se ha dicho- aunque, desde luego, hay que añadir que el Estado Social, igualmente debe serlo de Derecho, dado que esto es, ni más ni menos, lo que la Constitución proclama y exige.

Bien sabemos que, en una ocasión como la presente, estos “derechos” –nunca se extinguirá la polémica doctrinal sobre si son derechos subjetivos auténticos o no- son el fruto de un largo devenir lleno de altibajos que, sin embargo, no han impedido su progresivo desarrollo, hasta el punto de haberse plantado en nuestro presente con un vigor que no han tenido nunca. Son buena prueba de lo dicho las regulaciones que ofrecen los Estatutos de autonomía, señaladamente los de la última hornada, con sus largas relaciones de derechos y de principios rectores

de la política social y económica a seguir, con las que superan con creces los requerimientos más exigentes contenidos en Declaraciones, Tratados, y Convenios internacionales; aunque bien es verdad que ni estas proclamaciones ni el número de leyes aprobadas en su desarrollo son un dato definitivo por sí mismo que indique el nivel real en que se encuentra la acción social prestadora en cada territorio.

Este panorama estatutario así como la miríada de leyes autonómicas aparecidas cubren las tres grandes áreas que vienen a componer el impreciso ámbito de los “derechos sociales”, esto es, la sanidad, la protección de menores y la asistencia social, que constituyen la categoría misma de la “prestación pública” definidora del Estado social, aunque, ciertamente, sea la *asistencia social* su tronco conceptual, cuyas ramas suelen extenderse horizontalmente hacia áreas especiales o colectivos determinados de personas, como la situación de dependencia, renta de subsistencia, protección de minusválidos, etc.

Pues bien, en una situación de crisis aguda como la presente, donde la demanda de prestaciones es y será tan acusada como la falta de recursos para afrontarla, entiendo que para poder batirla son inexcusables estas dos armas: primera –es el presupuesto político y jurídico- el cumplimiento cabal de la ley, pero no de una legalidad cualquiera aunque esté inspirada en las mejores intenciones, sino la establecida democráticamente con respeto a los principios constitucionales y conforme a las reglas que la propia Constitución dispone como cauces legítimos de la producción normativa; la segunda –presupuesto administrativo o de gestión- es la *eficiencia*, un factor éste absolutamente determinante en la cuestión que estamos considerando ya que no hay crisis que pueda ser superada con una Administración ineficiente, ni dinero bastante para costear ese dispendio. Desde luego, el futuro ha de pasar por una revisión a fondo de los medios disponibles y también del control de la solvencia y actitud de los servidores públicos ante los deberes y responsabilidades, desde el dirigente superior al empleado del más modesto nivel.

Por consiguiente, no es momento de rendirse ni de retroceder sino de agudizar el ingenio y el sentido de la eficacia con miras a conservar lo conseguido y buscar salidas positivas y operativas. Hay que repetirlo, no cabe rebajar el nivel de lo ya alcanzado en la materia social; es un imperativo categórico. En suma, es el momento del funcionamiento cabal de la cláusula *stand still* o de no retorno; y por ello habrá que afilar las herramientas disponibles o buscar otras capaces de combatir a la desesperada. Y en este *desiderátum* inscribo el presente libro porque en una situación como la que estamos atravesando aborda la vertiente operativa o de gestión de las prestaciones, no perdiéndose en el laberinto teorista inseparable del tema de los derechos sociales, como es el estudio de su origen y evolución, sus fundamentos políticos y jurídicos,

sus analogías y diferencias con las libertades y los derechos civiles y políticos, su proyección en el derecho internacional y comunitario; por no decir otros aspectos profusamente estudiados desde la filosofía, la ciencia política, el constitucionalismo, la economía y demás ciencias sociales. Sencillamente, no es el momento de la erudición, sino el de la acción.

Es, en conclusión, la hora del “manos a la obra” y esto es lo que se ve en la presente publicación, el afán por desvelar y regularizar uno de los mecanismos o procedimientos para llevar a efecto esta acción pública tan trascendente. Como puede suponer incluso la persona menos avezada en el campo de la investigación, la irrupción brutal del COVID-19 ha dado al traste con infinidad de tareas de estudio e investigación en marcha, porque ha privado de sentido el tratamiento de temas que sí tenían interés veinticuatro horas antes de que el “Maligno” diera su tremendo mazazo. Por el contrario, trabajos como el presente se han visto favorecidos dado que las circunstancias sobrevenidas le han añadido más interés aún del que ya tenían.

Dentro de lo que constituye el objeto propio de su investigación, la autora no se deja atrás ningún aspecto del tema en estudio que no es otro que la concreta figura del “concierto social”, situándolo, desde una perspectiva histórica, en el marco de las distintas modalidades seguidas en Andalucía para la gestión de estas prestaciones, modalidades que explica al detalle al igual que el tema de las competencias siempre difícil y más en esta área dada la superposición de las entidades concurrentes en las funciones propias de la materia. Con la misma exhaustividad y detalle describe los diferentes tipos contractuales susceptibles de dar forma jurídica a las relaciones entre sujetos para llevar a efecto los fines perseguidos, tipología ésta que se ha visto sustancialmente alterada y no con la claridad deseable, por la irrupción de las nuevas directivas europeas sobre contratación del año 2014, como la autora expone cumplidamente. Con la misma meticulosidad, no se ha ahorrado esfuerzo la profesora Caraza en exponer la fórmula imperante en todas y cada una de las Comunidades Autónomas, exhibiendo así un “derecho comparado” que le sirve de fondo de referencia para la indagación del sentido de la solución dada a la figura en Andalucía por la Ley de 2016.

Todo lo hasta aquí mencionado constituye en puridad el prefacio material de sus comentarios a la figura del concierto social vigente según la Ley andaluza de 2016 y su Reglamento de 2018, lo que hace señalando siempre sus puntos candentes, para llegar finalmente al punto fuerte que ya quedó apuntado más arriba: su tesis de que la ley andaluza referida dice lo que dice y que no es legal que su reglamento ejecutivo haya reconvertido la figura del concierto en un contrato especial por más que esta última figura esté contemplada en la Ley de Contratos del Sector Público, tesis arriesgada la suya en cuanto contraria al parecer sostenido por órganos

asesores y consultivos de altura, sin duda influidos por un sentido de conveniencia de adoptar soluciones simples, como es la del contrato especial ex art. 25.1.b) de dicha Ley, con el fin de no complicar en demasía la ya abigarrada tipología de convenios y formulas contractuales existentes, solución que seguramente ha sido valorada como un bien jurídico a proteger desde un criterio de razonabilidad. Pero esta postura, efectivamente razonable, tiene en este caso un contrapunto muy poderoso si partimos de la convicción de que, a la postre, no hay ningún bien jurídico merecedor de mayor protección que el respeto al principio de legalidad, que es la tesis sostenida por la doctora Caraza. Y sinceramente creo que vale la pena el esfuerzo de sacrificar la obtención de bienes jurídicos inmediatos, aunque sean razonables, si ello sirve para restaurar el culto a algo tan deteriorado como es el respeto a la Ley y al correcto funcionamiento de las fuentes del derecho (principio de jerarquía, reserva de ley, seguridad jurídica...) que, aunque banalizadas interesadamente por su condición formal –no está precisamente en auge el respeto a las formas en sus diversas vertientes- no deja de ser, *velis nolis*, el alfa y omega del sistema político y social.

No me resta sino añadir algo sobre el sentido de la repetición de estas mis modestas palabras introductorias, según dije al principio. Solamente decir que esta reiteración revela por sí misma la fijeza del afecto en el tiempo, que es lo propio de la lealtad recíproca genuina y de esa peculiar relación discípulo-maestro que perdura y es intocable cuando está bendita por la autenticidad. Es aquí donde reside la belleza de la vida universitaria, lo que no se suele dar en otros ámbitos: el respeto a quien te enseñó y dirigió tus pasos, aunque por propia ley de vida y del progreso, los discípulos tengan incluso el deber de llegar a saber más que sus maestros. Me complace decir esto máxime teniendo en cuenta que la presente obra, desde la cruz a la raya, es mérito propio y exclusivo de María del Mar.

Debo confesar que en estas divagaciones me perdía aquella luminosa mañana del día 2 de octubre de 2019, cuando al lado del Guadalquivir, en el collado de Coria del Río donde se ubica la casa de Blas Infante y el Museo de la Autonomía Andaluza, a pleno sol brindábamos alegremente tras el lucido y muy concurrido acto solemne de entrega de los premios que llevan su nombre.

Francisco López Menudo  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Emérito e Investigador honorario  
Universidad de Sevilla





## ACRÓNIMOS

AGE	Administración General del Estado
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
CA	Comunidad Autónoma
CAA	Comunidad Autónoma de Andalucía
CCAA	Comunidades Autónomas
CCoA	Consejo Consultivo de Andalucía
CCCA	Comisión Consultiva de Contratación Administrativa
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIPS	Consejería de Igualdad y Políticas Sociales
CIPSC	Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación
DA	Disposición Adicional

DF	Disposición Final
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DT	Disposición Transitoria
EAA	Estatuto de Autonomía de Andalucía
FJ	Fundamento Jurídico
IGJA	Intervención General de la Junta de Andalucía
LAJA	Ley de la Administración de la Junta de Andalucía
LAULA	Ley de Autonomía Local de Andalucía
LBRL	Ley reguladora de las Bases de Régimen Local
LCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LPACAP	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público
LRSAL	Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
LSSA	Ley de Servicios Sociales de Andalucía
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PCAP	Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares
PPT	Pliego de Prescripciones Técnicas
RAP	Revista de Administración Pública
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública

REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STSJUE	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional



## INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del presente trabajo es la regulación jurídica del “concierto social”, en especial, en Andalucía. El término jurídico de “concierto social” aparece por vez primera en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (LSSA), como un modo de gestionar los servicios sociales distinto de la gestión directa e indirecta, esto es, como un *tertium genus*, con antecedentes y referencias de apoyo en el Derecho autonómico comparado y que, de forma sorpresiva, el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, ha transformado en un contrato administrativo especial.

Como puede fácilmente colegirse, nuestro estudio no se limita a ofrecer un análisis exhaustivo de la regulación de esta nueva figura, a modo de manual o guía útil a los operadores técnico-jurídicos que trabajen en el campo de los servicios sociales, sino que aborda cuestiones jurídicas fundamentales, como el respeto en un Estado de Derecho a los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica consagrados en el art. 9.3 de la Constitución española. Temas clásicos y, a la vez, de la máxima virtualidad.

Tal y como sucede en los diferentes planos de la vida (social, política, económica o jurídica), para entender cómo hemos llegado a una determinada situación, hemos de conocer primero de dónde venimos. De ahí la necesidad de exponer cuáles han sido las diferentes técnicas y modos de gestión utilizadas por la Administración de la Junta de Andalucía en las últimas décadas con relación a los servicios sociales hasta llegar al “concierto social”.

El trabajo se estructura en siete Capítulos. El Capítulo I ofrece al lector una aproximación al concepto de “servicios sociales”, así como a su princi-

pal clasificación, que distingue entre servicios sociales comunitarios y especializados. Con base en dicha tipología, se aborda el tema de la distribución de competencias en materia de servicios sociales, entre el Estado, la Comunidad Autónoma de Andalucía y las Entidades Locales, atendiendo, principalmente, a lo dispuesto en la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, el Estatuto de Autonomía de Andalucía, la Ley de Autonomía Local de Andalucía y la Ley de Servicios Sociales de Andalucía.

Con tales cuestiones básicas sentadas, el Capítulo II expone las diferentes fases o etapas que pueden distinguirse en la evolución de los modos de gestión de los servicios sociales en Andalucía hasta la LSSA de 2016, atendiendo a los instrumentos y modos de gestión empleados por las Administraciones públicas andaluzas en las últimas tres décadas.

Inicialmente fue el Convenio de Colaboración el instrumento elegido por la Administración andaluza como el más idóneo para gestionar los servicios públicos de carácter social, ya fueran Convenios de Colaboración de carácter interadministrativo o suscritos entre la Administración y los particulares.

Con posterioridad, se comienza a utilizar fórmulas de gestión indirecta de estos servicios provenientes del ámbito de la contratación pública. En concreto, coincidiendo con la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la Administración autonómica va acogiendo como forma de gestión indirecta de los servicios sociales el contrato de gestión de servicios públicos, en sus modalidades de concesión y de concierto.

Una vez expuestos los diferentes instrumentos utilizados por la Junta de Andalucía para la gestión de los servicios sociales, el Capítulo III se centra en las posibilidades que la normativa actual en materia de contratación pública contempla para la gestión de aquéllos.

La etapa actual es consecuencia de la entrada en vigor de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, ambas de 26 de febrero, en materia de contratación pública. Ante la falta de transposición de las citadas Directivas en plazo por parte del legislador estatal, la Administración autonómica ha de adecuar el tipo de contrato que utiliza para la gestión de sus servicios sociales a los regulados en las Directivas, por aplicación del efecto directo de las mismas. En un principio, son las figuras del contrato de servicios y del contrato de concesión de servicios las que se valoran como idóneas para articular la prestación de los servicios sociales. De ahí que se expongan los principales rasgos que de los referidos contratos se contienen en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La nueva LCSP

permite que los servicios sociales puedan ser gestionados a través de: primero, el contrato de servicios; segundo, el contrato especial de servicios sociales; tercero, el contrato de concesión de servicios; y cuarto, otras formas distintas de gestión, que es donde se integraría el concierto social.

Es precisamente en ese contexto de adaptación a la nueva normativa de contratación pública, cuando se aprueba la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, cuyo Capítulo III regula la novedosa figura del concierto social. Este instrumento entra en escena aparentando formalmente ser un modo de gestión de los servicios sociales diferente del concierto regulado en el entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

Como referencia a la hora de diseñar este nuevo instrumento, el legislador andaluz acude a las normas de Derecho autonómico comparado que ya estaban aprobadas, las cuales concebían al concierto social como un modo singular de gestión de los servicios sociales. Para comprobar cuál ha sido la línea interpretativa seguida respecto a la configuración y naturaleza jurídica de esta figura por las demás CCAA, tanto antes como después de la aprobación de la LSSA en 2016, el Capítulo IV ofrece una síntesis de las normas reguladoras del concierto social -también llamado “acuerdos de acción concertada” en Asturias, Aragón y Valencia- que, hasta el momento, han aprobado doce CCAA (sin contar Andalucía).

En el Capítulo V se analiza pormenorizadamente la regulación que del concierto social hace la Ley de Servicios Sociales de Andalucía, no sólo *ad pedem literae*, sino aplicando una interpretación lógica, sistemática, del conjunto de sus preceptos. Entre las cuestiones que se abordan destacan las relativas a su naturaleza jurídica, propia y diferenciada de otras figuras, el régimen jurídico al que se somete, el procedimiento de convocatoria y selección de la entidad concertada, los requisitos que han de cumplir éstas, las obligaciones que asumen las partes, etc.

Una vez contextualizada la figura del concierto social, tanto en la legislación de contratos como en la Ley de Servicios Sociales de Andalucía, el Capítulo VI se centra en el desarrollo reglamentario de la misma acometido por el Decreto 41/2018, de 20 de febrero. En estas páginas se pone de manifiesto la transformación de la naturaleza jurídica del concierto social diseñada en la LSSA a la concretada en el Decreto 41/2018.

En la última fase de la tramitación del que fuera proyecto de Decreto regulador del concierto social, la Administración andaluza consideró que el concierto social no debía quedar extramuros de la legislación de contratación pública y que había de ser definido como lo que era en realidad, un contrato, en concreto, un contrato

administrativo especial. Para conocer las razones de este cambio radical de planteamiento, de quién partió y con base en qué argumentos, se traen a colación los principales documentos que integran el expediente de tramitación normativa del proyecto de Decreto referido, que son los que dan luz a los interrogantes planteados.

Y finalmente, en el último Capítulo, el VII, se expone la regulación del concierto social atendiendo al articulado del Decreto 41/2018 y a las normas aplicables contenidas en la Ley de Contratos del Sector Público. Se analiza su naturaleza jurídica como contrato administrativo especial y su compatibilidad con la redacción que de esta figura se contiene en los arts. 100 a 107 LSSA, dejando sobre la mesa todas las dudas y contradicciones que se nos suscitan al respecto sobre su legalidad. A continuación, se desarrolla el régimen jurídico del concierto social, describiendo de forma didáctica las principales cuestiones, tales como: el procedimiento para su licitación; el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, con especial detenimiento en las cláusulas sociales y medioambientales que han de incorporarse necesariamente; las obligaciones de las partes; la formalización del concierto social; su duración, modificación, efectos y extinción.

Como cierre del trabajo, se exponen las principales conclusiones derivadas del estudio realizado de la normativa europea, estatal y autonómica aplicable en materia de contratación pública y de servicios sociales, de la jurisprudencia, del análisis de los informes y dictámenes de órganos consultivos relativos a los proyectos normativos reguladores del concierto social y de la lectura de manuales y artículos doctrinales relevantes sobre la gestión de los servicios públicos y, en especial, de los servicios sociales.

Con ánimo constructivo, esperamos que los interrogantes, las contradicciones e insuficiencias que se ponen de relieve en este trabajo con respecto a la regulación actual del concierto social en la legislación andaluza, sean de utilidad para que se proceda a la futura reforma normativa y mejora de esta figura.



## **CAPÍTULO I. LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA: ADMINISTRACIONES COMPETENTES**

### **1. LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA: DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN.**

#### **1.1 Concepto**

El término “servicios sociales” es ambiguo y polisémico. De acuerdo con AGUILAR HENDRICKSON<sup>1</sup>, normalmente se distingue entre servicios sociales “en sentido amplio” y servicios sociales “en sentido restringido”. En sentido amplio, los servicios sociales serían todos aquellos servicios prestados en el marco de las políticas sociales (sanidad, educación, servicios de cuidados, entre otras), sin incluir, en principio, los sistemas de prestaciones económicas. Y en sentido restringido, los servicios sociales harían referencia a un campo más limitado de las políticas sociales, empleándose con frecuencia expresiones como “servicios sociales personales”, “servicios de bienestar social”, “servicios a las familias”, “servicios de cuidados”, “asuntos sociales”, “acción social”, etc.

La Exposición de Motivos de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (LSSA), que deroga y sustituye a la Ley 2/1988, de 4 de abril, comienza con la siguiente definición de los mismos:

---

<sup>1</sup>. Vid. “Servicios sociales comparados: entre la beneficencia y la inversión social”, en *Los Estados del Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*, ob. dir. por Eloísa DEL PINO y María Josefa RUBIO LARA, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 2016, pág. 389.

*“Los servicios sociales son el conjunto de servicios, recursos y prestaciones orientados a garantizar el derecho de todas las personas a la protección social, en los términos recogidos en las leyes, y tienen como finalidad la prevención, atención o cobertura de las necesidades individuales y sociales básicas de las personas en su entorno, con el fin de alcanzar o mejorar su bienestar. Estos servicios, configurados como un elemento esencial del estado de bienestar, están dirigidos a alcanzar el pleno desarrollo de los derechos de las personas en la sociedad y a promocionar la cohesión social y la solidaridad.”*

El articulado de la LSSA no recoge expresamente esta definición, sino que directamente describe y clasifica a los servicios sociales en función de su configuración en dos niveles, el primario y el especializado, que pasamos a desarrollar.

## 1.2 Clases

Siguiendo la regulación contenida en la LSSA, y dando cumplimiento a lo dispuesto en su art. 50.d), la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación<sup>2</sup> ha aprobado la Orden de 5 de abril de 2019 (BOJA núm. 70, de 11 de abril), por la que se regula y aprueba el “Mapa de Servicios Sociales de Andalucía”. Este instrumento se estructura mediante una serie de elementos de carácter territorial y funcional, al objeto de garantizar la distribución homogénea de los recursos y su proximidad, igualdad y equidad en el acceso a los mismos por parte de la ciudadanía.

Por lo que hace a la estructura territorial del Mapa de Servicios Sociales, se configuran como unidades territoriales de referencia: las “zonas básicas de servicios sociales” y las “áreas de servicios sociales”, tomando como base las provincias y los municipios.

Y en cuanto a la ordenación funcional, ésta se determina conforme a dos niveles de atención, coordinados y complementarios entre sí: el nivel primario y el nivel especializado de servicios sociales, donde desarrollan, respectivamente, su actividad los servicios sociales comunitarios y los servicios sociales especializados, que pasamos a describir.

### 1.2.1 Los servicios sociales comunitarios

El art. 26.2 LSSA dispone que en el nivel primario de servicios sociales se ubican los “servicios sociales comunitarios”, que son aquellos que se prestan a la población desde los centros de servicios sociales comunitarios y mediante los equipos profesionales de los mismos.

---

<sup>2</sup> Vid. Decreto 106/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, modificado por el Decreto 458/2019, de 23 de abril y por el Decreto 572/2019, de 1 de octubre.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 27 LSSA, los servicios sociales comunitarios, de titularidad y gestión pública, constituyen la estructura básica del nivel primario de servicios sociales. La organización y gestión de estos servicios y de sus centros corresponde a las entidades locales de cada territorio, de ámbito municipal o supramunicipal, en el marco de la planificación autonómica y en el ejercicio de las competencias propias en materia de servicios sociales que les atribuyen el Estatuto de Autonomía de Andalucía (EAA) y la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA).

Se configuran como el primer nivel de referencia para la valoración de las necesidades, la planificación, la intervención, el seguimiento, la evaluación de la atención y coordinación con otros agentes institucionales del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, garantizando la universalidad en el acceso al mismo y su proximidad a las personas usuarias, familias, unidades de convivencia y grupos de la comunidad.

Mediante ellos se posibilita el acceso de las personas usuarias al conjunto del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía. Asimismo, constituyen el nivel de referencia para la prevención de situaciones de vulnerabilidad social, la valoración de las necesidades, la planificación, la intervención, el seguimiento y la evaluación de la atención, así como la coordinación con otros agentes e instituciones presentes en el territorio, al objeto de articular la respuesta a las necesidades individuales, familiares, grupales y comunitarias de atención.

Los servicios sociales comunitarios están referenciados a un territorio y a una población determinada y se desarrollan desde los centros de servicios sociales comunitarios. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 29 LSSA, el centro de servicios sociales comunitarios constituye la estructura física, administrativa y técnica básica de los servicios sociales comunitarios que se configura en el ámbito de las Administraciones locales, Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, siendo su ámbito de referencia la zona básica de servicios sociales. Los centros de servicios sociales comunitarios podrán tener carácter municipal o supramunicipal; y los de carácter municipal podrán estar desconcentrados en distritos o barrios, respetando siempre la vinculación operativa con el centro de referencia.

### *1.2.2 Los servicios sociales especializados*

Por su parte, el apartado tercero del art. 26 LSSA establece que en el nivel especializado de servicios sociales se ubican los “servicios sociales especializados”, que son los que integran todos aquellos centros y servicios sociales que, sobre la base de criterios de mayor complejidad, requieren una especialización técnica concreta o una disposición de recursos determinada.

El art. 32.5 LSSA determina con relación a los servicios sociales especializados que constituyen la estructura del nivel especializado de servicios sociales. Faculta para que las Administraciones públicas puedan “*contratar, concertar o convenir prestaciones de los servicios sociales especializados entre sí, o con la iniciativa privada que sea titular de dichos servicios o de los centros desde los que se prestan, para lo que deberán cumplir lo establecido en los artículos 81 y siguientes de la presente ley, incorporándose en este caso al Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía. En todo caso, el seguimiento y evaluación será competencia de la Consejería competente.*”

El ámbito territorial de las prestaciones y recursos de servicios sociales especializados serán las áreas de servicios sociales y en ámbitos territoriales superiores será el autonómico. Las funciones que desarrollan los servicios sociales especializados y la composición interdisciplinar de sus equipos profesionales vienen reguladas en los arts. 33 y 34 LSSA, respectivamente.

Como sectores específicos objeto de atención, se contemplan los siguientes:

- Familia.
- Infancia y Juventud.
- Personas mayores.
- Mujer.
- Personas con discapacidad.
- Personas en situación de dependencia.
- Reclusos y exreclusos.
- Toxicómanos.
- Minorías étnicas.
- Personas sin hogar.
- Inmigrantes, refugiados y apátridas.
- Otros, en situación de necesidad o marginación.

El acceso a los servicios sociales especializados se producirá por derivación de los servicios sociales comunitarios, a excepción de las situaciones de urgencia social que precisen su atención inmediata, según se describe en el art. 35 LSSA.

## 2. ADMINISTRACIONES COMPETENTES EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES

### 2.1 Competencias de la Administración General del Estado

El artículo 148.1.20ª de la Constitución española (CE) permite a las Comunidades Autónomas (CCAA) asumir en sus Estatutos de Autonomía las competencias en materia de asistencia asistencial, como así han hecho. En desarrollo de las competencias estatutarias, desde 1983 fueron dictándose leyes autonómicas reguladoras de los servicios sociales, así, en Andalucía se aprobó la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía.

No obstante, pese a la competencia exclusiva de las CCAA en materia de servicios sociales, el Estado también puede incidir en ella ejerciendo otras competencias que le corresponden, como puede ser la que el art. 149.1.1ª CE le atribuye con exclusividad para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Recordemos que este título competencial fue el utilizado por el Estado para aprobar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Disposición Final 8ª).

En la actualidad, es el Real Decreto 1047/2018, de 24 de agosto, el que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y modifica el Real Decreto 595/2018, de 22 de junio, por el que se establece la estructura básica de los departamentos ministeriales<sup>3</sup>. De acuerdo con el artículo 1, corresponde a este Ministerio en materia de servicios sociales la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de cohesión e inclusión social, de familia, de protección del menor, de juventud y de atención a las personas dependientes o con discapacidad<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> A la fecha de impresión del presente trabajo, es el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 el que ostenta las competencias en materia de servicios sociales, siendo su estructura orgánica básica la aprobada por el Real Decreto 452/2020, de 10 de marzo.

<sup>4</sup> Bajo la superior dirección de la persona titular del Departamento, existe una Secretaría de Estado de Servicios Sociales y una Subsecretaría de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. En concreto, a esta Secretaría de Estado le corresponden en el ámbito de las competencias constitucionales reservadas al Estado, en particular, las siguientes funciones:

- a) La articulación de la participación de la Administración General del Estado en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en los términos previstos en la Ley 39/2006.
- b) La promoción de los servicios sociales y el fomento de la cooperación con las organizaciones no gubernamentales e impulso del voluntariado social.
- c) La protección y promoción de las familias y la infancia y la prevención de las situaciones de necesidad en que estos colectivos pudieran incurrir.
- d) La promoción y desarrollo de las políticas dirigidas a las personas con discapacidad.
- e) El ejercicio de la tutela del Estado sobre las entidades asistenciales ajenas a la Administración, sin perjuicio de las funciones atribuidas al Protectorado de las fundaciones de competencia estatal.
- f) El impulso de las políticas de reducción de la demanda del consumo de drogas y de los programas de prevención, tratamiento, rehabilitación y reducción de daños en materia de drogodependencias y otras adicciones.
- g) La supervisión de los sistemas de control de los programas internacionales en materia de juventud.

## 2.2 Competencias de la Junta de Andalucía

Con base en el art. 18.1.20<sup>a</sup> CE, el Estatuto de Autonomía de Andalucía (EAA) de 1981 contempló en el art. 13.22<sup>a</sup> como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía (CAA) la materia de asistencia y servicios sociales.

Hay que subrayar que la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se aprueba la Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, supone un salto cualitativo en el planteamiento seguido hasta el momento respecto a la regulación de los servicios sociales. El reformado EAA sitúa a las prestaciones en materia de servicios sociales no sólo en el plano de los principios rectores dirigidos a los poderes públicos, sino en el de los derechos que pueden ser exigidos por sus titulares en los términos legalmente previstos; por ejemplo, el art. 24 EAA reconoce el derecho de las personas con discapacidad o dependencia a acceder a servicios de calidad para su desarrollo personal y social<sup>5</sup>.

En concreto, es el art. 61.1 EAA el que proclama que es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la materia de servicios sociales que, en todo caso, incluye:

- “a) La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública.*
- b) La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social.*
- c) Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación”.*

<sup>5</sup> El Fundamento Jurídico 1.2 del dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía (CCoA) 826/2015, de 15 de diciembre, sobre el Anteproyecto de LSSA, se refiere así a esta nueva visión estatutaria sobre los servicios sociales: «Desde el punto de vista material, los servicios sociales que el Anteproyecto de Ley pretende regular se vinculan, principalmente, con los derechos que el Estatuto reconoce en las siguientes materias: igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos (art. 15), protección contra la violencia de género, incluyendo medidas preventivas, asistenciales y ayudas públicas (art. 16), protección social, jurídica y económica de la familia, incluyendo las parejas no casadas inscritas en un Registro público (art. 17), protección y atención integral de personas menores, incluyendo el derecho a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes (art. 18), protección y atención integral para personas mayores, en términos tales que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, incluyendo el derecho a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes (art. 19), protección de las personas con discapacidad o dependencia, que tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social (art. 24). Se trata de preceptos que se ubican en el capítulo II del título I del Estatuto, bajo la rúbrica de “Derechos y deberes” y según el artículo 38, los derechos reconocidos en dicho capítulo “vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad”. El mismo artículo añade que el Parlamento “aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos”».

De acuerdo con el art. 61 EAA la Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta, pues, la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que incluye como submaterias la regulación, ordenación y gestión de servicios sociales.

Por su parte, el art. 61.2.a) EAA confiere a la CAA competencias en materia de menores, relativas a la regulación del régimen de protección y tutela de menores en desamparo o en situación de riesgo, y el art. 62.1.a) EAA contempla que la CAA pueda desarrollar en el marco de sus competencias políticas de integración de inmigrantes.

La LSSA de 2016 regula en su art. 50 LSSA las competencias de la Consejería competente en servicios sociales, en la actualidad, la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (CIPSC), de acuerdo con el Decreto del Presidente 2/2019, de 21 de enero, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías (BOJA número 14, de 22 de enero de 2019). La letra g) del citado art. 50 atribuye a esta Consejería la potestad de crear y, en su caso, gestionar aquellos servicios sociales que se consideren necesarios<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> El art. 50 LSSA enumera las siguientes competencias de la Consejería competente en materia de servicios sociales:

- a) *Adoptar las medidas necesarias para ejecutar las directrices que establezca el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en materia de servicios sociales y para desarrollar y ejecutar sus disposiciones y acuerdos.*
- b) *La superior dirección y coordinación de todas las actuaciones, servicios, recursos y prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía.*
- c) *Elaborar el Plan Estratégico de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía y elaborar y aprobar los planes específicos y territoriales, así como efectuar el seguimiento de los mismos.*
- d) *Elaborar y aprobar el Mapa de Servicios Sociales de Andalucía.*
- e) *Elaborar el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía y adoptar las medidas necesarias para su aplicación.*
- f) *Definir y coordinar la Estrategia de calidad, el Sistema de Información de los Servicios Sociales y el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales de Andalucía.*
- g) *Crear y, en su caso, gestionar aquellos servicios sociales que se estimen necesarios dentro del ámbito de sus competencias.*
- h) *Elaborar y desarrollar protocolos de coordinación con otros sistemas de protección social que puedan confluir con el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía en áreas concretas de la intervención social.*
- i) *Conceder y, en su caso, gestionar las prestaciones que se estimen necesarias, sin perjuicio de la colaboración de las entidades locales cuando así se establezca en su normativa específica.*
- j) *Elaborar y, en su caso, aprobar los instrumentos técnicos comunes de intervención social.*
- k) *Suscribir los convenios de colaboración en materia de servicios sociales con la Administración del Estado o con la Administración Local.*
- l) *Asesorar y prestar asistencia técnica a las entidades e instituciones que participen en la prestación de los servicios sociales a fin de que su actuación se adecue a lo dispuesto en la presente ley y a su normativa de desarrollo.*
- m) *Fomentar e impulsar programas de formación en el ámbito de los servicios sociales, así como el impulso de la investigación y la divulgación de los resultados obtenidos en los mismos.*
- n) *Ejercer las competencias en materia de autorización, acreditación y registro de entidades, centros y servicios sociales.*
- ñ) *Fomentar la participación ciudadana, el asociacionismo, el voluntariado y otras fórmulas de ayuda mutua, así como prestar apoyo a los órganos de participación y cooperación previstos en esta ley.*
- o) *Ejercer la potestad inspectora para garantizar el adecuado cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias ordenadoras de los servicios sociales.*
- p) *Ejercer la potestad sancionadora.*
- q) *Cualquier otra competencia atribuida por disposición legal o reglamentaria.*
- r) *Atribuir, coordinar y supervisar las potestades relacionadas con los servicios sociales que sean ejercidas por las entidades de gestión pública contempladas en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.”*

El artículo 44 LSSA, regulador de las formas de provisión de las prestaciones, dispone que corresponde a la Consejería con competencias en servicios sociales, “*la planificación, coordinación, dirección, inspección, registro de entidades, centros y servicios sociales y evaluación de la provisión de prestaciones de gestión directa o indirecta*”.

Por su parte, el apartado segundo<sup>7</sup> del mentado art. 44 establece una reserva a la “gestión directa” por parte de las Administraciones Públicas, Comunidad Autónoma, Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales, según su ámbito de competencias, de las siguientes prestaciones:

- a) *Servicios de información, valoración, orientación y asesoramiento tanto en el nivel primario como en el especializado.*
- b) *Elaboración del Proyecto de Intervención Social, su seguimiento y evaluación.*
- c) *Ejercicio de las funciones de los profesionales de referencia y el equipo profesional de servicios sociales comunitarios.*
- d) *Gestión de las prestaciones económicas previstas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales”.*

Y por último, el apartado tercero del art. 44 contempla que serán de responsabilidad pública y de “gestión directa” de la Administración de la Comunidad Autónoma la adopción de medidas de internamiento no voluntario, los servicios de protección y adopción de menores, y todas aquellas medidas y actuaciones de los servicios sociales que supongan ejercicio de autoridad.

### 2.3 Competencias de las Entidades locales

Con relación a las Entidades locales de la CAA, el art. 60 EAA atribuye a la Comunidad la competencia exclusiva en materia de régimen local, respetando el art. 149.1.18<sup>a</sup> CE y el principio de autonomía local, lo que incluye la competencia sobre las modalidades de prestación de los servicios públicos<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> En relación con el apartado segundo del art. 44 LSSA, hay que tener en cuenta el Acuerdo de 22 de febrero de 2017, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley de Andalucía 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, que se reúne con el propósito de resolver las discrepancias manifestadas en relación con los artículos 44.2, 83, 84, 86, 100.2, 105 y 112.3 LSSA (BOJA número 58, de 27 de marzo de 2017).

<sup>8</sup> Sobre las competencias de las entidades locales sobre los servicios sociales, vid. el Fundamento Jurídico I.5 del dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 826/2015, de 15 de diciembre, referido al Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Andalucía, que, en parte, se remite a las consideraciones realizadas en su dictamen 827/2009, de 10 de diciembre, sobre el Anteproyecto de Ley de Autonomía Local de Andalucía.



Por su parte, las letras c) y h) del art. 92.2 EAA contemplan como competencias propias de los Ayuntamientos, “en los términos que determinen las leyes”, la “[G]estión de los servicios sociales comunitarios” y la “[C]ooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del medio ambiente y de la salud pública”, respectivamente.

De acuerdo con la redacción dada al art. 25.2.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), el Municipio ejercerá en todo caso como competencia propia, siempre dentro de los términos fijados por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, la de “[E]valuación e información de situaciones de necesidad social, y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”. Se ha eliminado como competencia propia municipal la materia relativa a la prestación de los servicios sociales y las de promoción y reinserción social<sup>9</sup>.

Con la nueva redacción de los apartados 3 y 4 del referido art. 25, las competencias municipales en las materias enumeradas en el apartado segundo “se determinarán por Ley”, debiendo evaluar ésta la conveniencia de la implantación de los servicios locales, conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera. Asimismo, dicha Ley deberá ir acompañada de una memoria económica y prever la dotación y recursos necesarios para la suficiencia financiera de las entidades locales, sin que ello pueda conllevar en ningún caso un mayor gasto para las Administraciones públicas.

En suma, la competencia sobre prestación de servicios sociales deja de ser ejercida en todo caso como competencia propia por el municipio<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> El comentado art. 25 fue uno de los preceptos objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 1959-2014, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este recurso se interpuso contra los apartados 2, 3, 5, 7, 8, 9, 13, 17, 18, 19, 21, 30, 31, 36 y 38 del art. 1, el art. 2.2 y las Disposiciones Adicionales 8ª, 11ª y 15ª, Transitorias 1ª a 4ª y Final 1ª de la Ley 27/2013, por vulneración de las competencias autonómicas, la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156 CE), la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE), el principio de lealtad institucional y otros preceptos constitucionales (arts. 135.5 y 23, en conexión con arts. 1.1 y 9.2).

<sup>10</sup> En el estudio de AYMERICH CANO sobre la distribución de competencias en materia de servicios sociales tras la entrada en vigor de la Ley 23/2013, este autor pone de manifiesto que en el borrador de Anteproyecto de Ley de 13 de julio de 2012 no se privaba a los Ayuntamientos de las competencias en materia de servicios sociales, siendo el Anteproyecto aprobado el 15 de febrero de 2013 el que las reduce, manteniéndose así durante todo el proceso. Vid. “Los servicios sociales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local (LRSAL)”, RAAP núm. 88 (2014), págs. 352-356.

Por otra parte, el art. 27 LBRL, en la redacción dada por el art. 10 LRSAL, contempla que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en los municipios el ejercicio de éstas, siempre que con ello se mejore la eficiencia de la gestión pública. Dicha delegación tendrá una duración mínima de cinco años, reservándose la Administración delegante el control de eficiencia y los medios personales, materiales y económicos. En concreto, la letra c) del apartado tercero del art. 27 LBRL admite expresamente que las Comunidades Autónomas puedan delegar en los municipios las competencias de “[P]restación de los servicios sociales”.

En este contexto, destaca la redacción de la polémica Disposición Transitoria Segunda LRSAL<sup>11</sup>, por la que se regulaba la asunción de las competencias relativas a los servicios sociales por parte de las Comunidades Autónomas, declarada inconstitucional por la STC 41/2016, de 3 de marzo<sup>12</sup>.

La mentada STC 41/2016 declaró inconstitucionales y nulos el art. 57 bis LBRL (en la redacción dada por el art. 1.17 LRSAL) y las Disposiciones Adicional Undécima y Transitorias Primera, Segunda y Tercera, así como los incisos “Decreto del órgano

<sup>11</sup>. Decía así la DT 2ª:

*“1. Con fecha de 31 de diciembre de 2015, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.*

*Las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de estas competencias, con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local.*

*2. En el plazo máximo señalado en el apartado anterior, y previa elaboración de un plan para la evaluación, reestructuración e implantación de los servicios, las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, habrán de asumir la cobertura inmediata de dicha prestación.*

*3. En todo caso, la gestión por las Comunidades Autónomas de los servicios anteriormente citados no podrá suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas.*

*4. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de la posibilidad de las Comunidades Autónomas de delegar dichas competencias en los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.*

*5. Si en la fecha citada en el apartado 1 de esta disposición, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas no hubieren asumido el desarrollo de los servicios de su competencia prestados por los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, Entidades Locales, o en su caso, no hubieren acordado su delegación, los servicios seguirán prestándose por el municipio con cargo a la Comunidad Autónoma. Si la Comunidad Autónoma no transfiriera las cuantías precisas para ello se aplicarán retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación, teniendo en cuenta lo que disponga su normativa reguladora.”*

<sup>12</sup>. La STC 41/2016, de 3 de marzo (BOE núm. 85, de 8 de abril de 2016), es la primera de once ya dictadas con relación a la LRSAL, como las SSTC 111/2016, de 9 de junio (BOE núm. 170, de 15 de julio de 2016) y 44/2017 y 45/2017, ambas de 27 de abril (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017), que declaran extinguida, por pérdida sobrevenida de objeto, la impugnación, entre otros artículos, de las DDTT 1ª, 2ª y 3ª LRSAL.

de gobierno de” y “el órgano de Gobierno de”, incluidos, respectivamente, en las Disposiciones Transitorias Cuarta.<sup>3</sup> y Undécima, párrafo tercero. Según el TC, estos artículos impedían a las Comunidades Autónomas atribuir a los Entes locales servicios de asistencia social y atención primaria a la salud como “competencias propias locales”. Los servicios de asistencia social y atención primaria a la salud, explica el Tribunal, son competencias de las Comunidades Autónomas que “el nivel municipal venía prestando porque así lo decidieron (o permitieron) las Comunidades Autónomas (al amparo de los Estatutos) o el Estado” (en aplicación del art. 149.1.18 CE), “o, simplemente, porque fueron desarrollados de hecho por los Ayuntamientos”. La sentencia considera que el Estado “sólo podrá atribuir competencias locales específicas, o prohibir que éstas se desarrollen en el nivel local, cuando tenga la competencia en la materia o sector de que se trate”<sup>13</sup>.

Por su parte, la STC 107/2017, de 21 de septiembre, como respuesta al conflicto en defensa de la autonomía local planteado por 2.393 municipios, avala que los Ayuntamientos sigan aplicando las políticas sociales y educativas y da por concluido el proceso de revisión abierto frente a la reforma local llevada a cabo por la LRSAL<sup>14</sup>.

No obstante, hay que indicar que para la aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda LRSAL, la CCA recurrió a la figura del Decreto-Ley, aprobando el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en Andalucía, con una clara remisión al régimen de competencias establecido en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de

---

<sup>13</sup>. Con posterioridad a la STC 41/2016, se dictó la STC 111/2016, de 9 de junio, en ella, el Tribunal estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, declarando: en primer lugar, extinguida, por pérdida sobrevenida de objeto, la impugnación del art. 57 *bis* LBRL, y de las Disposiciones Adicional 11<sup>a</sup> y Transitorias 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> y 3<sup>a</sup>, así como del inciso “Decreto del órgano de gobierno de” incluido en la Disposición Transitoria 4<sup>a</sup>.3, siempre de la Ley 27/2013; en segundo lugar, inconstitucionales y nulos determinados incisos del art. 26.2, la Disposición Adicional 16<sup>a</sup> y un inciso del art. 97 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local; en tercer lugar, que los arts. 36.1. g) y 36.2 a), segundo párrafo, de la LBRL no son inconstitucionales interpretados en los términos de esta Sentencia; y por último, desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás. Vid. un comentario a esta sentencia en ARROYO GIL, A., “Otra vuelta de tuerca a la autonomía local. Breve comentario a las SSTC 41/2016, de 3 de marzo, y 111/2016, de 9 de junio”, Revista Teoría y Realidad Constitucional, núm. 38, 2016, págs. 701-716.

<sup>14</sup>. Tras las declaraciones de inconstitucionalidad y de interpretación conforme contenidas en las sentencias que ha ido dictando el TC desde 2016, se puede concluir que se ha frustrado la consecución de los objetivos de la LRSAL con relación a la reordenación de competencias autonómicas sobre el régimen local y a las limitaciones a la autonomía de los municipios. En esta línea, Antonio ARROYO GIL afirma que la reforma del régimen local que se pretendía a finales de 2013 “ha quedado completamente desactivada” en sus aspectos fundamentales, vid. “Otra vuelta de tuerca a la autonomía local. Breve comentario a las SSTC 41/2016, de 3 de marzo, y 111/2016, de 9 de junio”, ob. cit., pág. 715.

Autonomía Local de Andalucía (LAULA) para las entidades locales andaluzas<sup>15</sup>, quedando la gestión de los servicios sociales en la práctica igual a como venía prestándose hasta el momento.

De acuerdo con el art. 9.3 LAULA, los municipios andaluces tienen competencia propia sobre la “gestión de los servicios sociales comunitarios”, conforme al Plan y Mapa Regional de Servicios Sociales de Andalucía, que incluye: la gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los servicios sociales comunitarios; la gestión del equipamiento básico de los servicios sociales comunitarios; y la promoción de actividades de voluntariado social para la atención a los distintos colectivos, dentro de su ámbito territorial.

No se cita en la LAULA a los servicios sociales especializados, por lo que serían competencia de la Administración autonómica, pudiendo ser objeto de delegación o transferencia a las entidades locales de conformidad con lo dispuesto en los arts. 17-25 de esta Ley.

Partiendo de este complejo sistema de distribución de competencias, llegamos a la regulación que la LSSA de 2016 realiza en su artículo 51 sobre las competencias de las entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía, en la Ley de Bases de Régimen Local y en la Ley de Autonomía Local de Andalucía.

<sup>15</sup>. El art. 1 del Decreto-Ley 7/2014 dispone:

*“Las competencias atribuidas a las entidades locales de Andalucía por las leyes anteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, se ejercerán por las mismas de conformidad a las previsiones contenidas en las normas de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes del presente Decreto-ley.”*

Por su parte, la Disposición Adicional Única preceptúa que:

*“Las competencias que, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, se preveían como propias de los municipios en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud e inspección sanitaria, en materia de prestación de servicios sociales, y de promoción y reinserción social, así como aquellas otras en materia de educación, a las que se refieren las disposiciones adicionales decimoquinta y transitorias primera, segunda y tercera de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, continuarán siendo ejercidas por los municipios en los términos previstos en las leyes correspondientes, en tanto no hayan sido asumidas por parte de la Comunidad Autónoma.”*

*El resto de competencias en dichas materias atribuidas a las entidades locales por la legislación de la Comunidad Autónoma anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, continuarán siendo ejercidas por éstas, de conformidad con las previsiones de la norma de atribución y en los términos establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local.”*

En cuanto a las Diputaciones Provinciales, la LSSA contempla que puedan “gestionar, conforme a la planificación y demás facultades de coordinación de la Administración de la Junta de Andalucía, centros y establecimientos de servicios sociales especializados de ámbito provincial y supramunicipal de su titularidad, sin perjuicio de lo previsto en la legislación estatal” (art. 51.8).

Por su parte, el art. 52 LSSA regula la posibilidad de que la Junta de Andalucía delegue en los municipios y Diputaciones Provinciales los servicios sociales de su titularidad y la facultad de transferirles las competencias sobre los mismos en los términos prescritos en la LAULA y conforme a los criterios que reglamentariamente se determinen.

Y por último, respecto a la financiación de los servicios sociales especializados, el art. 120.1 LSSA dispone que “corresponderá a la Administración que, en cada caso, sea titular de los servicios, de acuerdo con los requisitos previstos en la legislación estatal o autonómica”. Por otra parte, la Administración de la Junta de Andalucía “podrá” contribuir a la financiación de los servicios sociales especializados de titularidad local (los asumidos de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.5 y 8 LSSA) a través de alguna de las fórmulas de colaboración previstas legalmente.

En conclusión, tras la declaración de inconstitucionalidad en 2016 de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 27/2013 y la entrada en vigor de la LSSA, puede decirse que los municipios en Andalucía ostentan como competencia propia la gestión de los servicios sociales comunitarios (postura ésta que ya venían manteniendo con base en la Disposición Adicional Única del Decreto-Ley 7/2014). Asimismo, se admite que los municipios que tengan garantizados sus servicios sociales comunitarios y que hayan decidido prestar los servicios sociales especializados que entienden que son necesarios, y siempre que tengan capacidad financiera para ello, puedan hacerlo como ejercicio de competencias que no serían ni propias ni delegadas, pudiendo en este caso contribuir la Junta de Andalucía a su financiación vía convenios de colaboración (arts. 51.5 y 120.2 LSSA); y las Diputaciones provinciales, facultativamente, también podrán gestionar los centros y establecimientos de servicios sociales especializados de ámbito provincial y supramunicipal, pudiendo articularse la contribución financiera de la Junta de Andalucía a través de la suscripción de los correspondientes convenios de colaboración (arts. 51.8 y 120.2 LSSA).



## **CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN EN LOS MODOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA HASTA LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

### **1. LOS MODOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

Tal y como se recoge en el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre los servicios de interés general de 2004 (apartados 2.2 y 4.3)<sup>16</sup>, los servicios pueden ser gestionados en concertación con el sector privado o encomendarse a empresas públicas o privadas, pero la definición de lo que constituyen obligaciones o misiones de servicio público sigue siendo competencia de las autoridades públicas al nivel que corresponda. Son las autoridades públicas las que han de velar por la consecución efectiva de los objetivos de servicio público y por la efectiva prestación del nivel de calidad acordado, que habrá de respetarse tanto si el servicio es gestionado directamente como si lo es indirectamente<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>. Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, COM (2004) 374 final, de 12 de mayo de 2004.

<sup>17</sup>. Una síntesis reciente de lo que ha sido la evolución de la noción de “servicio público”, sus principales teorías interpretativas, sus principios o caracteres, hasta la nueva concepción de servicio público en Karlos NAVARRO, “Servicios públicos y derechos fundamentales”, *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, ob. dir. por Jaime RODRÍGUEZ ARANA, INAP, Madrid, 2017, págs. 101-129.

## 1.1 Modo de gestión directa

Cuando se gestiona directamente un servicio público queda en manos públicas no sólo la titularidad del servicio, sino también la gestión del mismo. Son varias las modalidades de gestión directa posibles:

En primer lugar, por la propia Administración, bien creando en su seno un órgano específico al efecto, bien encomendando dicha labor a un órgano ordinario de la misma, que suma esta tarea al resto de las competencias que ya tuviera atribuidas.

En segundo lugar, la gestión mediante una entidad instrumental jurídico-pública a la que se atribuya específicamente dicha competencia, que podrá adoptar la forma de organismo autónomo o entidad pública empresarial, u entes homólogos existentes en las Comunidades Autónomas<sup>18</sup> y en las entidades locales<sup>19</sup>.

Y en tercer lugar, la gestión mediante una sociedad mercantil de capital íntegra o mayoritariamente público.

Aunque hay normas que no las mencionan expresamente, hay que tener en cuenta que también a través de las fundaciones podrán gestionarse servicios públicos, opción que las Administraciones han utilizado con frecuencia<sup>20</sup>.

Aunque pudiera parecer que la decisión de la Administración de optar por una u otra fórmula de gestión directa es discrecional<sup>21</sup>, no es así. La búsqueda de la mayor calidad, eficacia y eficiencia en la gestión de los servicios públicos ha de ser un criterio esencial a tener en cuenta por la Administración a la hora de elegir tanto el modo de gestión como la forma jurídica de la entidad a través de la cual va a prestar

<sup>18</sup>. En el caso de la Administración de la Junta de Andalucía, de acuerdo con la clasificación del art. 54.2 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), serían: las Agencias administrativas, las Agencias público empresariales y las Agencias de régimen especial.

<sup>19</sup>. En el caso de las entidades locales de la CCA, de acuerdo con la clasificación del art. 33.3 LAULA, se denominan: Agencia pública administrativa local, Agencia pública empresarial local y Agencia local en régimen especial.

<sup>20</sup>. Por ejemplo, el art. 33.3.g) LAULA incluye las fundaciones públicas locales dentro de los modos de gestión directa de los servicios públicos locales en Andalucía.

<sup>21</sup>. En este sentido, ESTEVE PARDO afirma que "[L]a opción de la Administración del servicio por una u otra de estas fórmulas es absolutamente discrecional y su decisión no viene predeterminada por un procedimiento como en el caso (...) del procedimiento de selección de contratistas". No obstante, el propio autor reconoce que "debe retenerse que no se trata de fórmulas equiparables, ni que sea indiferente optar por una u otra. El acierto en la opción por la fórmula organizativa resulta determinante para ofrecer una gestión de calidad a los usuarios y de menor coste para las finanzas públicas. Una decisión desafortunada, o no modificada en un momento de la evolución del servicio puede tener efectos muy negativos tanto en los costes como en la calidad del servicio". Vid. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 4ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 440-441.



el servicio<sup>22</sup>. La calidad se presenta de esta manera como un criterio fundamental para controlar la discrecionalidad organizativa de la Administración y aumentar la transparencia en la toma de decisiones públicas<sup>23</sup>.

## 1.2 Modo de gestión indirecta

La gestión indirecta del servicio consiste en la celebración del correspondiente contrato entre la Administración y un tercero para que sea éste el que gestione y preste el servicio en cuestión.

La elección por parte de la Administración de este modo de gestionar debe estar basada en la consecución de una mayor eficacia, eficiencia, rentabilidad, sostenibilidad financiera y calidad en la prestación del servicio. La calidad se nos presenta nuevamente como criterio y principio rector que ha de guiar a la Administración a la hora de optar por este modo de gestión<sup>24</sup>.

Sobre este tema se pronunció el Pleno del Tribunal Constitucional en la Sentencia 84/2015, de 30 de abril (publicada en el BOE núm. 136, de 8 de junio), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado en relación con los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. Como declaró el TC, la opción por un sistema de gestión indirecta de los seis hospitales a los que es aplicable el citado artículo 62 de la Ley

---

22. Vid. MERINO ESTRADA, "La calidad como criterio para la determinación de las formas de gestión de los servicios públicos", Revista de Estudios Locales, Cunal, núm. 87 (2005), págs. 28-33, "La elección de la forma de gestión de los Servicios Públicos locales", Revista de Estudios Locales, Cunal, núm. Extra 1 (2007), págs. 115-124 y "Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales", Revista de Estudios Local número 146 (2012), págs. 11-25.

23. En esta línea se sitúa la redacción dada al art. 85.2 LBRL por la Ley 27/2013, cuya constitucionalidad ha sido avalada por la STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016 (FJ 14<sup>o</sup>), cuando obliga a la Administración local a prestar el servicio público a través de la forma de gestión directa que sea "más sostenible y eficiente", lo cual, aunque tiene una motivación de carácter eminentemente económico que no implica, *per se*, ni la reducción de los niveles de calidad del servicio ni su elevación, sí supone un paso al frente para evitar la huida del Derecho Administrativo, obligando a la entidad a no poder usar la forma de entidad pública empresarial local o sociedad mercantil si no se demuestra que es una forma de gestión y de prestación del servicio más sostenible y eficiente que a través de un organismo autónomo o de la propia Administración.

24. Coincidiendo con MELLADO RUÍZ, al hilo de su comentario a las modificaciones introducidas en los modos de gestión de los servicios públicos locales por la Ley 27/2013, hubiera sido razonable introducir el test de sostenibilidad económica y eficiencia frente a cualquier modalidad de gestión, esto es, también cuando los servicios públicos locales son gestionados por un tercero, teniendo en cuenta que "ha sido la gestión indirecta la más afectada por los sobrecostes devengados en la prestación por particulares de los servicios públicos, en comparación con los servicios homologables prestados por Ayuntamientos equiparables de forma directa", *vid. Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económico local?*, CEMCI, Granada, 2014, págs. 222-223.

8/2012 es simplemente la utilización de una posibilidad que abrió el legislador básico estatal en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud<sup>25</sup>.

Coincidiendo plenamente con los pronunciamientos del TC sobre la constitucionalidad del art. 62 de la Ley madrileña, consideramos que el *quid* de la cuestión reside en analizar y comprobar si la elección de gestionar indirectamente el servicio supone que los estándares de calidad que se ofrecerían a los usuarios serían de menor nivel que los ofertados y prestados en hospitales gestionados directamente por la Administración sanitaria madrileña<sup>26</sup>.

En suma, en los supuestos en que la Administración decida la contratación de la gestión/prestación del servicio público con un tercero, opción constitucional y legalmente lícita, lo que no puede conllevar es una minoración de los estándares de calidad fijados para cuando ese mismo servicio es gestionado directamente<sup>27</sup>.

En este contexto, dejaremos ya aquí apuntado que la Ley de Servicios Sociales de Andalucía de 2016 contempla expresamente en su articulado la posibilidad de que las Administraciones públicas andaluzas acudan a la participación de la iniciativa privada en el marco de la contratación del sector público para prestar sus servicios sociales, aunque para ello debe darse como presupuesto de hecho que no sea posi-

<sup>25</sup>. Trayendo a colación la doctrina sentada en las SSTC 63/1997, de 21 de mayo y 213/2005, de 21 de julio, entre otras, el TC afirma en el Fundamento Jurídico 7º de la STC 84/2015 que “*el art. 41 CE no exige que el mantenimiento de un régimen público de la Seguridad Social requiera necesariamente y en todo caso un sistema de gestión pública directa*”. El art. 62 de la Ley 8/2012 únicamente hace referencia “*a la posibilidad de adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los seis hospitales indicados, opción esta que, por sí sola, no entra en contradicción con el art. 41 CE*”.

<sup>26</sup>. Sobre este particular, tal y como el propio TC resaltó, el art. 62.1 *in fine* de la Ley 8/2012 expresamente alude a la garantía de “los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios”, es por ello que el TC concluyó que:

“(…) *la fundamentación ofrecida por los recurrentes se sustenta en presunciones, conjeturas o deducciones propias sobre la eventual dinámica que puedan seguir las adjudicatarias de la gestión, pero no se construye sobre datos normativos que establezcan las desigualdades denunciadas. Como se ha reiterado, el tenor del precepto se limita a habilitar la posible adjudicación de contratos para la gestión de la asistencia sanitaria especializada. Sin embargo, por sí solo, no establece ninguna diferencia de trato en cuanto al contenido, alcance o calidad de la prestación sanitaria que hayan de recibir los ciudadanos asignados a esos seis hospitales. Por el contrario, la propia norma recurrida se encarga de precisar que en la contratación adjudicada se garantizarán “los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios”(…)*”.

<sup>27</sup>. A nuestro entender, es necesario incluir expresamente una cláusula en los pliegos del contrato por la que el contratista se obligue a prestar, como mínimo, el grado o nivel de calidad del servicio que la Administración tenga acordado en cada momento, ya sea a través de Cartas de Servicios o del correspondiente instrumento de *hard law* o *soft law*. En la línea expuesta se sitúa el art. 46 de la Ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de Garantía de la Calidad de los Servicios Públicos y de la Buena Administración, que dispone que cuando el servicio sea gestionado de forma indirecta los estándares de calidad de los pliegos del contrato “nunca serán menores que los establecidos por la Administración para la prestación del servicio por ella misma de forma directa”. Es más, el artículo 52 de esta Ley establece como garantías en la subcontratación de los servicios que la misma no puede suponer una disminución de los estándares de calidad.

ble la celebración de un “concierto social” debido a la naturaleza o tipo de prestación de servicio social de que se trate. Para el correcto entendimiento y encaje de la figura del concierto social es importantísimo tener muy presente el tenor del art. 108 LSSA. Este precepto exige a la Administración que motive de forma adecuada el recurso a la vía contractual. Dice así el art. 108 LSSA:

*“Cuando por la naturaleza o por el carácter del tipo de prestación de servicios sociales, de responsabilidad pública, que se pretende concertar con la iniciativa privada no sea de aplicación motivada el régimen de concierto social previsto en la presente ley, se podrá recurrir a la gestión indirecta prevista en la legislación general de contratación del sector público”.*

Una vez expuestos a grandes trazos cuáles son los diferentes modos de gestión de los servicios públicos, pasamos a resumir en los siguientes apartados cómo ha ido evolucionando la forma de gestionar los servicios sociales en Andalucía en las últimas décadas.

## 2. LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN

Dejando al margen los centros propios de la Administración, gestionados de forma directa, y el recurso a formas de gestión indirecta, las Administraciones públicas, con base en el principio de colaboración y con el propósito de lograr la gestión más eficaz y eficiente de los servicios públicos de su competencia, han hecho uso de distintas técnicas o instrumentos de colaboración interadministrativa, como son: los Convenios de Colaboración o Cooperación y la creación de entes de Derecho público con personalidad jurídica propia para la gestión de determinados servicios, como son los Consorcios y, en el caso de los municipios, también las Mancomunidades.

En la década de los noventa y en la primera década del siglo XXI, la Junta de Andalucía optó por gestionar gran parte de los servicios públicos sociales de su competencia utilizando la fórmula de los Convenios de Colaboración o Cooperación. Recordemos que en estos años, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, regulaba en sus artículos 6 y 8 la figura del Convenio de Colaboración y sus efectos, pero sólo en relación a los convenios interadministrativos<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup>. Como novedad, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sí ha incluido en el art. 47.2.c) a los convenios que celebre la Administración con sujetos privados, dando, por otra parte, una nueva regulación a los convenios de colaboración de tipo administrativo. Vid. Francisco TOSCANO GIL, “La nueva regulación de los convenios administrativos en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público”, RGDA 45 (2017), 49 págs.

Con base en el artículo 3.1.d)<sup>29</sup> de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, reproducido en el art. 3.1.d) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Junta de Andalucía consideraba que los Convenios de Colaboración que celebraba con particulares para gestionar sus servicios públicos sociales quedaban fuera del ámbito de la aplicación de la legislación de contratos públicos.

Aproximadamente hasta el año 2012, en la Comunidad Autónoma de Andalucía los servicios sociales relativos a los ámbitos de menores, mayores, drogodependientes, etc., se gestionaban principalmente mediante Convenios de Colaboración, a través de los cuales se otorgaban subvenciones a las entidades que los prestaban.

Así, por ejemplo, los Centros de Protección de Menores se gestionaban por la Dirección General de Infancia y Familia mediante Convenios de Colaboración a través de los cuales se articulaban subvenciones a entidades sin ánimo de lucro, tales como asociaciones, fundaciones o congregaciones religiosas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 18.4 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor. Estos Convenios se prorrogaban anualmente y, en el caso de los Centros de Protección de Menores, se regían por la Orden de 9 de noviembre de 2005, por la que se regulaba la cooperación entre la Consejería de Igualdad y Bienestar Social y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en los mismos. Las obligaciones que se contemplaban eran bastante genéricas. En dicha Orden se establecía el personal mínimo según el tamaño de cada centro y el programa desarrollado en él, así como los requisitos de titulación y/o experiencia exigidos para trabajar en dichos centros (profesionalización). La gestión era provincial, salvo excepciones (por el perfil de los menores, la especificidad del programa...). Asimismo, se regulaban, entre otros extremos: el régimen relativo al abono de las plazas, esto es, el importe por día y plaza, distinguiendo si está ocupada o en reserva; la actualización anual del precio conforme al IPC; la posibilidad de realizar una adaptación económica excepcional; la atribución de los gastos extraordinarios a cargo de la Consejería, condicionados a la disponibilidad presupuestaria, etc.

En el caso de los centros geriátricos, la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social celebraba Convenios de Colaboración con centros privados, concertando con ellos plazas para personas mayores, siempre que dichos centros cumplieren

---

<sup>29</sup> El art. 3.1.d) excluía del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos a “[L]os convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. (...)”.

con los requisitos exigidos en la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 1 de julio de 1997, que regulaba la acreditación de los centros de atención especializada a las personas mayores y personas con discapacidad.

Con posterioridad, con la aprobación de la Orden de 5 de noviembre de 2007, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía, se produjo una situación en la que convivían dos sistemas, uno, el de las plazas reservadas vía convenios, y otro, el de las plazas reservadas vía concierto. Por esa razón, la Disposición Adicional Primera de la Orden de 5 de noviembre de 2007 contemplaba que las entidades que a la fecha de su publicación tuviesen establecido convenio o concierto con la Junta de Andalucía de plazas residenciales para personas mayores o lo hagan en un futuro, y estuviesen acreditadas al amparo de lo dispuesto en la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 1 de julio de 1997, se seguirían rigiendo por lo establecido en la Resolución de la Dirección General de Personas Mayores, de 16 de enero de 2007, por la que se actualizaba el coste de plazas concertadas y conveniadas con centros de personas mayores, con las actualizaciones anuales del Índice de Precios al Consumo correspondientes a cada ejercicio.

En el sector de centros de mayores nos encontramos, pues, que hasta 2007 la forma principal a través de la que se articuló el régimen de plazas concertadas para personas mayores en centros geriátricos fue a través de los Convenios de Colaboración con los centros acreditados.

En este *impasse*, se aprueba la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre (LCSP), cuyo artículo 4.1.d) declara que están excluidos de su ámbito de aplicación:

*“Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.”*

A la luz de la LCSP de 2007, se concluye que la fórmula de los convenios empleada por la Junta de Andalucía para gestionar el régimen de las plazas concertadas en centros de mayores sí estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la LCSP de 2007. No obstante, será a partir de 2012 cuando se empezarán a suscribir contratos de gestión de servicio público, en las modalidades de concierto o concesión, aplicando la regulación contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

### 3. EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

El contrato de gestión de servicios públicos viene definido en el art. 8 TRLCSP de 2011 como aquél en cuya virtud una Administración pública (de acuerdo con la definición del art. 3.2 de esta Ley) o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante<sup>30</sup>.

El art. 275.1 TRLCSP contempla que la Administración pueda gestionar indirectamente, mediante este tipo de contrato administrativo, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Las disposiciones del TRLCSP referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública, puesto que nos encontraríamos ante supuestos de gestión directa del servicio.

El problema de esta figura estriba, tal y como se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones, en determinar cuándo su objeto constituye un "servicio público"<sup>31</sup>. No obstante, el art. 275.2 TRLCSP obliga a que el contrato exprese con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial.

<sup>30</sup>. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.

<sup>31</sup>. ARIÑO ORTIZ define al "servicio público" como "aquella actividad propia del Estado, o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social". Este autor ha puesto de relieve que no existe un concepto legal unitario de servicio público en nuestro vigente ordenamiento jurídico, sino que existen cuatro acepciones diferentes del mismo en la legislación general, financiera, administrativa y administrativa sectorial. Vid. *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999, pág. 485 y ss. A las consideraciones realizadas por el profesor ARIÑO se adhiere DE SOLAS RAFECA. Para este autor, hay que interpretar la expresión de "servicio público" en un sentido genérico, equivalente a finalidad pública, interés público o función pública. El problema es entonces determinar cuándo esa finalidad, interés o función han de considerarse públicos. Vid. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 60-66 y en ARIÑO ORTIZ y asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El Sistema Contractual Administrativo*, tomo I, Comares, Granada, 2002, págs. 334-337.

De acuerdo con el art. 277 TRLCSP, las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos son: la concesión<sup>32</sup>, la gestión interesada<sup>33</sup>, el concierto<sup>34</sup> y la sociedad de economía mixta<sup>35</sup>. El arrendamiento, regulado en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, desapareció como forma gestora de servicios públicos desde su supresión del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000 (TRLCAP).

Con respecto a la duración del contrato de gestión de servicios públicos, éste no podía tener carácter perpetuo o indefinido, debiendo establecerse en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares su duración y la de las prórrogas, no pudiendo exceder el plazo total de los periodos fijados en el art. 278 TRLCSP (50, 60, 25 o 10 años).

En Andalucía desde 2007 se celebraron algunos contratos de gestión de servicios públicos, sobre todo a nivel regional; pero, tal y como hemos ya comentado, es a partir de 2012 cuando se extiende con carácter general este tipo de contratación. Los contratos de gestión de servicios públicos, bien en la modalidad concierto o de concesión, en función de la titularidad del inmueble donde se ubicase el centro, se tramitaban a través del procedimiento negociado, resultando normalmente adjudicatarias las entidades que habían venido gestionando los servicios sociales en cuestión (de menores, mayores, drogodependientes, etc.) mediante Convenios de Colaboración.

El gran cambio fue que las prestaciones del contrato se regían ahora por lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), a los que se “traspasaron” muchas de las estipulaciones que se contenían en los anteriores Convenios de Colaboración o requisitos sobre la acreditación de los centros contenidos en las correspondientes Órdenes de la entonces Consejería de Igualdad y Bienestar Social. Asimismo, la

---

<sup>32</sup>. En la concesión el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

<sup>33</sup>. La Administración participa en los resultados de la explotación del servicio público en la proporción que se establezca en el contrato. En el contrato se fijarán: los precios de prestación del servicio; las garantías para que al término del contrato, las instalaciones, bienes del servicio reviertan al patrimonio de la entidad en buen estado; la participación que la entidad pública tenga en la dirección de la empresa, así como en sus beneficios y pérdidas y, en su caso, el canon anual.

<sup>34</sup>. La Administración contrata la realización del servicio con particulares que desempeñan una actividad de contenido análogo, abonándole el pago de un precio alzado predeterminado e inalterable por la totalidad del servicio o por unidades o actos.

<sup>35</sup>. En la sociedad de economía mixta la Administración participa, por sí o a través de una empresa pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Consejería aprovechó este momento de cambio para: introducir variaciones en el sistema de precios: precio/día/plaza (ocupada o no); actualizar las ratio de personal, introduciendo además categorías profesionales adaptadas a las nuevas titulaciones; incluir remisiones al Convenio Colectivo de aplicación, etc.

#### 4. LAS DIRECTIVAS 23/2014/UE Y 24/2014/UE, DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La necesidad de adaptar nuestro Derecho nacional a la normativa europea y de carácter internacional ha sido causa, en los últimos treinta años, de la mayor parte de las reformas que en España se han acometido en las leyes sobre contratos públicos<sup>36</sup>.

El contexto normativo actual viene influido por la denominada "Estrategia Europa 2020", de la Comisión Europea, contenida en su Comunicación de 3 de marzo de 2010, "Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel fundamental.

En estas coordenadas se aprueban el 26 de febrero de 2014 tres nuevas Directivas comunitarias: la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales<sup>37</sup>; y la más novedosa, ya

---

<sup>36</sup>. La legislación nacional sobre contratación pública encuentra el fundamento de muchas de sus instituciones fuera de nuestras fronteras, en concreto, dentro de la actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) –en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas (ONU)–, o, especialmente, de la Unión Europea. Así, la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y la Directiva 2004/17/CE, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, fueron transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –posteriormente derogada y sustituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre–, y la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente.

<sup>37</sup>. Puede consultarse el Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados, núm. 3-3, de 28 de enero de 2019. No obstante, al final el Gobierno ha acudido a la figura del Real Decreto-Ley como forma de incorporar al ordenamiento jurídico español la referida Directiva comunitaria, vid. el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2020).



que carece de precedente en la normativa comunitaria, la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

La Directiva 2014/24/UE señala que la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, siendo uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos, facilitando la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública y permitiendo que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

Estas ideas han sido igualmente plasmadas en la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, de 3 de octubre de 2017, “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”.

Como es sabido, las Directivas comunitarias deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro de la UE a través de las normas internas correspondientes, obligando a los Estados en cuanto al resultado pretendido, no en cuanto a la forma o medios para conseguirlo. Esta transposición deber ser realizada en el plazo establecido en la propia Directiva, que normalmente suele ser de dos años<sup>38</sup>.

Pues bien, hasta el 18 de abril de 2016 tenía de plazo el legislador español para transponer dichas Directivas. Sin embargo, lo ha hecho con más de un año de retraso. De acuerdo con la Disposición Final 16<sup>a</sup>, la LCSP de 2017 entra en vigor, con carácter general<sup>39</sup>, a los cuatro meses de su publicación en el BOE, esto es, el 9 de marzo de 2018. En consecuencia, del 18 de abril de 2016 hasta la entrada en

---

<sup>38</sup>. Una vez expirado el plazo de transposición sin que ésta se haya llevado a cabo, la jurisprudencia del TJUE ha venido reconociendo efecto directo a las Directivas, pudiendo ser invocadas por los particulares ante la jurisdicción nacional siempre que se cumplan una serie de requisitos que se establecen por la propia jurisprudencia del TJUE: 1º) que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa; 2º) que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a excepción ni condición (vid. Sentencias del TJUE Van Duyn de 1974, Pfeiffer y otros de 2004 y Adeneler y otros de 2006). En este contexto, hay que recordar que la jurisprudencia europea únicamente ha reconocido el efecto directo “vertical”, es decir, en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares (y en sentido ascendente, no descendente, lo que significa que un Estado miembro no puede invocar las disposiciones de una Directiva no transpuesta en perjuicio de un particular). No se aplica, por tanto, el efecto directo en el plano horizontal, entre particulares.

<sup>39</sup>. No obstante, la letra a) del apartado 4 del art. 159 y la letra d) del apartado 2 del art. 32, lo harán a los diez meses de la citada publicación (9 de septiembre de 2018); y los arts. 328 a 334, así como la DF 10<sup>a</sup>, lo harán al día siguiente de la referida publicación (10 de noviembre de 2017). Por su parte, el tercer párrafo del apartado 1 del art. 150 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo.

vigor de la LCSP, el Derecho nacional vigente, de acuerdo con la doctrina del efecto directo, se debía interpretar de conformidad con las Directivas comunitarias sobre contratación pública<sup>40</sup>.

El artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Protocolo nº 26, interpretativo de las disposiciones sobre los mismos, reconocen expresamente la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar los servicios de interés general que no tengan carácter económico, sin que ello afecte a las disposiciones de los Tratados, cosa que el considerando nº 6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, recuerda expresamente para los servicios sociales, aclarando también, para los que sean de interés general y no económicos, que deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva.

La Directiva 2014/24/UE de forma expresa afirma que la gestión de los servicios a las personas puede realizarse a través de diversas modalidades: mediante gestión directa, gestión indirecta (como puede ser la vía contractual) o a través de fórmulas sometidas a un régimen no contractual (como el concierto o la acción concertada).

Por lo que al objeto de nuestro estudio interesa, nos centraremos en comentar las previsiones que la Directiva 2014/24/UE hace con relación a las fórmulas de gestión contractual y a las sometidas a un régimen no contractual.

Respecto al régimen de gestión contractual de los servicios a las personas, hay que subrayar, en primer lugar, que en la Directiva 2014/24/UE (y también en la Directiva 2014/23/UE) desaparece el contrato de gestión de servicios públicos de la clasificación de los contratos públicos.

La Directiva 2014/24/UE alude en su considerando 114 a los “servicios a las personas”, término éste que luego no se ve reflejado en su articulado, ya que el artículo 74 y siguientes vienen referidos a los “Servicios sociales y otros servicios específicos”, que son los que se citan en el Anexo XIV.

---

<sup>40</sup> Sobre el efecto directo de las Directivas de contratación pública vid. la Resolución de 16 de marzo de 2016 de la Dirección General de Patrimonio del Estado por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el efecto directo de las nuevas Directivas en materia de contratación pública (BOE número 66, de 17 de marzo de 2016) y el documento de estudio presentado y aprobado en Madrid el 1 de marzo del 2016 de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva LCSP”, consultado el 2 de febrero de 2018 en [http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos\\_Documento\\_final\\_ESTUDIO\\_aplicacion\\_directa\\_de\\_las\\_Directivas\\_b43ec509%232E%23pdf/chk.a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3](http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Documento_final_ESTUDIO_aplicacion_directa_de_las_Directivas_b43ec509%232E%23pdf/chk.a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3)).

Los servicios enumerados en este Anexo XIV son de carácter social, educativo y sanitario, aunque también se citan otros servicios que no tienen como destinatarios a las personas<sup>41</sup>. Estos servicios se caracterizan por tener un régimen jurídico más flexible que el resto de los servicios que pudieran denominarse “ordinarios”. El art. 4.d de la Directiva 2014/24/UE establece un umbral económico, de 750.000 euros, que en caso de ser superado conllevará la aplicación de las disposiciones previstas en los artículos 74 y siguientes de la Directiva 2014/24/UE, preceptos éstos que admiten un régimen “simplificado” a la hora de adjudicar estos contratos. La superación de dicho valor estimado de los servicios a las personas hace presumir un interés transfronterizo para su prestación. No obstante, el art. 76 de la Directiva reconoce libertad a los Estados para aplicar ese régimen simplificado, determinando las normas correspondientes a los procedimientos de adjudicación de estos contratos de servicios a las personas, atendiendo a la especificidad de los servicios en cuestión.

Si la prestación de los servicios se configura como una concesión será de aplicación el régimen previsto para los contratos de concesión de servicios, estando sujetos a las prescripciones de la Directiva cuando su valor estimado sea igual o supere los 5.548.00 euros (IVA excluido).

El resto de los servicios (no relacionados en el Anexo XIV ni configurados como concesión) habrán de prestarse como contratos de servicios, sometidos íntegramente al régimen jurídico establecido en la Directiva cuando su valor estimado sea igual o superior a 221.000 euros (IVA excluido) o a 144.000 euros (IVA excluido), en función de quién haya sido el poder adjudicador.

Al mismo tiempo, el Derecho europeo prevé la posibilidad de reservar la prestación de los servicios de interés general de atención directa a las personas a entidades sin ánimo de lucro, siempre que sea en un marco en que se preserven las finalidades de solidaridad y eficiencia presupuestaria y no comporte una alteración de la competencia (art. 77 de la Directiva 2014/24/UE).

---

<sup>41</sup>. Comenta Miguel Ángel BERNAL BLAY sobre los servicios del Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE que “(...) al margen de que tengan la consideración de “servicios a las personas” o no (porque lo cierto es que algunos de los citados pueden considerarse “supuestos frontera”, cuando no afirmar directamente que no son servicios “a las personas” sino “al poder adjudicador”), todos ellos coinciden en que pueden ser beneficiarios de un régimen “simplificado” para su contratación, cuya determinación, (...), corresponde a los Estados en el momento en que incorporen a sus Ordenamientos internos la Directiva 2014/24/UE”, vid. “La contratación de los servicios a las personas”, en *Tratado de contratos del sector público*, ob. dir. por Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGRO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2794 y 2798.

Por lo que hace a las fórmulas de gestión no contractual de los servicios a las personas, el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE contempla esta opción. Aunque en él se alude a “regímenes de financiación” o a la “concesión de licencias o autorizaciones”, no se trata de supuestos tasados, por lo que tendrían aquí cabida fórmulas como la del concierto social o los llamados acuerdos de concertación social. Deja en manos de los poderes competentes de cada Estado el acoger y regular estas otras vías no contractuales, atendiendo a la especificidad de los servicios a prestar, lo cual, en el caso de nuestro país, han hecho los legisladores autonómicos con base en sus competencias, fundamentalmente, en materia de servicios sociales<sup>42</sup>.

Vista, pues, la regulación que la Directiva 2014/24/UE hace de los servicios a las personas y de las diversas posibilidades que contempla para su gestión, pasamos a examinar cuál ha sido la regulación que el Estado español ha hecho en la LCSP de 2017 y cómo casa la misma con la figura del concierto social que han diseñado los legisladores autonómicos, entre ellos, el andaluz, en la LSSA de 2016.

---

<sup>42</sup>. En el marco de los servicios sociales y sanitarios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido algunas excepciones al principio de igualdad de trato, así, en las Sentencias de 17 de junio de 1997 (As. C-70/95, Sodemare), de 11 de diciembre de 2014 (As. C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino”), de 28 de enero de 2016 (As. C-50/14, Consorzio Aritigiano Servizio Taxi e Autonoleggio-CASTA-). Con relación a los citados pronunciamientos, BERNAL BLAY comenta, como hiciera GIMENO FELIU en su artículo “Invertir en personas” de 2017, que la jurisprudencia europea ha reconocido expresamente que en el ámbito de la prestación de los servicios a las personas “no todo es mercado ni se puede reconducir a una visión economicista”. Vid. “La contratación de los servicios a las personas”, ob. cit., págs. 2813-2815.

### **CAPÍTULO III. LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN LA LCSP DE 2017**

#### **1. ADECUACIÓN DE LA FORMA CONTRACTUAL DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES A LA NUEVA TIPOLOGÍA DE LA LCSP**

De acuerdo con las Directivas europeas de 2014 en materia de contratación pública, en la LCSP de 2017 ha desaparecido el contrato de gestión de servicios públicos. Como novedad, la LCSP regula, junto al contrato de servicios, un nuevo contrato denominado de concesión de servicios, debiendo estar al dato determinante de la existencia o no de una “transferencia del riesgo operacional”, para decidir en cada caso cuál es el tipo de contrato que debe celebrar la Administración<sup>43</sup>.

El art. 17 LCSP define a los contratos de servicios como aquellos “cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario”. El legislador prevé que no puedan celebrarse este tipo de contratos cuando impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

---

<sup>43</sup>. Para distinguir los contratos de servicios de los de concesión de servicios, vid. el análisis del criterio del riesgo operacional que realiza LAGUNA DE PAZ, J. C., “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, RAP núm. 204 (2017), págs. 62-66.

Por su parte, el art. 29.4 LCSP establece como duración máxima de este tipo de contratos la de cinco años, incluyendo posibles prórrogas (aunque se contemplan excepciones).

Por lo que hace a la regulación del nuevo contrato de concesión de servicios el art. 15 LCSP de 2017 lo define como sigue:

*“1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*

*2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.”*

El requisito de que el contrato implique “transferencia del riesgo operacional” al concesionario en la explotación del servicio abarca: el “riesgo de demanda”, el “riesgo de suministro o de oferta” o ambos. Se considera que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que haya incurrido para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos deben suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado. A efectos de evaluación del riesgo operacional podrá tomarse en consideración el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.

De acuerdo con la Directiva europea de concesiones, que en este punto acoge la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para determinar que estamos ante una concesión la transferencia del riesgo operacional ha de cumplir con las siguientes cinco notas<sup>44</sup>: la primera, ha de ser un riesgo de carácter eco-

<sup>44</sup>. Vid. el análisis del concepto europeo de “concesión” y del de “transferencia del riesgo de explotación” realizado por Francisco L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, en *Observatorio de los Contratos Públicos. Las nuevas Directivas de la Contratación Pública (X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Número monográfico Especial (2015), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, en especial, págs. 178-190. Sobre los referidos conceptos, y en la misma obra colectiva, vid. Luis MÍGUEZ MACHO, “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el Derecho español”, págs. 395-409.

nómico, asumiendo realmente el contratista el riesgo de explotación derivado de la operación y quedando éste expuesto a una pérdida potencial de su inversión; la segunda, no se requiere que se trate de una transferencia total del riesgo de la explotación, pero sí de una parte significativa; la tercera, la transferencia ha de suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado, abarcando el riesgo de demanda y el riesgo de oferta; la cuarta, el riesgo operacional debe derivarse de factores externos no controlables por las partes, inciertos, como los derivados de enfrentarse a la competencia de otros operadores, de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios o la insolvencia de los deudores por los servicios prestados; y la quinta, relativa a que la traslación del riesgo operacional opera en condiciones normales de funcionamiento, excluyendo las situaciones de riesgo imprevisible.

De acuerdo con el art. 26.9 LCSP este contrato tendrá un plazo de duración limitado, el cual 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 sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la concesión 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. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión. En cualquier caso, la duración no podrá exceder (incluyendo prórrogas) de:

- a) 40 años para los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.
- b) 25 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) 10 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

En definitiva, la nueva clasificación contractual conlleva la necesidad de modificar el tipo de contrato hasta ahora utilizado para gestionar los servicios públicos, a lo que hay que añadir una complejidad más cuando el servicio que se gestiona es un servicio social, como veremos a continuación.

## 2. ESPECIALIDADES DE LOS “SERVICIOS SOCIALES DIRIGIDOS A LAS PERSONAS” EN LA LCSP.

La LCSP de 2017 contiene a lo largo de su texto artículos referidos específicamente a los contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios sociales (Anexo IV) y, al mismo tiempo, admite, con base en las singularidades de esos servicios, que pueda acudir a otros regímenes no contractuales para su prestación (art. 11.6 y DA 49<sup>a</sup>) o con particularidades con respecto a la normativa general de contratación<sup>45</sup>.

En este contexto, GIMENO FELIU afirma que, con base en las especialidades que la LCSP contiene relativas a los servicios sociales, sanitarios y educativos dirigidos a las personas, aquella admite diferentes alternativas: que un contrato de prestaciones personales de carácter social o sanitario pueda estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos; que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios; así como que se diseñe un régimen singular de contratación. Son las singularidades de estas prestaciones, de eminente trascendencia social, las que explican que la LCSP: admita el establecimiento de normas “distintas” de contratación pública en los ámbitos sanitarios y de servicios sociales (DA 47<sup>a</sup>); habilite a que se puedan reservar contratos (DA 48<sup>a</sup>); o contemple un régimen no contractual para la

<sup>45</sup>. Muestra de estas particularidades serían los siguientes preceptos:

- 1º. El art. 107.1 LCSP exceptúa de la obligación de constituir la garantía definitiva a los licitadores cuando el contrato tenga por objeto la prestación de servicios sociales.
- 2º. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares, los órganos de contratación podrán establecer criterios específicos para el desempate entre dos o más ofertas. Entre los criterios específicos, el art. 147.1.c) LCSP contempla en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial el siguiente: *“las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial”*.
- 3º. De acuerdo con el art. 167.f) LCSP, tanto en los contratos de servicios como de concesión de servicios, los órganos de contratación podrán adjudicar esos contratos por el procedimiento de licitación con negociación “[C]uando 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.”
- 4º. Por su parte, el Anexo III, que regula la información que debe figurar en los anuncios, dedica el apartado A) a la información que debe figurar en los anuncios de publicación de un anuncio de información previa en un perfil de contratante, de información previa, de licitación, de formalización y de modificación de contratos de obras, suministros y servicios. Dentro del apartado A), la Sección 7 concreta la información que debe figurar en el anuncio de formalización de los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos.

Si fuera un contrato de concesión de servicios, es el apartado B) del citado Anexo III donde se indica la información que debe figurar en los anuncios de licitación, formalización y modificación de contratos de concesión de obras y concesión de servicios. En concreto, la Sección 5 contiene la información que debe figurar en los anuncios de formalización de concesiones de servicios sociales del Anexo IV, Anexo éste que enumera los servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1.c), 135.5 y la Disposición Adicional trigésima sexta de la LCSP.



prestación de estos servicios, el régimen de acción concertada, como fórmula organizativa que exige previa previsión legal (DA 49<sup>a</sup>)<sup>46</sup>.

La Disposición Adicional 47<sup>a</sup> LCSP<sup>47</sup> regula 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. Esta Disposición admite la posibilidad de que se establezcan normas diferentes de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios o sociales a las personas, muy centradas en cuestiones técnicas y de calidad<sup>48</sup>.

Con relación a la DA 47<sup>a</sup> LCSP comenta el Consejo Consultivo de Andalucía (CCoA) en su dictamen 58/2018, de 7 de febrero, que *“no sólo no ayuda a esclarecer la naturaleza de los conciertos sociales, sino que introduce confusión sobre el régimen jurídico de los contratos de concesión de los servicios a los que se refiere. Evidentemente, la disposición en cuestión parte de una previa calificación, pues va referida a una fórmula contractual y no a las fórmulas no contractuales reconocidas en las propias Directivas con las que los legisladores autonómicos han identificado el concierto social en unos casos, excluyendo expresamente la aplicación de la LCSP (quizá de manera poco prudente e ignorando que tal exclusión depende del legislador estatal), mientras que en otros casos lo han concebido como un modo de gestión indirecta que constituye una especialidad de la fórmula contractual, o una “modalidad diferenciada” de la misma, sin que se precise el significado de dicha expresión.”*

<sup>46</sup>. Vid. “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública”, consultado el 15 de marzo de 2018 en la página web del Observatorio Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.317/relecategoria.208/relemenu.3/chk.d2b802da721758ceee2d2c222c7dc305>.

<sup>47</sup>. Dice así la DA 47<sup>a</sup> LCSP:

*“Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de esta Ley y, entre otras, de las relativas al establecimiento de las prescripciones técnicas, de las condiciones mínimas de solvencia, de los criterios de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución, en los procedimientos de licitación de contratos de concesión de los servicios que figuran en el anexo IV y de contratos de carácter social, sanitario o educativo también del anexo IV, 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, al establecer los criterios de adjudicación de los contratos a que se refiere esta disposición adicional, el órgano de contratación podrá referirlos 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”.*

<sup>48</sup>. Así opina BERNAL BLAY, vid. “La contratación de los servicios a las personas”, en *Tratado de contratos del sector público*, ob. cit., págs. 2803-2806.

Por su parte, la Disposición Adicional 48ª LCSP, regula la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones<sup>49</sup>. Comenta sobre la misma el Consejo Consultivo de Andalucía en el ya citado dictamen 58/2018, de 7 de febrero, que ha de ponerse en conexión con el artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE, que se contempla en el seno de una relación contractual, sometida a la LCSP.

Y por último, la Disposición Adicional 49ª LCSP, que es la que más interesa a nuestro estudio. Esta disposición está dedicada a la legislación de las Comunidades Autónomas de instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social. Dice así:

*“Lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”.*

De la redacción transcrita se desprende con claridad que el legislador estatal permite y deja en manos de las Comunidades Autónomas la decisión de legislar nuevos instrumentos o figuras, de naturaleza jurídica no contractual, para la prestación de los servicios sociales.

Sobre este particular, el CCoA, en el citado dictamen 58/2018, considera que la DA 49ª LCSP *“no va más allá del reconocimiento desde la perspectiva del reparto competencial de lo que las Directivas reconocen a los Estados miembros, es decir, la posibilidad de articular*

<sup>49</sup>. Dice así la DA 48ª LCSP:

*“1. Sin perjuicio de lo establecido en la Disposición adicional cuarta, los órganos de contratación de los poderes adjudicadores podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV bajo los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.*

*2. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas y cada una de las condiciones siguientes:*

*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.*

*3. La duración máxima del contrato que se adjudique de acuerdo con lo dispuesto en esta disposición adicional no excederá de tres años.*

*4. En el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación se hará referencia a la presente Disposición adicional.”*

*dichos servicios mediante fórmulas no contractuales”, que interpretada de manera generosa da cobertura a las Comunidades Autónomas para configurar al concierto social como fórmula excluida de la LCSP. Aunque al mismo tiempo, el CCoA considera que la DA 49ª no aporta nada al debate sobre la naturaleza de los conciertos sociales, a los que ni siquiera cita, pareciendo lamentarse de que “en el marco de sus competencias, el legislador básico podría haberse decantado por la reconducción de las diferentes regulaciones de los conciertos sociales al marco de la LCSP, proclamando expresamente su naturaleza contractual, no de manera arbitraria, sino bajo la premisa de que dichas regulaciones responden, en esencia, a la noción de contrato público, pues la legislación básica sobre contratos abarca con naturalidad no sólo el contenido positivo de la relación negocial subsumible en dicho concepto, sino también la delimitación negativa, especificando supuestos de no sujeción, siempre que con ello no se invadan las competencias autonómicas”.*

A la vista de esta regulación de la LCSP y de las observaciones que hemos traído a colación del Consejo Consultivo de Andalucía, entendemos que para aclarar cuáles son las diferentes opciones que actualmente brinda el ordenamiento jurídico para gestionar los servicios sociales y quién tiene la competencia para optar por una u otra, hay que partir de lo dispuesto por el art. 149.1.18ª de la Constitución, que establece que corresponde al Estado la “competencia exclusiva” para dictar “la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”, al objeto de conformar una legislación mínima común uniforme aplicable por todas las Administraciones públicas y que sea garantía de un tratamiento igualitario y común de los licitadores ante ellas<sup>50</sup>. Por su parte, las Comunidades Autónomas,

<sup>50</sup>. Como resumen de lo que ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de contratación pública, nos parece acertado transcribir parte del Fundamento Jurídico 2º de la STC 237/2015, de 19 de noviembre de 2015 (recurso de inconstitucionalidad 6720-2011), interpuesto por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de las Cortes de Aragón, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, que dice así:

“(…) como ya hiciéramos en la STC 56/2014, de 10 de abril, FJ 3 a), que «el art. 149.1.18 CE atribuye al Estado, entre otras, la competencia exclusiva para dictar ‘la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas’. En términos de la STC 141/1993, de 22 de abril, FJ 5, ‘la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas’ (en el mismo sentido, SSTC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 6, y 162/2009, de 29 de junio, FJ 4).»

Añadíamos entonces que «en el marco de lo dispuesto por el art. 149.1.18 CE, las Comunidades Autónomas han podido asumir la competencia de desarrollo legislativo de la legislación básica estatal en materia de contratos administrativos.» Y debemos especificar ahora que la Comunidad Autónoma de Aragón ha ejercido esa posibilidad al asumir en su Estatuto de Autonomía reformado por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, la competencia genérica de «desarrollo de las bases del Estado previstas en el artículo 149.1.18 de la Constitución para las Administraciones Públicas aragonesas, incluidas las Entidades Locales» y especifica sobre «régimen jurídico, procedimiento, contratación y responsabilidad de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma» (art. 75.11 y 12), títulos ambos que el propio texto estatutario caracteriza como «competencias compartidas».

respetando siempre esa legislación básica, tienen la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución<sup>51</sup>.

Es cierto que el Estado en ejercicio de sus competencias podría haber legislado y concebido el concierto social como un contrato y, probablemente, de haberlo hecho, hubiera despejado muchas dudas -aunque, en tal caso, alguna/s de las Comunidades Autónomas que ya han legislado al respecto, dotando a la figura del concierto social de una naturaleza distinta a la contractual, seguramente considerarían invadidas sus competencias exclusivas en materia de servicios sociales a la luz de la normativa europea sobre contratación pública-. No obstante, dado que el Estado no ha abordado con claridad en la LCSP cuál haya de ser la naturaleza jurídica del concierto social (o acuerdos de concertación social o de acción concertada), la responsabilidad de cómo se configura éste en la actualidad es de cada legislador autonómico, sin necesidad de tener que buscar excusas o responsables más allá.

### 3. RECONOCIMIENTO LEGAL DE QUE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES QUEDE AL MARGEN DE LA LCSP

Los considerandos 54 y 114 de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE sobre contratación pública avalan la posibilidad de establecer un régimen específico

---

Por último, en la reciente STC 84/2015, de 30 de abril, hemos reafirmado esta misma línea doctrinal, al afirmar que los «dos elementos, subjetivo –quién contrata– y objetivo –lo que se contrata–, sirven para determinar qué reglas del texto refundido de la Ley de contratos del sector público resultan de aplicación al contrato de gestión de servicio público, es decir, tanto las que regulan los actos de preparación y adjudicación, como las que disciplinan los derechos y deberes de las partes en el mismo. Las primeras garantizan, tal y como señala el art. 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, que la contratación se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y aseguran, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. En definitiva, estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones [SSTC 141/1993, de 22 de abril, FFJJ 5 y 6 b); 56/2014, de 10 de abril, FJ 3] y, de otro, la eficiente utilización de los fondos públicos.» [FJ 5 a).]

<sup>51</sup>. Los Estatutos de Autonomía se refieren a la competencia de la Comunidad Autónoma respectiva en materia de contratación de diferente forma. Así, el art. 159.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, la califica como “compartida” e incluso “exclusiva”. En el caso de Andalucía, el artículo 47.2.3.<sup>a</sup> EAA atribuye a la Comunidad Autónoma la “competencia compartida” con el Estado sobre los contratos y concesiones administrativas, por lo tanto, de acuerdo con el artículo 42 EAA, asume potestades legislativa y reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado en normas con rango de ley.

no contractual con relación a los servicios a las personas<sup>52</sup>. Las Directivas sobre contratación pública parten del reconocimiento de la libertad de los Estados miembros para organizar la prestación de sus servicios sociales obligatorios o de cualquier otro servicio no económico de interés general. No obstante, los Estados miembros que opten por regular un régimen específico deberán siempre respetar los principios fundamentales de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

Es de acuerdo con dicha habilitación que la LCSP de 2017 declara en el punto IV de su Preámbulo que *“los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos 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.”*

En esta línea, se ha incluido en el art. 11, que regula otros contratos y negocios excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, un novedoso apartado sexto que dice así:

*“6. Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”*

Desde nuestro punto de vista, la legislación contractual vigente (el art. 11.6 LCSP y la comentada anteriormente DA 49<sup>a</sup>) no deja lugar a dudas sobre la posibilidad de

---

<sup>52</sup>. Este planteamiento se basa en la postura mantenida en la Comunicación de la Comisión Europea de 26 abril de 2006, “Aplicación del programa comunitario de Lisboa, Servicios sociales de interés general en la Unión Europea”, que reconoce las características específicas de los servicios sociales y sanitarios de interés general, como ya pusiera de relieve el Libro Blanco sobre los servicios de interés general. Asimismo, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, ya excluía de su ámbito de aplicación determinados servicios sociales (relativos a la vivienda social, atención a niños, familias, etc.).

que los poderes públicos competentes puedan optar por articular nuevas fórmulas de prestación de los servicios sociales al margen de los contratos<sup>53</sup>.

Ese camino, de hecho, había sido ya tomado por diversas Comunidades Autónomas, al regular la figura del "concierto social" como un instrumento de gestión de los servicios sociales distinto tanto de los contratos como de las subvenciones, pero con similitudes con ambas figuras.

En palabras del profesor RAZQUIN LIZARRAGA, "(...), en un claro guiño autonómico, el art. 11.6 excluye de la LCSP aquellas vías de prestación de servicios sociales actualmente existentes y que no se amparan propiamente en un contrato"<sup>54</sup>.

Entre las CCAA que han regulado la figura del "concierto social" como forma de prestación de servicios sociales distinta a los contratos se encuentran, por ejemplo, las Islas Baleares, Castilla-León y Aragón, cuyas leyes sirvieron de referente al legislador andaluz a la hora de redactar la LSSA.

El concierto social que se diseña en las diversas leyes autonómicas aprobadas no se inserta en la tipología de contratos públicos regulados en la legislación básica estatal<sup>55</sup>, por lo que no es formalmente un contrato, aunque cuando se analiza pueda comprobarse que se rige en muchos casos por prescripciones semejantes a las contenidas en la legislación sobre contratación pública y que incluso se remite a ella para su aplicación directa o supletoria en determinadas cuestiones.

---

<sup>53</sup>. Del análisis de la regulación que la nueva LCSP hace de los "servicios a las personas", GALLEGO CÓR-COLES comenta, al hilo de lo dispuesto en el art. 11.6 y la DA 49ª LCSP, que la Ley permite la posibilidad de que la legislación autonómica pueda articular instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social, "previsión que ha de situarse en el contexto de recientes desarrollos normativos efectuados por distintas Comunidades Autónomas en el ámbito de la prestación no sólo de servicios sociales, sino también sanitarios". Vid. "El Derecho a la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual", en *Tratado de contratos del sector público*, ob. dir. por Eduardo GAMERO CASADO y ella misma, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 125-126. En el mismo sentido se expresa BERNAL BLAY cuando analiza los desarrollos autonómicos de la acción concertada (en Aragón, Valencia y Cataluña), corroborando que tanto las normas aprobadas por algunas CCAA antes de la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE, como las aprobadas después, enmarcan la acción concertada como una fórmula de gestión no contractual de los servicios a las personas, vid. "La contratación de los servicios a las personas", ob. cit., págs. 2815-2822.

<sup>54</sup>. Vid. "Los veinte puntos 'cardinales' de la nueva LCSP", en *Revista Aranzadi*, noviembre 2017, pág. 19.

<sup>55</sup>. Esta exclusión del concierto social del ámbito de las normas de contratación pública por parte de las Leyes de Servicios Sociales autonómicas, con la salvedad de Asturias, es puesta en evidencia por LAZO VITORIA en su artículo "La figura del 'concierto social' tras las Directivas europeas de contratación pública", consultado el 12 de marzo de 2018 en la página web del Observatorio Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/releategoria.208/relemenu.3/chk.3a0dbd2183e-053976d3b5e7acf2d0a37>. Esta realidad es también corroborada en el estudio de TORTOSA CHULIÁ, GRANELL PÉREZ y FUENMAYOR FERNÁNDEZ, "Nuevas vías de concertación social y sus efectos sobre las residencias de las personas mayores en la Comunidad Valenciana", en *Informes. Envejecimiento en red*, número 21 (octubre 2018), principalmente, en págs. 6-13.

A su vez, en otros casos se aprecian semejanzas con el régimen que regula las convocatorias de las subvenciones. Sin embargo, los conciertos sociales pretenden ser también una alternativa a las subvenciones, ofreciendo a las entidades sociales un modelo de relación más estable y más garantista en torno a servicios y programas que ahora vienen desarrollando por esta vía o a través de otras fórmulas de financiación. Se pretende reconocer así la enorme aportación de recursos humanos, económicos y materiales, además de la experiencia en la atención que las entidades de iniciativa social vienen realizando al sistema de servicios sociales.

Llegados a este punto, tenemos la base suficiente para abordar en el siguiente Capítulo la regulación que las diversas normas autonómicas han hecho de la naturaleza jurídica del concierto social en sus respectivos territorios. Un paso previo y necesario al análisis de la configuración que del concierto social hace la Ley 9/2016, pues el legislador andaluz tomó como referencia la regulación que de esta figura habían previsto otros legisladores autonómicos, como alternativa a la gestión indirecta del servicio a través de un contratista público.





## **CAPÍTULO IV. EL CONCIERTO SOCIAL EN EL DERECHO AUTONÓMICO COMPARADO**

### **1. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA LSSA**

La LSSA de 2016 toma como referencia a la hora de configurar el concierto social, las diferentes regulaciones que ya habían aprobado años antes otras CCAA, como eran el País Vasco, las Islas Baleares, Castilla y León, Asturias o Murcia. Las Leyes reguladoras del concierto social de Aragón, Cataluña y Galicia se tramitaron y aprobaron casi paralelamente a la LSSA de 2016. Y ya las leyes de Navarra, Extremadura, Valencia y Canarias han sido aprobadas con posterioridad, en 2017, 2018 y 2019.

Tal y como el propio legislador andaluz reconoce en el Preámbulo de la LSSA, las leyes autonómicas que habían abordado la incorporación del concierto social a su ordenamiento jurídico fueron analizadas y tenidas en cuenta. Muestra de ello, como luego se verá, son las alusiones a las mismas en los informes jurídicos y dictámenes emitidos durante la tramitación normativa de la LSSA y, posteriormente, del Decreto 41/2018.

El Derecho autonómico comparado nos brinda, principalmente, dos formas de regulación de la figura del concierto social: la mayoritaria, que lo concibe como una modalidad diferenciada tanto de la gestión directa como de la gestión indirecta a través de la contratación pública; y la minoritaria, que lo regula en el marco de la gestión indirecta pero como una fórmula distinta al concierto regulado hasta hace poco en la legislación de los contratos públicos. Estas son las dos posturas que hasta ahora se aprecian en las legislaciones autonómicas, y ello con independencia de que las normas autonómicas sean anteriores o posteriores a la aprobación de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, como veremos a continuación.

## 2. REGULACIONES AUTONÓMICAS

De acuerdo con un orden cronológico, expondremos las CCAA que han incorporado a su ordenamiento jurídico la figura del concierto social, prestando especial atención a la naturaleza jurídica que le han asignado.

### 2.1 País Vasco

La primera Comunidad Autónoma en regular el concierto social fue el País Vasco. La Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco, establece en su art. 60.1 un "régimen específico de concierto", diferenciado de los modos de gestión indirecta en el marco de la regulación de contratos y de los convenios. Concretamente, dicen así los apartados 1 y 2 del art. 60 de la Ley 12/2008, dedicado a regular la participación de la iniciativa privada en la prestación de servicios del Catálogo de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales:

*"1. Las administraciones públicas vascas, en el ámbito de sus competencias, podrán organizar la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, régimen de concierto previsto en la presente ley, gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las administraciones públicas, y convenios con entidades sin ánimo de lucro.*

*2. Las prestaciones de primera acogida de las demandas, así como las directamente asociadas a la coordinación de caso como procedimiento básico de intervención, en particular la valoración, el diagnóstico y la orientación, serán siempre de gestión pública directa, tanto en el ámbito de la atención primaria como en el de la atención secundaria."*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 61 de la Ley 12/2008, esta Ley "establece un régimen de concierto diferenciado de la modalidad contractual de concierto regulada en la normativa de contratación de las administraciones públicas, en cuyo marco se prevé el sostenimiento con fondos públicos de los servicios de responsabilidad pública prestados por dichas entidades".

Los arts. 61 a 68 de la mentada Ley establecen el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados que se integren en el Sistema Vasco de Servicios Sociales, regulando los aspectos básicos del régimen de concierto, los requisitos de acceso, la duración máxima y las causas de extinción del concierto, así como las obligaciones de las partes.

A esta figura del concierto, adjetivándolo de "social", se remite la Ley 6/2016, de 12 de mayo, del Tercer Sector Social de Euskadi.

El Preámbulo de la Ley 6/2016 alude a la necesidad de cooperar tanto en la gestión de los sistemas de responsabilidad pública y de los espacios de interacción entre sistemas como en la provisión de servicios de responsabilidad pública, y a tal efecto, articula las tareas de cooperación y colaboración a través de tres instrumentos previstos en la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales: “los regímenes especiales de concierto social, los convenios, y los acuerdos marco de colaboración.”

En concordancia con lo dicho en el Preámbulo, el art. 15 de esta Ley 6/2016, dedicado a los instrumentos para formalizar la cooperación y colaboración entre las Administraciones públicas y las organizaciones del Tercer Sector Social de Euskadi, dispone que aquéllas adoptarán el régimen de concierto diferenciado previsto en la Ley de Servicios Sociales.

Como se aprecia fácilmente, en la Comunidad Autónoma del País Vasco la figura del concierto social se concibió en la Ley de Servicios Sociales de 2008 como un modo de gestión distinto al directo y al indirecto sujeto a la normativa de contratación pública, y así se sigue entendiendo en la actualidad.

## 2.2 Islas Baleares

En segundo lugar, también el art. 89.1 de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears, tras la modificación operada por la Ley 10/2013, de 23 de diciembre, concibe al concierto social como una modalidad distinta de la gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las Administraciones públicas.

La versión inicial del art. 89.1 de la Ley 4/2009 solo contemplaba la posibilidad de que la Administración celebrase contratos, sometidos a la LCSP, para gestionar servicios sociales de su competencia con las entidades de iniciativa privada. Tras la modificación de 2013, dicho art. 89.1 quedó redactado como sigue:

*“1. Las administraciones públicas de las Illes Balears, en el ámbito de sus competencias, pueden organizar la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones y Servicios Sociales de las Illes Balears a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, régimen de concierto previsto en esta ley, gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las administraciones públicas y convenios con entidades sin ánimo de lucro.”*

Asimismo, es la Ley 10/2013 la que incluye en la Ley 4/2009 los arts. 89 bis, 89 ter, 89 quater, 89 quinquies, 89 sexies y 89 septies, que son los que realmente regulan el concierto social, el régimen de concertación, su objeto, efectos, requisitos para concertar, duración, modificación, renovación, extinción y formalización del

concierto social. Y concretamente, el apartado 3 del art. 89 bis dispone que “[E]l régimen de concierto previsto en esta ley se establece como diferenciado de la modalidad contractual de concierto que regula la normativa de contratación del sector público.”

En correspondencia con esta concepción, la Disposición Adicional Segunda del Decreto 18/2015, de 10 de abril, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales en las Islas Baleares, especifica que el régimen de estos “*se establece como diferenciado de la modalidad contractual de concierto que regula el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y, por tanto, está excluido del ámbito de aplicación de este texto refundido*”.

Con posterioridad, la Disposición Derogatoria Única del 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, derogó expresamente el Decreto 18/2015. Las razones que justifican esta derogación y la aprobación de un nuevo Decreto se centran en que durante la vigencia del Decreto 18/2015 se habían puesto de manifiesto algunos problemas relacionados con el rígido calendario para las entidades interesadas en concertar los servicios y en la ausencia de regulación expresa de una convocatoria pública para iniciar el concierto social. No obstante, la Disposición Transitoria Tercera del Decreto 48/2017 prevé que los conciertos sociales formalizados de acuerdo con el Decreto 18/2015, se seguirán regulando por dicha normativa hasta su extinción, excepto su ampliación o renovación, que seguirán la regulación prevista en este Decreto.

El Decreto 48/2017 define con más detalle los procedimientos que se deben seguir para concertar, proporcionando una mayor seguridad jurídica tanto a las entidades prestadoras de servicios, como a las personas usuarias y a las propias Administraciones. Y por último, hay que destacar que el citado Decreto incluye una nueva tipología de concierto ligada a la construcción de un centro donde se presten servicios sociales, especialmente pensada para los servicios residenciales en los que actualmente hay una larga lista de espera, a fin de potenciar la inversión privada y al mismo tiempo mejorar la calidad y la atención a las personas usuarias.

Para concluir, hay que señalar que las últimas Leyes aprobadas en esta Comunidad dentro del ámbito de los servicios sociales -la Ley 3/2018, de 29 de mayo, y la Ley 12/2018, de 15 de noviembre- aluden ahora a la “acción concertada” en lugar de al “concierto social”, regulándose con precisión en ellas su régimen jurídico, diferenciado de la figura del contrato administrativo.

En concreto, el art. 15 de la Ley 3/2018, de 29 de mayo, del Tercer Sector de Acción Social, define “la acción concertada” como un instrumento para formalizar

la colaboración entre las Administraciones públicas y las organizaciones del Tercer Sector de Acción Social en cuanto a la provisión de servicios de responsabilidad pública en el ámbito de la intervención social.

Por su parte, Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de Servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, regula el régimen de acción concertada como una opción organizativa que permite concertar la prestación de servicios sociales con entidades no lucrativas del Tercer Sector de Acción Social y, si procede, entidades del sector privado (arts. 2 a 10). No obstante, tal y como se explicita en el Preámbulo de esta Ley, siempre existirá la posibilidad de acudir a fórmulas de contratación pública ordinaria para poder preservar la eficacia del sistema público y, en este caso, *“la tipificación del contrato deberá ajustarse a las notas propias, de tal forma que en ausencia de riesgo empresarial –que será lo ordinario– el contrato deberá calificarse como contrato de servicios, aunque puede preverse un plazo acorde al propio objeto y finalidad. Existe, además, la posibilidad de una regulación simplificada y de reserva de contratos –habilitada por la Directiva 2014/24 en sus artículos 76 y 77– que se regulan, dentro del ámbito competencial propio, en esta ley”*. Esta última opción, la de acudir a la contratación pública y poder optar a la aplicación de ciertas reglas específicas, se desarrolla en los arts. 11 a 20, lo que viene a poner aún más de manifiesto que el concierto social o los acuerdos de acción concertada no son para el legislador balear contratos sujetos a la LCSP.

### 2.3 Castilla y León

La Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León también se posiciona entre las normas que no atribuyen naturaleza contractual al concierto social. El art. 88.1 de la Ley 16/2010 dispone que las entidades de iniciativa privada puedan participar en la dispensación de prestaciones del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública mediante *“la firma de conciertos, convenios, contratos y demás acuerdos de colaboración con las administraciones públicas de Castilla y León competentes en esta materia”* y el art. 89.3 califica al régimen del concierto *“como diferenciado de la modalidad contractual del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público”*.

El apartado 4 del art. 89 de la Ley 16/2010 obliga a la Junta de Castilla y León a desarrollar reglamentariamente las condiciones y procedimientos de concertación, así como el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros de titularidad privada que se integren en el sistema de servicios sociales de responsabilidad pública.

En cumplimiento de dicho mandato se está tramitando un Decreto por el que se regula el régimen jurídico del concierto social para la prestación de servicios sociales

en Castilla y León. El plazo para realizar aportaciones en el trámite de consulta previa finalizó el 12 de noviembre de 2018. El proyecto de Decreto manifiesta, con base en lo dispuesto en la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, que el legislador castellano leonés ha optado por reconocer que los servicios sociales y sanitarios, esto es, los denominados "servicios a las personas", no son una actividad propia del mercado y pueden ser protegidos mediante una regulación específica distinta, en todo caso, de la que rige en materia de contratación<sup>56</sup>.

En definitiva, el referido proyecto de Decreto -a fecha de mayo de 2019 aún sin aprobar-, va en la línea del Acuerdo de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades 61/2017, de 11 de octubre, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba el Plan Estratégico de los Servicios Sociales de Castilla y León, donde encontramos diversas referencias a la figura del concierto social, distinta de los contratos y de los convenios<sup>57</sup>.

## 2.4 Asturias

La cuarta Comunidad Autónoma en regular la figura del concierto social fue la asturiana, con la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales (posteriormente modificada por la Ley 9/2015, de 20 de marzo, y por la Ley 4/2019, de 15 de marzo).

El Preámbulo de la 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, nos brinda una exposición absolutamente clarificadora de cómo se han gestionado los servicios públicos sociales en los últimos años a la luz de las Directivas europeas y las leyes nacionales en materia de contratación y de las leyes sociales autonómicas.

Alude a las diversas posibilidades que se admiten al respecto en la normativa europea y a cómo las dudas sobre el régimen jurídico al que debe ajustarse la celebración de los acuerdos de acción concertada se han ido despejando. En concreto, en el Principado de Asturias, la Ley 9/2015, de 20 de marzo, modificó la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, estableciendo el "concierto social" como modalidad diferenciada respecto a la figura contractual

<sup>56</sup>. Vid. Espacio de participación de la Junta de Castilla y León, [participa.jcyl.es/forums/917017-2018-11](http://participa.jcyl.es/forums/917017-2018-11).

<sup>57</sup>. Vid. págs. 108, 135, 184, 200 y 215 del Plan Estratégico de los Servicios Sociales.

del concierto general y, con la Ley 3/2019, de 15 de marzo, se ha explicitado que la “acción concertada” es un “instrumento no contractual” para la prestación de los servicios sociales.

Con base en la normativa vigente, el Preámbulo de la Ley 3/2019 expone que:

*“16. La citada Directiva (la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública) y su trasposición al ordenamiento jurídico español mediante la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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, han previsto un nuevo marco regulatorio que permite a las Comunidades Autónomas legislar «articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social» (disposición adicional cuadragésimo novena de la Ley estatal). En este sentido, varias Comunidades Autónomas han promulgado ya normas que configuran esta forma de prestación de servicios de carácter social.*

*17. La norma proyectada articula así, de forma específica y en el ámbito territorial de nuestra Comunidad Autónoma, dichos instrumentos no contractuales, mediante la regulación de la acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro, actualizando, además, las formas posibles de organización de la prestación de los servicios sociales a las personas en nuestro ordenamiento autonómico, mediante una nueva modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero.”*

De acuerdo con esta declaración, el art. 2 de la Ley 3/2019 define a los “acuerdos de acción concertada” como “los instrumentos organizativos de naturaleza no contractual suscritos con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro, a través de los cuales se podrá realizar la prestación de servicios sociales”.

Por su parte, la Disposición Final Tercera de esta Ley, con respecto a lo no previsto en ella ni en las condiciones establecidas para cada acción concertada, dispone que tendrá carácter supletorio la normativa sectorial en materia de servicios sociales y la legislación aplicable en materia de procedimiento administrativo y régimen jurídico del sector público; esto es, ni siquiera con carácter supletorio se remite a la Ley de Contratos del Sector Público.

En conclusión, no hay dudas de que el Principado de Asturias ha seguido la misma línea interpretativa que de la normativa europea y estatal vigente en materia de contratación pública vienen haciendo las demás Comunidades Autónomas a la hora de aprobar sus Leyes y reglamentos reguladores de estos nuevos instrumentos de gestión de los servicios sociales (con la salvedad del Decreto andaluz 41/2018).

## 2.5 Murcia

En quinto lugar, la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, en su versión inicial, aludía en el art. 7.3.d) a que las entidades con y sin fin de lucro, sus centros y servicios sociales dependientes declarados de interés asistencial para la Región de Murcia, tenían el derecho “de acceso preferente al establecimiento de conciertos, convenios u otras formas de cooperación para la prestación de servicios sociales con las administraciones públicas, de acuerdo con la planificación general”. Otros artículos de la Ley 3/2003 también citaban al concierto como una figura de cooperación entre la Administración y las entidades de iniciativa social para prestar los servicios sociales (arts. 7.3, 25 y 40), lo que venía a situarla más bien como un instrumento de cooperación o colaboración distinto del contrato.

Es tras la modificación de la Ley 3/2003 por la Ley 16/2015, de 9 de noviembre, cuando se nombra expresamente la figura del “concierto social”, eliminando la regla de preferencia de las entidades declaradas de interés asistencial en el establecimiento de los conciertos sociales, no así para la celebración de los convenios. La Ley 16/2015 añade un nuevo art. 7 bis con el título “Modos de organización de la gestión de los servicios sociales” y con el siguiente contenido:

*“Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán organizar la prestación de los servicios sociales a través de las siguientes fórmulas:*

- a) Gestión directa.*
- b) Gestión indirecta en el marco general de la normativa de contratación del sector público.*
- c) Mediante conciertos sociales con entidades privadas con o sin ánimo de lucro declaradas de interés asistencial según lo establecido en el artículo 7.*
- d) Y mediante convenios con entidades de iniciativa social, entendiendo como tales las fundaciones, asociaciones, cooperativas, organizaciones de voluntariado y demás entidades e instituciones sin ánimo de lucro que realizan actividades de servicios sociales, siempre que sobre dichas entidades no ostente el dominio efectivo una entidad mercantil que opere con ánimo de lucro.”*

Esta redacción muestra sin dejar opción a duda alguna que el concierto social es una modalidad de gestión distinta a la gestión indirecta sujeta a la legislación de contratación pública. Esta interpretación se afianza más con la redacción del nuevo artículo 25 bis, regulador del régimen de concertación, que dice:



*“1. Las administraciones públicas podrán encomendar la prestación de los servicios sociales de su competencia mediante el sistema de concierto social con entidades privadas, con los requisitos que se establezcan en la normativa por la que se desarrolle, con pleno respeto a los principios de publicidad, transparencia y no discriminación.*

*2. A los efectos de esta ley, se entiende por régimen de concertación la prestación de servicios sociales públicos a través de terceros, cuya financiación, acceso y control sean públicos.*

*3. El régimen de concierto social a que se refiere esta ley es un modo de organización de la gestión de los servicios sociales, diferenciado de la modalidad contractual del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público.”*

El apartado 4 del art. 25 bis obliga a que por Decreto del Consejo de Gobierno se desarrolle el régimen jurídico aplicable a los conciertos sociales, lo cual se ha hecho recientemente. En el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 28 de febrero de 2018, se ha publicado el 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<sup>58</sup>. En el Preámbulo del Decreto 10/2018, con cita de los preceptos legales que ya hemos mencionado, se aclara que el régimen de concierto social a que se refiere la Ley del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia es un modo de organización de la gestión de los servicios sociales diferenciado de la modalidad contractual del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público y que, en virtud de las competencias exclusivas en materia de servicios sociales de la CA de Murcia, a través de este Decreto se configura un sistema propio de servicios sociales y se desarrolla el régimen peculiar de la concertación social.

## 2.6 Aragón

En Aragón, estando ya en vigor las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, se aprueba el Decreto-Ley 1/2016, 17 de mayo, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario en la Comunidad Autónoma de Aragón (convalidado en junio de 2016) y, con posterioridad, la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.

<sup>58</sup>. De acuerdo con la Disposición Final única del Decreto 10/2018, éste entra en vigor a los cuatro meses de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, esto es, el 28 de junio de 2018.

Con base en la Directiva 2014/24/UE y en la jurisprudencia del TJUE, el art. 2 de la Ley 11/2016 reconoce que son tres los modos en los que las Administraciones públicas competentes podrán gestionar la prestación de los servicios sociales y sanitarios, a través de: la gestión directa; la gestión indirecta conforme a la LCSP; y mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro.

A continuación, el art. 3.1 de la Ley especifica que “[L]os acuerdos de acción concertada son instrumentos organizativos de naturaleza no contractual, con las garantías de no discriminación, transparencia y eficacia en la utilización de fondos públicos”.

Queda así expresada nítidamente la opción del legislador aragonés por una fórmula no contractual, denominada en esta Comunidad Autónoma “acuerdos de acción concertada” en lugar de “concierto social”.

## 2.7 Cataluña

En las mismas coordenadas en las que se han venido posicionando las CCAA hasta ahora citadas se sitúa el Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública en Cataluña (convalidado por Resolución 250/XI del Parlamento de Cataluña el 13 julio de 2016).

En primer lugar, hay que destacar que el Decreto-Ley 3/2016 ha sido la primera norma autonómica que ha regulado y diseñado un régimen jurídico contractual diferenciado para los servicios a las personas, más flexible que el régimen general aplicable a los contratos de servicios o de concesión de servicios<sup>59</sup>.

En segundo lugar, el Decreto-Ley 3/2016 contempla una regulación propia del denominado “régimen de concertación social”, de naturaleza no contractual, en sus Disposiciones Adicionales Tercera y Cuarta, con base en el ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de servicios sociales<sup>60</sup>.

<sup>59</sup>. Estos contratos serían aquellos cuyo objeto estaba referenciado por su código CPV en el Anexo I del proyecto de Ley de contratos de servicios a las personas que se tramitaba en 2018 en el Parlamento catalán, que coincidían con el listado del Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE y también con el Anexo IV de la LCSP de 2017.

<sup>60</sup>. Las referidas Disposiciones Adicionales Tercera y Cuarta del Decreto-Ley 3/2016 fueron objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional, en el marco del procedimiento del art. 33.2 LOTC. Por Resolución de 14 de marzo de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, se publicó el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado con relación a la mentada norma. En dicho Acuerdo se explicita que “(...) en el ámbito objetivo -de las disposiciones adicionales tercera y cuarta del Decreto-Ley 3/2016- no puede exceder del concierto social como instrumento de gestión de políticas de promoción social de naturaleza asistencial, relativas exclusivamente a los servicios de interés económico general...”, comprometiéndose ambas partes a que los criterios adoptados se inserten en la regulación normativa en trámite parlamentario a nivel estatal y autonómico. Vid. BERNAL BLAY, “La contratación de los servicios a las personas”, ob. cit., págs. 2808-2812.

En concreto, la Disposición Adicional Tercera del Decreto-Ley 3/2016 expone los rasgos principales del concierto social y de su régimen jurídico, especificando que los servicios sociales regulados en la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales, podrán ser gestionados mediante “fórmulas no contractuales”, como son: el concierto social y la gestión delegada.

Dicen así los apartados primero y segundo de la Disposición Adicional Tercera del Decreto-Ley 3/2016<sup>61</sup>:

61. De los restantes apartados de la extensa Disposición Adicional Tercera se extrae la siguiente regulación de la figura del concierto social:

“3. Podrán ser objeto de concierto social:

a) La reserva y el empleo de plazas, en centros de iniciativa privada, para uso exclusivo de las personas usuarias de servicios sociales de responsabilidad pública, el acceso a los cuales sea autorizado por las administraciones públicas mediante la aplicación de los criterios previstos en la normativa vigente.

b) La gestión integral de prestaciones técnicas, tecnológicas o de servicios en centros de iniciativa privada.

(...)

5. El concierto social y la gestión delegada se fundamentan en un sistema de convocatoria y solicitud, y obligan al titular de la entidad privada proveedora a prestar el servicio en las condiciones estipuladas en la legislación aplicable y en el pliego técnico que forma parte del concierto o de la gestión delegada.

6. Para poder suscribir conciertos y gestiones delegadas, las entidades tendrán que contar con la oportuna acreditación administrativa de sus centros y servicios y figurar inscritas en el Registro de entidades, servicios y establecimientos de servicios sociales, así como cumplir los otros requisitos específicos que se determinen reglamentariamente.

7. Las entidades tendrán que acreditar, en todo caso, la disposición de medios y recursos suficientes para garantizar el cumplimiento de las condiciones establecidas para cada servicio, así como el cumplimiento de la normativa que con carácter general o específico les sea aplicable, tanto por la naturaleza jurídica de la entidad como por el tipo de servicio objeto de concierto social o gestión delegada.

Las entidades proveedoras no podrán exigir ninguna contraprestación económica, fuera del marco legal aplicable, a las personas usuarias por las prestaciones básicas propias de los servicios de la red de servicios sociales de atención pública.

8. Aquellas entidades con las cuales se suscriban conciertos sociales de plazas tendrán que acreditar la titularidad del centro o su disponibilidad por cualquier título jurídico válido por un periodo no inferior al de vigencia del concierto.

9. Para el establecimiento de conciertos sociales, se dará prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, a las entidades sin ánimo de lucro.

10. Los conciertos sociales y las gestiones delegadas podrán establecerse sobre una base plurianual con la finalidad de garantizar la estabilidad en su provisión, sin perjuicio de que se puedan determinar aspectos concretos que tengan que ser objeto de revisión y, si procede, de modificación antes de concluir su vigencia.

11. La vigencia máxima de los conciertos sociales y de las gestiones delegadas, así como las condiciones de renovación o prórroga, se establecerán reglamentariamente.

12. Una vez concluida la vigencia del concierto social o la gestión delegada, independientemente de su causa, las administraciones públicas garantizarán que los derechos de las personas usuarias de las prestaciones concertadas no se vean perjudicados por su finalización.

13. La formalización de los conciertos y de las gestiones delegadas se efectuará mediante un documento administrativo con la forma y el contenido que se determinen reglamentariamente.

14. Se podrá suscribir un único concierto para la reserva y el empleo de plazas en diversos centros o para la gestión integral de una pluralidad de prestaciones o servicios cuando todos ellos dependan de una misma entidad titular. Esta suscripción se efectuará en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

15. Las entidades prestamistas de servicios sociales pueden gestionar servicios sociales de titularidad pública mediante el establecimiento con la administración competente de los conciertos sociales y de las gestiones delegadas previstas en este Decreto-ley. En este caso, pasan a formar parte de la red de servicios sociales de atención pública.”

*“De acuerdo con lo que establece la consideración séptima de la Directiva 2014/24/UE y la consideración sexta de la Directiva 2014/23/UE, en relación con el artículo 14 del Tratado Fundacional de la Unión Europea y el Protocolo número 26 sobre los servicios de interés general, los servicios sociales regulados en la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, se podrán gestionar mediante fórmulas no contractuales, tal como se define a continuación:*

*1. Concierto social: la prestación de servicios sociales de la red de servicios sociales de atención pública a través de terceros titulares de los servicios y establecimientos en los que se presten servicios con financiación, acceso y control públicos.*

*En el establecimiento de los conciertos sociales para la provisión de servicios sociales se tienen que atender los principios de atención personalizada e integral, arraigo de la persona al entorno de atención social, elección de la persona y continuidad en la atención y la calidad. Por eso, se podrán establecer como requisitos, cláusulas, medidas de preferencia o medidas de discriminación positiva, criterios sociales, de calidad, de experiencia y trayectoria acreditada, y otros que se determinen reglamentariamente.*

*2. Gestión delegada: la prestación de servicios sociales de la red de servicios sociales de atención pública en establecimientos de titularidad de la Administración pública, a través de terceros, en los términos y en las condiciones que le encomiende la Administración pública titular del establecimiento o servicio.”*

De conformidad con el apartado 16 de esta Disposición Adicional Tercera, el Gobierno de la Generalidad de Cataluña desarrollará reglamentariamente el sistema de tramitación de solicitudes, la vigencia o la duración máxima, las causas de extinción, las obligaciones de las entidades que presten el servicio y de las Administraciones públicas que hayan otorgado el concierto social, la sumisión al Derecho Administrativo, el número de plazas concertadas y otras condiciones a las cuales se tendrán que someter los conciertos sociales, que deberán respetar los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación. A fecha del mes de julio de 2019, este mandato del legislador aún no ha sido cumplido por el ejecutivo y, dada la grave situación política en la que se encuentra sumida esta Comunidad Autónoma, difícilmente lo sea a corto plazo.

## 2.8 Galicia

La Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia, contempla sin ambages la figura del concierto social como una modalidad de gestión diferente de los modos de gestión directa e indirecta, distinta del contrato administrativo.

El artículo 29.1 de la Ley 13/2008, en la redacción dada por la Ley 8/2016, de 8 de julio, dispone:

“1. Los servicios sociales serán prestados por las administraciones públicas gallegas a través de las siguientes fórmulas:

- a) la gestión directa,
- b) la gestión indirecta en el marco de la normativa reguladora de los contratos del sector público,
- c) mediante el régimen de concierto social previsto en la presente ley,
- d) mediante convenios con entidades sin ánimo de lucro.”

El precepto transcrito distingue con nitidez los diferentes modos de gestionar los servicios sociales, siendo el concierto social una fórmula nueva e independiente de la gestión indirecta en el marco de la LCSP.

Asimismo, la Ley 8/2016 añade a la Ley 13/2008 los arts. 33 bis, ter, quater, quinquies, sexies y septies, reguladores del objeto, requisitos, efectos y demás aspectos del régimen jurídico del concierto social. De estos preceptos destacamos la declaración contenida en el apartado 3 del art. 33 bis, que dice: “El régimen del concierto social previsto en esta ley se establece como modalidad diferenciada de la del concierto general regulado en la normativa de contratación del sector público, dadas las especiales circunstancias que concurren en el ámbito de los servicios sociales”.

En suma, de la lectura de estos artículos se colige que el legislador gallego determina, en primer lugar, que el concierto social es un instrumento a través del cual se pueden gestionar los servicios sociales, distinto e independiente a los modos de gestión indirecta, sometidos a la regulación de la LCSP y, por si quedara alguna duda, en segundo lugar, vuelve a remarcar que se trata de una modalidad diferenciada del concierto social previsto en la normativa de contratación pública.

## 2.9 Navarra

En el caso de la Comunidad Foral de Navarra el concierto social se regula en la Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de los conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales. La citada Ley Foral diseña esta figura como un modo de gestión indirecta de los servicios sociales y sanitarios, con un régimen jurídico propio, al margen de la normativa de contratación pública. El legislador lo fundamenta así en el Preámbulo de la Ley:

“Acorde con las posibilidades que establece la normativa europea y en uso de las competencias que tiene Navarra, esta ley foral articula un régimen específico para posibilitar la gestión indirecta de servicios sociales, sanitarios y sociosanitarios, a

*través de conciertos sociales y, por tanto, al margen de la regulación sobre contratación pública, en colaboración con entidades sin fines lucrativos capacitadas para prestar los servicios sin incremento de costes respecto a otras formas de gestión.*

(...)

*Se establece el carácter subsidiario y complementario de esta prestación indirecta de servicios públicos a través de los conciertos sociales, sin que pueda plantearse esta opción como una vía para la privatización de la gestión de servicios públicos. El nuevo régimen se acompaña además de cautelas para que esta forma de gestión no evite ni ralentice el proceso de reasunción de servicios que se hayan externalizado y puedan recuperarse para su gestión pública directa.*

*Más allá de una fórmula de gestión alternativa, lo que esta ley foral establece es una forma de relación entre las Administraciones Públicas y las entidades de iniciativa social que no es estrictamente nueva porque se había regulado ya en la Ley Foral 20/1985, de 25 de octubre, de conciertos en materia de servicios sociales, pero que se había perdido en un proceso de mercantilización de la gestión indirecta de los servicios públicos en este ámbito.*

*En este sentido, los conciertos sociales pretenden ser también una alternativa a las subvenciones u otras formas de financiación, ofreciendo a las entidades sociales un modelo de relación más estable y más garantista en torno a servicios y programas que ahora vienen desarrollando por esta vía o a través de otras fórmulas de financiación. (...).*

*El sistema de gestión indirecta mediante conciertos sociales se caracteriza, además de por el respeto a los requisitos derivados del Derecho europeo, por el establecimiento de unos procedimientos de adjudicación de los servicios más sencillos, unos criterios de selección adecuados a la configuración de los servicios como no económicos y orientados a la consecución de la máxima calidad y de otros fines sociales, así como por la obligatoriedad de incorporación de cláusulas sociales y de evaluaciones que garanticen la prestación de calidad en cada concierto y ante futuros conciertos.”*

De acuerdo con dicha argumentación, los apartados 1 y 2 del art. 1 de la Ley Foral 13/2017 proclaman que:

*“1. Esta ley foral tiene por objeto regular la gestión indirecta para la prestación de servicios sociales, sanitarios y sociosanitarios a las personas a través de conciertos con entidades que no tengan ánimo de lucro, en el sentido del artículo 2.1.º y no sujetándose a la normativa en materia de contratación pública, cuando los recursos públicos no resulten suficientes o idóneos para garantizar la cartera de servicios públicos.*

2. *Los conciertos sociales son instrumentos organizativos que, con sujeción a los principios establecidos en el apartado 3 siguiente, atienden a la consecución de objetivos sociales, y a través de los cuales las Administraciones Públicas competentes podrán organizar la prestación a las personas de servicios de carácter social, sanitario o sociosanitario cuya financiación, acceso y control sean de su competencia, ajustándose a los procedimientos y requisitos previstos en esta ley foral y en la normativa sectorial que resulte de aplicación.*”

En coherencia con esta regulación, la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (BOE núm. 108, de 4 de mayo), dispone en su art. 7.1, titulado “Negocios jurídicos excluidos”, que quedan excluidos de la aplicación de esta Ley Foral por razón de su propia naturaleza y de la existencia de normativa específica:

*“j) Los conciertos que celebren las Administraciones Públicas de Navarra con entidades sin ánimo de lucro para gestionar de forma indirecta la prestación de servicios sociales, culturales, educativos y sanitarios a las personas y los convenios de vinculación, en los términos regulados por el artículo 66 y siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y en el artículo 77 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, que se regirán por su normativa específica, siempre que la misma garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”.*

Por su parte, los arts. 36, 37 y 38 de la Ley Foral 2/2018 regulan, respectivamente: los contratos reservados por motivos sociales; las reglas especiales aplicables a los contratos en los ámbitos sanitarios, sociales, culturales y educativos; y los contratos reservados en los ámbitos sanitarios, sociales, culturales y educativos. El Anexo II.A recoge el listado de contratos de servicios del artículo 37 destinados a personas (tales como servicios sociales y de salud y servicios conexos y servicios de prestaciones sociales), y el Anexo II.B contiene el listado de los contratos de servicios destinados a personas que pueden ser reservados conforme al artículo 38 de esta Ley (como los servicios de salud y asistencia social y servicios prestados por asociaciones de carácter social).

En definitiva, la Comunidad Foral de Navarra conceptúa y regula el concierto social como un modo de gestión indirecta de los servicios sociales excluido del ámbito de aplicación de la legislación sobre contratos públicos y, al mismo tiempo, admite la gestión indirecta de los servicios sociales mediante contratos de servicios, en las diferentes modalidades aludidas.

## 2.10 Extremadura

Con la aprobación de la 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, la CA de Extremadura se une al resto de Comunidades que han regulado la figura del concierto social.

Aunque el título de la Ley explícitamente alude a los conciertos sociales, de acuerdo con el objeto de la misma, descrito en su artículo 1, el legislador extremeño aborda en esta Ley “el régimen jurídico de acción concertada”, sin perjuicio de que además del régimen de gestión indirecta mediante la modalidad de concertación previsto en esta Ley, las Administraciones públicas puedan gestionar los servicios sociales, sanitarios y sociosanitarios a través de la gestión directa (mediante medios propios) o la gestión indirecta (utilizando las modalidades de contratación previstas en la normativa sobre contratos del sector público).

De acuerdo con la definición que nos ofrece el art. 2.1 de la citada Ley, el concierto social *“constituye el instrumento de gestión indirecta a través del cual los servicios sociales de atención social especializada, sanitarios y sociosanitarios de responsabilidad pública dirigidos a la atención directa a las personas cuya financiación, acceso y control corresponde a las Administraciones públicas en el territorio extremeño, pueden organizarse en régimen de homologación y autorización para la consecución de objetivos sociales de interés público, en particular la calidad y sostenibilidad del sistema, en los términos y de conformidad con los principios previstos en esta ley, garantizando, especialmente, un trato igualitario y no discriminatorio a los usuarios, la transparencia y publicidad en la gestión y la eficiencia en la utilización de los fondos públicos”*.

Su régimen jurídico será el previsto en la Ley 13/2018, en la normativa sectorial que resulte de aplicación y en su normativa de desarrollo.

En coherencia con la regulación expuesta, la Disposición Final Primera de la Ley 13/2018 modifica la Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura.

Por una parte, da una nueva redacción a la letra c) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley 14/2015, que queda redactado del siguiente modo:

*“c) Las entidades privadas que suscriban contratos, conciertos sociales o convenios de colaboración con las Administraciones públicas de Extremadura o sean beneficiarias de ayudas o subvenciones concedidas por ellas para la prestación de servicios sociales”*.



Y, por otra parte, añade un apartado 3 al artículo 19 de la Ley 14/2015 con la siguiente redacción:

*“3. El Sistema Público de Servicios Sociales de Extremadura podrá proveer estos servicios a las personas mediante alguna de las siguientes formas:*

*a) Mediante gestión directa o medios propios, que será la forma de provisión preferente.*

*b) Mediante el régimen de concierto social.*

*c) Mediante gestión indirecta, en virtud de alguna de las fórmulas establecidas en la normativa aplicable”.*

## 2.11 Valencia

En 2019, la Comunidad Autónoma de Valencia ha incorporado el concierto social a su ordenamiento jurídico con la aprobación de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana<sup>62</sup>. Su art. 34.1 contempla como formas de provisión de las prestaciones del Sistema Público Valenciano de Servicios Sociales las siguientes:

*“a) Gestión directa o por medios propios, que será la forma de provisión preferente<sup>63</sup>.*

*b) Acuerdos de acción concertada con entidades privadas de iniciativa social.*

*c) Gestión indirecta de acuerdo con alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público.”*

La Ley valenciana distingue claramente los acuerdos de acción concertada de los contratos que puedan celebrarse a la hora de gestionar indirectamente un servicio social, posibilidad esta última que se contempla y regula en el art. 92 de la misma.

<sup>62</sup>. No obstante, hay que saber que antes de la aprobación de la Ley 3/2019, el Decreto del Consell 181/2017, de 17 de noviembre, ya desarrollaba la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana por entidades de iniciativa social, como una forma de gestión de estos servicios distinta a la directa e indirecta, y a través de la cual las entidades sin ánimo de lucro gestoras de aquéllos pasarían a regirse y financiarse por los acuerdos de acción concertada y ya no por subvenciones. Vid. TORTOSA CHULIÁ, GRANELL PÉREZ y FUENMAYOR FERNÁNDEZ, “Nuevas vías de concertación social y sus efectos sobre las residencias de las personas mayores en la Comunidad Valenciana”, ob. cit., pág. 23.

<sup>63</sup>. En concreto, el apartado tercero de este precepto contempla que siempre habrán de gestionarse directamente aquellos servicios previstos en los artículos 18.1 y 18.2, letras a), b), c) y d) de la presente Ley, así como la prescripción de las prestaciones y la elaboración, seguimiento y evaluación del Plan personalizado de intervención social.

En esta línea, el art. 87.1 define los “acuerdos de acción concertada” como los *“instrumentos organizativos de naturaleza no contractual a través de los cuales las administraciones competentes podrán organizar la prestación de servicios sociales por entidades de iniciativa social cuya financiación, acceso y control sean de su competencia ajustándose al procedimiento y a los requisitos que prevé esta ley y la normativa sectorial que sea aplicable.”*

Siempre que las Administraciones públicas valencianas acudan a la acción concertada con terceros para la prestación de servicios sociales se deberán ajustar a los principios recogidos en el apartado segundo del art. 87 (subsidiariedad, solidaridad, igualdad, publicidad, transparencia, no discriminación, eficiencia presupuestaria, participación activa y efectiva de las personas que utilizan los servicios, coordinación, colaboración y cooperación).

Los siguientes preceptos de la Ley reguladores de la acción concertada se centran en establecer su ámbito objetivo (art. 88), los requisitos de acceso al “régimen de concierto” (art. 89), y fijar la duración temporal del “concierto”, no superior a cuatro años, pudiendo prorrogarse hasta un período de dos años (art. 90). Por último, el art. 91 regula el “pago delegado”, previendo que se podrá desarrollar y aplicar el mismo “a las personas profesionales y de atención directa de los servicios que concierte la conselleria competente en materia de servicios sociales, cuando así lo establezca la Ley de presupuestos de la Generalitat, se publiquen los módulos correspondientes y la asignación de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los servicios mencionados se realice a través de módulos económicos diferenciados de gastos de personal y de gastos generales u otros gastos. El objetivo indicado quedará completamente definido presupuestariamente a través de las habilitaciones de gasto que sean necesarias y el sistema de pago para la ejecución de los conciertos sociales. Todo ello, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 34 de esta ley.”

Por lo demás, el legislador remite a un futuro decreto del Consell el desarrollo de los requisitos y los criterios de valoración de centros y servicios, la formalización y los efectos de la acción concertada, su resolución, las limitaciones y las prohibiciones para concertar, las causas de extinción, así como la financiación de la acción concertada.

## 2.12 Canarias

La última Comunidad Autónoma que ha incluido el concierto como nueva forma de gestión de sus servicios sociales ha sido Canarias, con su Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales.

La Ley distingue claramente en su Título V dos formas de provisión de los servicios sociales: la gestión directa y la gestión indirecta a través de la iniciativa privada.

El Capítulo I del Título V aborda la gestión directa, relacionando los servicios públicos que deben ser gestionados indiscutiblemente con esta modalidad, mientras que el Capítulo II de este mismo Título detalla las formas de participación de la iniciativa privada, tanto en su modalidad mercantil como de iniciativa social. Cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, las Administraciones públicas canarias tendrán que elegir preferentemente esta última. Y por último, el Capítulo III del Título V es el dedicado a regular la concertación social, como forma de acuerdo relegada exclusivamente para la iniciativa social, sin fines lucrativos.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado primero del art. 59, los servicios sociales se prestarán por las Administraciones públicas canarias de la siguiente forma:

*“a) Mediante gestión directa o a través de medios propios, que será la forma de provisión preferente.*

*b) Mediante gestión indirecta a través de dos modalidades:*

*– A través de acuerdos de concertación con entidades privadas de iniciativa social.*

*– De acuerdo con alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público.”*

De la lectura de este precepto se desprende con nitidez que los “acuerdos de concertación” con entidades privadas de iniciativa social no tienen naturaleza contractual. El legislador los concibe como un nuevo modo de gestión indirecta de los servicios sociales, distinto de las fórmulas contractuales establecidas en la LCSP.

Además, el apartado tercero del art. 59 contempla el deber de las Administraciones públicas competentes de dar prioridad a las formas de gestión indirecta con entidades de iniciativa social, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, lo que entendemos ha de traducirse en una preferencia del concierto social sobre los contratos como forma de gestión indirecta de los servicios sociales.

Por su parte, cuando el artículo 63 de la Ley 16/2019 aborda el régimen de la concertación, parece contemplar, según la redacción de su apartado primero, una potestad discrecional en manos de las Administraciones públicas canarias a la hora de encomendar a entidades privadas de iniciativa social la provisión de servicios y prestaciones previstos en el catálogo de servicios y prestaciones mediante acuerdos de acción concertada. Dice el apartado primero que “podrán” encomendar. A nuestro juicio, esta redacción hay que ponerla en conexión con lo establecido en el apartado tercero del comentado art. 59, en el sentido de que, ante análogas

condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, las Administraciones públicas canarias tendrán que elegir preferentemente la vía del concierto con entidades de iniciativa social.

Las entidades de iniciativa social que opten “a un concierto” -dice expresamente el apartado segundo del citado art. 63- para la gestión de servicios y prestaciones deberán contar con la acreditación o autorización administrativa, según proceda, de los centros y servicios de los que sean titulares, así como figurar inscrita en el registro de entidades, centros y servicios.

El desarrollo del régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados que participen en el sistema público de servicios sociales, determinando los requisitos de acceso, la duración máxima y las causas de extinción del concierto, así como las obligaciones de las partes, se remite a un futuro desarrollo reglamentario por parte del Gobierno canario.

No obstante, el legislador ha regulado en la Ley aspectos fundamentales del “concierto”, tales como los relativos a: su objeto (art. 64); los requisitos que han de cumplir las entidades para poder suscribir conciertos (art. 65); los méritos que se valorarán como preferentes para suscribir los conciertos (art. 66); su formalización, a través de un documento administrativo (art. 67); sus efectos (art. 68); su duración -que inicialmente será de un máximo de cinco años-, renovación, modificación y extinción (art. 70).

Hay que indicar que, mientras no se dicten las correspondientes normas de desarrollo en materia de conciertos sociales, el legislador ha previsto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 16/2019 la prórroga de aquellos convenios vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta norma, siempre que exista acuerdo entre las partes.

### 3. SÍNTESIS

En resumen, de las doce Comunidades Autónomas que hemos analizado en el epígrafe 2 que regulan la figura del concierto social, ya sea a través de normas anteriores o posteriores a la aprobación y/o entrada en vigor de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, la mayoría lo hacen concibiéndolo bien como un instrumento para gestionar los servicios sociales con un régimen propio y específico, distinto a los modos de gestión directa e indirecta, o bien como un modo de gestión indirecta no sujeto a la normativa de contratación pública. Solo la Ley de Servicios Sociales del Principado de Asturias regulaba en un principio el concierto social en el marco de la contratación pública aunque, con la aprobación de la Ley sobre Acción Concertada, el legislador asturiano dió un giro de ciento

ochenta grados, situando al concierto social, ahora llamado “acuerdos de acción concertada”, al margen de la LCSP.

Esta posición autonómica sobre el concierto social expresada en las Leyes de Servicios Sociales comentadas, también ha sido adoptada por el legislador valenciano en el ámbito sanitario. El art. 2 de la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre Acción Concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario, dispone que la Consejería competente en materia de sanidad podrá gestionar la prestación a las personas de servicios de carácter sanitario de las siguientes formas: gestión directa o con medios propios; gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público; y acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro no vinculadas o creadas *ad hoc* por otra empresa o grupo de empresas con ánimo de lucro. Y a continuación, el art. 3 de esta Ley define a los acuerdos de acción concertada como “instrumentos organizativos de naturaleza no contractual”.

Si se piensa detenidamente, es lógico que las CCAA hayan regulado el concierto social como una fórmula distinta de gestión de sus servicios sociales, pues, ¿qué sentido tendría aprobar una regulación específica para un instrumento que encaja perfectamente en la LCSP si lo consideramos como un contrato administrativo (ya sea de servicios, de concesión de servicios o, incluso, especial)?



## **CAPÍTULO V. EL CONCIERTO SOCIAL EN LA LEY DE SERVICIOS SOCIALES DE ANDALUCÍA**

### **1. DEFINICIÓN Y OBJETO DEL CONCIERTO SOCIAL**

La Comunidad Autónoma de Andalucía cuenta con competencias, conforme a la Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, para regular los distintos ámbitos sectoriales que se corresponden con los servicios de interés general (destacadamente en el ámbito de los servicios sociales).

Acorde con las posibilidades que establece la normativa europea en materia de contratación pública y con base en las competencias estatutarias que tiene Andalucía, la CAA tiene competencias para articular un régimen específico que posibilite la gestión de los servicios sociales a través de la figura del concierto social, tal y como hemos visto en el anterior Capítulo que han hecho otras CCAA, al margen de la regulación sobre contratación pública, en colaboración con entidades sin fines lucrativos capacitadas para prestar los servicios sin incremento de costes respecto a otras formas de gestión.

En estas coordenadas es donde se sitúa el concierto social regulado en la LSSA; más allá de una fórmula de gestión alternativa a la gestión indirecta vía contractual, el concierto social que configura la LSSA supone el establecimiento de una nueva

forma de relación entre las Administraciones públicas andaluzas y las entidades de iniciativa social<sup>64</sup>.

A todo lo dicho hay que añadir que el Capítulo IV de la LSSA regula los convenios con la iniciativa social para la gestión de las prestaciones del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales y los acuerdos de colaboración.

Aunque, como ha quedado expuesto, la LSSA se posiciona claramente a favor de la prestación de los servicios sociales a través del concierto social, también contempla que puedan celebrarse convenios con entidades de iniciativa social cuando se den determinadas circunstancias que aconsejan que no sea de aplicación el régimen de aquél.

El artículo 110 LSSA regula la facultad de las Administraciones públicas de celebrar convenios con entidades de iniciativa social como una potestad discrecional. Empero, se pueden señalar una serie de elementos reglados, por ejemplo, expresamente se indica que la entidad de iniciativa social con la que se pretenda celebrar el convenio ha de contar "con experiencia acreditada en la materia de que se trate" para la provisión de prestaciones del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales. Asimismo, se hace referencia a la necesidad de dar cumplimiento al elemento formal de la motivación, de manera que necesariamente han de explicitarse las razones que aconsejan la no aplicación del régimen de concierto social.

Como presupuesto de hecho, se exige que han de existir razones de urgencia, o singularidad de la actividad o prestación de que se trate, o su carácter innovador y experimental.

---

<sup>64</sup>. Andrea GARRIDO JUNCAL, cuando analiza la figura del concierto social en el proyecto de LSSA, considera que la participación de la iniciativa privada en la prestación de los servicios sociales podrá efectuarse acudiendo a la gestión indirecta prevista en la normativa de contratación pública o recurriendo al concierto social, cuyo régimen jurídico habrá de ser desarrollado reglamentariamente. En su opinión, el proyecto de LSSA no se puede calificar como una regulación innovadora; supone una "copia" de las últimas leyes autonómicas dictadas en materia de servicios sociales, sin haber incluido ninguna mejora o adaptación a los recientes cambios normativos (referidos a las Directivas de contratación). Vid. "Análise da futura Lei de servizos sociais de Andalucía", *Administración & cidadanía: Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 10, núm. 2 (2015), pág. 104. Por su parte, en el análisis que de las leyes autonómicas reguladoras de la figura del concierto social realizan TORTOSA CHULIÁ, GRANELL PÉREZ y FUENMAYOR FERNÁNDEZ, estos autores clasifican al concierto social de la LSSA de 2016 como una figura distinta a la gestión directa y a la indirecta, vid., "Nuevas vías de concertación social y sus efectos sobre las residencias de las personas mayores en la Comunidad Valenciana", *ob. cit.*, pág. 11.



Por último, se establece que serán de aplicación a dichos convenios las características y requisitos propios del régimen de concierto social que no resulten incompatibles con su naturaleza. En este punto nos preguntamos, ¿cuáles pueden ser los incompatibles?

Por su parte, el art. 111 LSSA dispone que las Administraciones públicas podrán establecer con entidades de iniciativa social acuerdos de colaboración que recojan los conciertos, convenios o cualesquiera otras formas de colaboración que se suscriban.

### 1.1 Definición de concierto social

El art. 101.1 LSSA define el concierto social como *“el instrumento 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.”* Tal y como explicita el apartado 3 de este artículo, el concierto social se establece como una *“modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público”*, siendo necesario establecer condiciones especiales, dadas las especificidades de los servicios sociales, debiendo cumplir los principios informadores de la normativa europea en materia de concertación.

Desde nuestro punto de vista, el legislador andaluz optó por configurar legalmente el concierto social como una modalidad diferente a la categoría del contrato administrativo y ello, pese a las observaciones realizadas por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía al Anteproyecto de LSSA en sus informes de 19 de mayo y 16 de junio de 2015 y por el CCoA en el dictamen 826/2015, de 15 de diciembre.

En los referidos informes del Gabinete Jurídico, emitidos a petición del Secretario General Técnico de la entonces Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, se abogaba por ser prudentes con la regulación del concierto social, pues nos encontrábamos en unos momentos en los que la normativa estatal debía adaptarse a las Directivas comunitarias que en breve entrarían en vigor en materia de contratación.

En el informe de 16 de junio de 2015 se dice expresamente que del Anteproyecto de LSSA no se deduce *“característica alguna del aludido concierto social que lo distinga sustantivamente del regulado en la normativa contractual estatal, sin que tampoco se confirmen sus diferencias respecto al contrato de concesión introducido en la Directiva 2014/23”*, por lo que proponían la supresión del régimen jurídico singular previsto para esta institución en la Ley.

En el mismo sentido, el CCoA en su dictamen 826/2015, de 15 de diciembre, invitaba a actuar con “prudencia en las fórmulas de gestión y el respeto a los principios a los que nos acabamos de referir (publicidad, transparencia, igualdad de trato y prohibición de discriminación), máxime teniendo en cuenta que nos encontramos en un momento de transición, dado que el plazo para la transposición de las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE finaliza el 16 de abril de 2016”.

Pese a tales advertencias, la realidad fue que se continuó con la tramitación de la LSSA y se aprobó, configurando el concierto social como un instrumento diferenciado de los contratos públicos y de aplicación preferente para la prestación de sus servicios sociales, como de forma clara se expresa en el art. 108 LSSA cuando regula la participación de la iniciativa privada en el marco de contratación del sector público y supedita el acudir a la gestión indirecta prevista en la LCSP a los supuestos en los que *“por la naturaleza o por el carácter del tipo de prestación de servicios sociales, de responsabilidad pública, que se pretende concertar con la iniciativa privada no sea de aplicación motivada el régimen de concierto social previsto en la presente ley”*.

## 1.2 Objeto del concierto social

La cuestión de la delimitación del objeto del concierto social se aborda en el art. 103 LSSA. Este precepto dispone que podrán ser objeto de concierto:

En primer lugar, la reserva y ocupación de plazas para su uso exclusivo por las personas usuarias del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía<sup>65</sup>, cuyo acceso al servicio venga autorizado por el órgano competente mediante la aplicación de los criterios de acceso previstos.

Y en segundo lugar, la gestión integral de las prestaciones, programas, servicios o centros, a excepción de las de gestión pública directa contempladas en el artículo 44 LSSA<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup>. Actualmente, se encuentra en tramitación un proyecto de Decreto por el que se aprueba el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, de fecha 10 de noviembre de 2017. Vid. <http://juntadeandalucia.es/servicios/normas-elaboracion/detalle/134705.html> (fecha de última consulta: 4 de julio de 2019).

<sup>66</sup>. El art. 44 LSSA expresa que se gestionarán directamente: los servicios de información, valoración, orientación y asesoramiento tanto en el nivel primario como en el especializado; la elaboración del proyecto de intervención social, su seguimiento y evaluación; el ejercicio de las funciones de los profesionales de referencia y el equipo profesional de servicios sociales comunitarios, gestión de las prestaciones económicas previstas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales; la adopción de medidas de internamiento no voluntario, los servicios de protección y adopción de menores; y todas aquellas medidas y actuaciones de los servicios sociales que supongan ejercicio de autoridad.

Por su parte, el apartado segundo del art. 103 LSSA permite que pueda la Administración suscribir un único concierto que englobe a varios servicios o centros, siempre que estos tengan el mismo titular. En estos casos podrá bien tratarse de una reserva y ocupación de plazas en varios centros o de concertar la gestión integral de una pluralidad de prestaciones o servicios. Pongamos el caso de que se quiera concertar la reserva y ocupación de plazas en varios Centros de Día para personas dependientes pertenecientes a una misma entidad o la reserva y ocupación de plazas en Centro de Día y Centro Residencial de Mayores propiedad de la misma entidad concertada.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 LSSA, cada Administración pública andaluza determinará el órgano competente para establecer y formalizar el concierto social en su ámbito.

En la Junta de Andalucía el órgano competente es la persona titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales, actualmente, la de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Por consiguiente, no lo serán las personas titulares de las Delegaciones Territoriales de esta Consejería, como sí venían siéndolo en algunos ámbitos.

En el caso de los entes, organismos o entidades adscritas a esta Consejería con competencias en materia de gestión de estos servicios sociales, serán competentes las personas titulares de los mismos.

## 2. ENTIDADES QUE PUEDEN SUSCRIBIR EL CONCIERTO SOCIAL

En este epígrafe vamos a abordar cuáles son las entidades con las que las Administraciones públicas de Andalucía con competencias en materia de servicios sociales, esto es, no sólo la Administración de la Junta de Andalucía, sino también los Ayuntamientos y las Diputaciones Provinciales de la CAA, pueden celebrar un concierto social y cuáles son los requisitos que han de reunir.

### 2.1 Delimitación de las entidades concertadas

Para la gestión de los servicios previstos en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía mediante el régimen de concierto social, el art. 101 LSSA establece que las Administraciones públicas darán prioridad a las entidades de iniciativa social, siempre que existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social.

La regla es, por tanto, que si existen entidades de iniciativa social que cumplan con los requisitos exigidos se ha de concertar con ellas, y sólo cuando no existan entidades de iniciativa social que cumplan las condiciones establecidas en la LSSA,

las Administraciones públicas podrán de forma excepcional concertar la prestación de dichos servicios con entidades privadas con ánimo de lucro.

La LSSA recoge en su art. 102 el establecimiento de unos requisitos o cláusulas en los conciertos sociales constitutivas de una serie de medidas de preferencia o "discriminación positiva". En concreto, estas medidas son relativas a: criterios sociales; de promoción de la igualdad de género; de calidad; de experiencia y trayectoria acreditada; y otros que se determinen reglamentariamente.

El legislador justifica la implantación de estas medidas en los siguientes principios básicos, recopilados en el art. 102 LSSA:

- Atención personalizada e integral.
- Vinculación afectiva o terapéutica.
- Proximidad a la población de referencia.
- Arraigo de la persona en el entorno de atención social.
- Continuidad en la atención.
- Publicidad (BOJA) y transparencia (web).

Como puede apreciarse, algunos de los requisitos que se imponen a las entidades que quieran concertar con la Administración se basan, directa o indirectamente, en el lugar de residencia o de establecimiento de la entidad. Estos condicionantes relativos al "arraigo de la persona en el entorno de atención social", la "proximidad a la población de referencia" o la "continuidad en la atención", pueden suponer unos requisitos discriminatorios y no suficientemente justificados, que pueden conllevar un freno a las empresas de este sector, reduciendo tanto la cantidad como la calidad de posibles oferentes de servicios<sup>67</sup>.

La observación realizada es extensible al tenor del apartado 6 del art. 100 LSSA, que exige como requisito imprescindible que la entidad cuente con la autorización y acreditación administrativa debidamente inscritas en el Registro de Entidades,

---

<sup>67</sup>. Con relación a este aspecto, traemos a colación la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 2015 (Asunto C-552/13), donde el TJUE rechaza que las convocatorias de licitación incluyan exigencias de ubicación geográfica, puesto que ello conlleva una exclusión automática de licitadores, contraria al principio de igualdad, y porque el estar necesariamente situados en un término municipal no es garantía de que proximidad y accesibilidad al servicio (en el caso juzgado, al centro hospitalario). Comentan esta Sentencia: MORENO MOLINA, "La destacada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos en el año 2015", en *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, ob. dir. por Jose María GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 165-167; y GARRIDO JUNCAL, "Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55 (2017), págs. 92-93.

Centros y Servicios Sociales, lo que puede suponer un trato de favor a las entidades asentadas en la CAA y ya inscritas, así como un requisito que no encaja con la filosofía y regulación contenida en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad del Mercado.

En este contexto, hay que tener presente que la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017, de 22 de junio, por la que se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos de la mencionada Ley 20/2013<sup>68</sup>, no ha afectado a la validez de la letra a) de su art. 18.2<sup>69</sup> y, en consecuencia, cualquier requisito o medida que el legislador o la Administración autonómica impongan para poder ser entidad concertada, con base en la territorialidad o la proximidad, puede entrar en conflicto con el mismo.

## 2.2 Requisitos

### 2.2.1 Autorización de funcionamiento

El art. 105.1.f) LSSA subraya la necesidad de contar con la correspondiente autorización de funcionamiento como requisito imprescindible para acceder al concierto social. Hay que notar que este requisito fue puesto en entredicho por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía en su informe 09/2014, sobre el Anteproyecto de LSSA, que objetó que la obligatoriedad de estar en posesión de autorizaciones o inscripciones registrales para operar en un sector

<sup>68</sup>. La STC 79/2017, de 22 de junio, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las letras b), c) y e) del apartado segundo del art. 18, de los arts. 19 y 20 y de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 20/2013. Con posterioridad, la STC 110/2017, de 5 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña, declara, por una parte, extinguida por pérdida sobrevenida del objeto, la impugnación de los preceptos declarados ya inconstitucionales por la STC 79/2017 y, por otra, la inconstitucionalidad y nulidad del art. 6 de la Ley 20/2013. Por su parte, la STC 111/2017, de 5 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, declara la extinción parcial del objeto del recurso (STC 79/2017) y la inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) del apartado segundo del art. 21 de la Ley 20/2013.

<sup>69</sup>. Dice el art. 18.2 de la Ley 20/2013 que serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

*“a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular:*

- 1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.*
- 2.º que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.*
- 3.º que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.*
- 4.º que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.*
- 5.º que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.”*

sin una motivación suficiente suponía una barrera al principio de libertad de acceso al mercado<sup>70</sup>.

La competencia para el otorgamiento de la autorización administrativa corresponde a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de los requisitos de seguridad, de calidad y los estándares mínimos establecidos por la normativa de servicios sociales para cada una de las actividades a desarrollar.

El art. 83 LSSA hace referencia a la autorización administrativa que precisan determinados centros para su puesta en funcionamiento y para las modificaciones sustanciales que afecten a la estructura física de las instalaciones o a la estructura funcional. El apartado tercero de este artículo hace una remisión reglamentaria en orden a la determinación de las condiciones de la autorización administrativa que, como mínimo, deberán contemplar las siguientes:

- a) Las condiciones físicas y arquitectónicas de la edificación, garantizándose la accesibilidad en los términos previstos en la normativa vigente.*
- b) Las instalaciones y equipamientos exigibles.*
- c) Los requisitos relativos al personal que va a desarrollar el servicio.*
- d) Los requisitos funcionales, tales como la cartera de servicios, la elaboración de memorias, planes generales de intervención, desarrollo de programas y metodología, y procedimientos de trabajo, entre otros.”*

Denota la relevancia de este requisito el hecho de que el funcionamiento de un centro, ejerciendo actividades propias de los servicios y centros de servicios sociales, sin contar con la pertinente autorización administrativa para el funcionamiento de los mismos, está tipificado en el art. 127.c) LSSA como una infracción muy grave, pudiendo corresponder a la entidad titular o gestora de los servicios o centro la imposición de una sanción muy grave consistente en una multa de 90.001 euros hasta 1.000.000 de euros [art. 130.1.c).2ª LSSA].

Por último, la Ley contempla también que haya casos en los que se aplique el régimen de comunicación administrativa, no obstante, los supuestos, las condiciones y el

---

<sup>70</sup>. A juicio de GARRIDO JUNCAL, el Estado podría poner en entredicho la regulación que los legisladores autonómicos están haciendo de muchos de los aspectos del concierto social, por una posible conculcación de la regla de la libre concurrencia, impuesta tanto por la normativa de contratos como en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad del Mercado. Vid. “Análise da futura Lei de servizos sociais de Andalucía”, ob. cit., pág. 99 y “Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate”, ob. cit., pág. 91.

procedimiento de tramitación del régimen de comunicación administrativa queda relegado a lo que se establezca vía reglamento.

En concreto, el régimen general de las comunicaciones administrativas se regula en el art. 6 del Decreto 187/2018, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales (BOJA núm. 200, de 16 de octubre de 2018)<sup>71</sup>. Hay que indicar que, recientemente, el Decreto 451/2019, de 9 de abril, ha ampliado el plazo para la entrada en vigor del Decreto 187/2018, de 2 de octubre, de seis a veinticuatro meses, modificándose en tal sentido la Disposición Final Tercera del Decreto 187/2018. Esta ampliación viene a presentarse como una medida aconsejable y proporcionada, precisa para facilitar el cumplimiento de los requisitos establecidos y poder hacer efectivas las exigencias de adaptación que la norma requiere.

Por lo que hace al alcance y limitaciones de la comunicación, las comunicaciones previas de construcción y la comunicación para la puesta en funcionamiento, modificaciones sustanciales, traslado y cambio de tipologías, comunicación de modificaciones no sustanciales de servicios y centros, de cambio de titularidad, comunicación de cese o cierre, vigencia y caducidad de la comunicación administrativa, hay que acudir a lo dispuesto en los arts. 7 a 13 del Decreto 187/2018.

Por su parte, el Capítulo III del citado Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas de 2018, contempla en su Sección I el régimen general de las autorizaciones administrativas, esto es, concepto y objeto, y actuaciones sujetas al régimen de autorización administrativa (arts. 14 y 15). La Sección II regula el procedimiento de la autorización administrativa, a instancia de parte, mediante la presentación de una solicitud acompañada de la documentación enumerada en el art. 17, resumidamente: certificado de la dirección técnica de las obras acreditando la finalización de las mismas; planos del inmueble; memoria explicativa de la actividad a desarrollar; plan de autoprotección; estudio económico-financiero; en su caso, autorización administrativa sanitaria; y documento acreditativo de la propiedad del inmueble o del derecho que se ostente sobre el mismo.

Durante la instrucción del procedimiento se elaborarán los correspondientes informes técnicos y se dará, en su caso, trámite de audiencia. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento será de tres meses (art. 18.3).

---

<sup>71</sup>. Hasta el Decreto 187/2018, de 2 de octubre, la norma de referencia era el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regulaba la autorización, registro, acreditación e inspección de los Servicios Sociales de Andalucía, modificado por el Decreto 102/2000, de 15 de marzo.

La resolución de la autorización administrativa estará motivada en un informe técnico, que tendrá carácter vinculante (art. 19.1).

En el caso de que se alteren de modo sustancial las condiciones que fundamentaron el otorgamiento de la autorización administrativa, ésta podrá ser revocada, previa instrucción del correspondiente procedimiento, que habrá de ser resuelto en el plazo máximo de tres meses.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 34 del Reglamento, transcurrido el plazo establecido sin haberse dictado resolución expresa, la persona interesada podrá entender desestimada su solicitud.

### 2.2.2 *Acreditación*

El art. 3.2 LSSA dispone que la acreditación administrativa es el acto por el que se reconoce a los servicios y centros y, en su caso, a las entidades, el cumplimiento de los requisitos de calidad establecidos en las correspondientes guías sobre condiciones y criterios comunes de acreditación administrativa, como requisito previo y necesario para los servicios y centros cuyas entidades titulares pretendan concertar plazas o servicios con la Administración de servicios sociales.

Por su parte, la letra h) del art. 105.1 LSSA recoge como requisito imprescindible para acceder a un concierto social que la entidad cuente “con autorización y acreditación administrativa debidamente inscrita en el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales, en los términos que reglamentariamente se determinen.” Hay que acudir, por tanto, a la regulación que de la acreditación administrativa se hace en el Capítulo IV del Reglamento aprobado por el Decreto 187/2018, de 2 de octubre. La Sección I, arts. 23 y 24, contiene el régimen general, mientras que la Sección II, arts. 25-31, el procedimiento de acreditación.

El procedimiento se inicia con la presentación de una solicitud acompañada de la documentación siguiente: certificación del personal técnico competente acreditando el cumplimiento de las condiciones físicas, urbanísticas y arquitectónicas de los inmuebles; declaración responsable de cumplimiento de los requisitos relativos a las instalaciones, dotaciones y equipamientos establecidos en las guías sobre condiciones y criterios comunes de acreditación administrativa; proyecto de plantilla de personal del servicio o centro; y protocolos de actuación requeridos. Asimismo, los titulares del servicio o centros deben estar al corriente de sus obligaciones con la Administración Tributaria y la Seguridad Social, no tener deudas con Hacienda y no haber sido revocada su autorización administrativa en los seis meses anteriores a la nueva solicitud de acreditación.



Durante la instrucción del procedimiento se emitirán los correspondientes informes técnicos y se dará, en su caso, trámite de audiencia. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento será de tres meses (art. 27.4). En este caso, el art. 28 especifica que la resolución de acreditación estará motivada y justificada en una propuesta de resolución, sustentada en un informe técnico.

El otorgamiento de la acreditación administrativa corresponde a la Consejería competente en materia de servicios sociales, actualmente, la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía y tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de los requisitos de calidad de los centros y servicios objeto de concierto.

Si nos remitimos a los arts. 84 y 85 LSSA cuando se refieren a la acreditación, el apartado 3 del citado art. 84 LSSA dispone que las condiciones de la acreditación administrativa deberán comprender las especificaciones concretas, parámetros y estándares de calidad de referencia de las infraestructuras físicas y rotacionales, recursos humanos y demás aspectos de carácter organizativo y de funcionamiento de los servicios y centros.

Por su parte, el artículo 85 LSSA regula la resolución, vigencia, revocación, suspensión y extinción de la autorización y acreditación administrativa. En el caso de que no se resuelva y notifique en plazo la resolución de las solicitudes presentadas para la obtención de las autorizaciones y acreditaciones administrativas, las personas interesadas podrán entenderlas desestimadas. Expresamente, el apartado tercero establece que cuando exista un concierto, las condiciones exigidas para la obtención de la acreditación administrativa deberán cumplirse mientras éste se encuentre vigente.

El Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas aprobado por el Decreto 187/2018 concreta que la acreditación administrativa se otorga por un periodo de cinco años, estando condicionada su vigencia al cumplimiento de los requisitos y condiciones exigidos. Dentro de los tres meses anteriores a la finalización del plazo de los cinco años de vigencia, podrá ser solicitada su renovación, siendo el plazo máximo para resolver y notificar la resolución de este procedimiento de renovación de tres meses. Asimismo, en el caso de que se alteren de modo sustancial las condiciones que fundamentaron la concesión de la acreditación administrativa, ésta podrá ser revocada, previa instrucción del correspondiente procedimiento, que habrá de ser resuelto en el plazo máximo de tres meses. El art. 34 del Reglamento fija, igual que la LSSA, el carácter desestimatorio del silencio administrativo en este procedimiento, basado en la concurrencia de imperiosas razones de interés general.

El incumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de la autorización y acreditación administrativa puede comportar su revocación, previa incoación

del correspondiente procedimiento. Asimismo, la autorización o acreditación administrativa puede suspenderse como consecuencia de una medida cautelar adoptada de acuerdo con el régimen de infracciones y sanciones establecido en el Título VI de la LSSA.

### 2.2.3 Inscripción en el registro de entidades, centros y servicios sociales

El art. 86.4 LSSA subraya que la inscripción de las entidades, de los centros y de los servicios sociales será requisito para la celebración de conciertos, concesión de subvenciones o cualquier clase de ayuda de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de servicios sociales.

El citado precepto establece que la Consejería competente en materia de servicios sociales contará con un registro de entidades, centros y servicios sociales, en el que serán objeto de inscripción registral tanto las entidades titulares o prestadoras de servicios sociales como aquellas que desarrollen programas e intervenciones de servicios sociales y los centros o servicios dependientes de las mismas que hayan obtenido autorización administrativa o hayan sido objeto de comunicación administrativa.

El legislador reitera la necesidad de cumplimiento de este requisito en el art. 105.1.g) LSSA.

El contenido, la estructura y organización del Registro se regulará mediante Decreto del Consejo de Gobierno: actualmente, el ya citado Decreto 187/2018, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales.

Por último, hay que tener en cuenta que la inscripción en este Registro no tendrá efectos constitutivos, ni conferirá a las personas interesadas más derechos que la constancia de los actos y datos de los que trae causa.

### 2.2.4 Otros

Además de los tres requisitos legales ya comentados y de los que se determinen reglamentariamente, el artículo 105.1 LSSA establece que las entidades solicitantes al régimen del concierto han de cumplir con los siguientes extremos:

- 1º. Haber prestado atención de manera continuada, durante el tiempo que se determine, en función de la naturaleza del servicio, a personas, familias o grupos con necesidades similares a las de las personas destinatarias del servicio o centro cuya concertación solicita.

- 2º. Acreditar su presencia previa en la zona en la que se vaya a prestar el servicio. Respecto a este requisito hay que comentar, por un lado, la ambigüedad de los términos en los que está redactado, al emplear el concepto de presencia previa en la “zona”. ¿Qué se entiende por zona? ¿La provincia, el municipio? Y, por otro lado, las dudas que surgen respecto a la necesidad de acreditar la existencia previa del establecimiento, requisito que pudiera entenderse como discriminatorio de conformidad con la normativa sobre contratos del sector público<sup>71</sup>.
- 3º. Acreditar que en su organización actúan con pleno respeto y cumplimiento de la normativa laboral, mediante la articulación de medidas orientadas a la estabilidad laboral y la calidad del empleo.
- 4º. Acreditar la titularidad del centro o ser titulares de un derecho real de uso y disfrute sobre el mismo que, en cualquier caso, no podrá ser inferior al período de vigencia del concierto. Cuando la persona titular del centro no sea propietaria del local o edificio, deberá acreditar que cuenta con la autorización de la persona titular propietaria para destinarlo al fin del concierto.
- 5º. Acreditar que en su organización, funcionamiento e intervención actúan con pleno respeto al principio de igualdad, mediante la integración efectiva de la perspectiva de género y la articulación de medidas o planes de igualdad orientados a dicho objetivo, en particular, medidas dirigidas a la conciliación de la vida familiar y laboral.
- 6º. Y los requisitos adicionales y específicos que se establezcan en la convocatoria (según la naturaleza jurídica del servicio social de que se trate).

Será imprescindible acreditar en todos los casos que se cuenta con los medios y recursos suficientes para garantizar el cumplimiento de las condiciones estipuladas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, así como el cumplimiento de la normativa que, con carácter general o específico, les sea de aplicación, tanto en función de la naturaleza jurídica de la entidad como en función del tipo de servicio objeto del concierto.

---

<sup>71</sup>. Sobre este requisito GARRIDO JUNCAL ya manifestaba su postura crítica cuando analizó el proyecto de LSSA. No entendía oportuno incluir entre los requisitos de acceso al régimen del concierto social el que las entidades solicitantes acreditaran su presencia previa en la zona donde se va a prestar el servicio; así como tampoco le parecía acertado que se determinase en el establecimiento de los conciertos que se atenderá al arraigo de la personal en el ámbito de atención social. Este tipo de previsiones pueden chocar con la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractual (Resolución 644/2015, FJ 6º), que estima que no se puede dar una respuesta general a la admisión o no de un supuesto de arraigo territorial, sino que se debe acudir a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar su justificación. La Administración contratante tiene que evaluar en cada caso si la presencia de la empresa licitadora en el lugar en el que se presta el servicio supone una discriminación proporcionada o desproporcionada a la hora de elegir la mejor oferta. Vid. “Análise da futura Lei de servizos sociais de Andalucía”, ob. cit., pág. 104 y “Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate”, ob. cit., pág. 94.

### 3. RÉGIMEN JURÍDICO

Con relación al régimen jurídico de aplicación a la figura del concierto social, la LSSA parece apostar por su sometimiento al Derecho Administrativo, de acuerdo con las reglas que en esta Ley se establecen. En este sentido, hay que tener en cuenta qué aspectos y criterios fundamentales a los que han de sujetarse los conciertos sociales quedan a expensas del futuro desarrollo reglamentario, entre los que el art. 101.4 LSSA cita los referidos a:

- El cumplimiento de los requisitos previstos.
- La tramitación de la solicitud.
- La formalización.
- Las condiciones de actuación de las entidades concertadas.
- La vigencia o la duración máxima del concierto.
- Las causas de extinción.
- Las condiciones para su renovación o su modificación.
- Las obligaciones de las entidades que presten el servicio concertado.
- Las obligaciones de la Administración pública otorgante del concierto social.
- La sumisión del concierto al Derecho Administrativo.
- Y cuantas otras condiciones sean necesarias en el marco de lo previsto en la LSSA.

#### 3.1 Procedimiento de convocatoria del concierto social

La LSSA no regula el procedimiento que ha de seguir la Administración a la hora de convocar un concierto social, remitiéndose a su desarrollo reglamentario, que será objeto de análisis en el Capítulo VII de esta obra.

#### 3.2 Criterios de selección

Las entidades que presenten su solicitud estarán obligadas a mantener la propuesta hasta la finalización del procedimiento.

Para cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, se establece el siguiente orden de prioridad entre las entidades solicitantes del concierto:

- 1º. Entidades de la iniciativa social.
- 2º. Entidades de la economía social.

3º. Cooperativas.

4º. Pequeñas y medianas empresas.

Ante este listado de entes entre los que se establece la referida prelación, nos surge la duda de qué entiende el legislador por “entidades de la economía social”. Porque con el término “entidades de la iniciativa social” se hace referencia a las fundaciones, asociaciones, Organizaciones no Gubernamentales (ONGs) y entidades sin ánimo de lucro, pero... ¿qué es una entidad de economía social? ¿Una cooperativa no es una entidad de economía social?

Recordemos que de acuerdo con los apartados 1 y 2 del art. 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, forman parte de la economía social *“las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior. También podrán formar parte de la economía social aquellas entidades que realicen actividad económica y empresarial, cuyas reglas de funcionamiento respondan a los principios enumerados en el artículo anterior, y que sean incluidas en el catálogo de entidades establecido en el artículo 6 de esta Ley.”*

Es más, dando cumplimiento al Acuerdo por la Economía Social Andaluza de 17 de junio de 2013, se ha aprobado el Decreto 3/2018, de 16 de enero, por el que se crea y regula el Consejo Andaluz de Entidades de Economía Social (BOJA núm. 15, de 22 de enero de 2018) y, como puede comprobarse, el art. 5 reserva ocho vocalías en representación de las sociedades cooperativas andaluzas, como entidades de economía social. En consecuencia, no es muy acertada la redacción de la LSSA en este punto.

#### 4. SOBRE LA FORMALIZACIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL

Respecto a la formalización de los conciertos, el art. 107.1 LSSA dispone que se plasmará en documento administrativo, en el cual deberán constar, además de los aspectos que se establezcan reglamentariamente, los siguientes:

- “a) Determinación del objeto del concierto y estimación del volumen global de actividad.*
- b) Duración, causas de extinción y procedimiento para su modificación y renovación.*
- c) Cantidad global consignada por la Administración para el sostenimiento de la entidad concertada.*

- d) *Periodicidad y procedimiento de realización de los pagos y justificación de los gastos.*
- e) *Procedimiento y mecanismos de seguimiento, control y auditoría por parte de la Administración.*
- f) *Obligaciones que adquieren las partes.”*

Por su parte, el apartado segundo del art. 107 contempla la posibilidad de suscripción de un único concierto para la reserva y ocupación de plazas en varios centros o para la gestión integral de una pluralidad de prestaciones o servicios cuando todos ellos dependan de una misma entidad titular. No obstante, las condiciones para realizar dicha suscripción se remiten a lo que se determine reglamentariamente.

## 5. LOS EFECTOS DEL CONCIERTO SOCIAL

El art. 104 LSSA determina que el concierto obliga a la persona titular de la entidad privada que concierta a proveer las prestaciones y servicios en las condiciones estipuladas por el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía y al estricto cumplimiento de la normativa laboral y de otras obligaciones legales que estén estipuladas.

Tanto las prestaciones gratuitas como las no gratuitas no podrán tener carácter lucrativo, no pudiéndose cobrar a las personas usuarias por las prestaciones propias del Sistema de Servicios Sociales cantidad alguna al margen del precio público establecido.

Únicamente podrá cobrarse a las personas usuarias, al margen de los precios públicos estipulados, cantidades por servicios complementarios, previa autorización del órgano competente.

El incumplimiento de estas prescripciones sería constitutivo de una infracción administrativa. En concreto, de acuerdo con el art. 126.b).3º LSAA, se tipifica como infracción grave “[P]ercibir, por las entidades que actúen en régimen de concierto con la Administración, cantidades no autorizadas como contraprestación de servicios sociales.”

Por la comisión de dicha infracción, se puede llegar a imponer a las entidades titulares o gestoras de los servicios y centros y demás responsables de la infracción, según establece el art. 130.1.b).2ª LSSA, una multa de 30.001 euros a 90.000 euros.

## 6. SOBRE LA DURACIÓN, RENOVACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONCIERTOS

El art. 106 LSSA lleva por título “Duración, renovación, modificación y extinción de los conciertos sociales”, aunque en realidad la cuestión de la modificación no la trata.

Respecto a la duración, el apartado primero de este artículo contempla que los conciertos sociales se establecerán sobre una base plurianual con el fin de garantizar la estabilidad en su provisión, sin perjuicio de que puedan determinar aspectos concretos objeto de revisión y, en su caso, de modificación, antes de concluir su vigencia.

Sobre el procedimiento y condiciones para proceder a la renovación de los conciertos, el apartado segundo del art. 106 no aporta nada, haciendo nuevamente una remisión al futuro desarrollo reglamentario.

Respecto a la duración del concierto, alude a su duración máxima total, de seis años.

Por su parte, la renovación podrá acordarse de oficio o a instancia de parte.

Asimismo, se regula una prórroga obligatoria (de un máximo de nueve meses) si no se va a renovar el concierto social, hasta la entrada en el servicio efectivo de la nueva entidad.

Y en cuanto a la extinción de los conciertos sociales, el apartado 3 del art. 106 LSSA no establece causas, únicamente contempla la previsión de que una vez concluida la vigencia del concierto social, cualquiera que fuera su causa, el órgano competente garantizará que los derechos de las personas usuarias de las prestaciones concertadas no se vean perjudicados por su finalización.

## 7. OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

La Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía es aplicable a todas las personas y entidades que pueden ser depositarias de la información pública, es decir, a las entidades privadas que se financian con fondos públicos y a aquellas otras que participan en la gestión de los servicios públicos sostenidos con fondos públicos, con la idea de que la ciudadanía mantenga su derecho a la transparencia cuando las actuaciones se financian con fondos públicos. Es por esta razón que las obligaciones que en ella se establecen también son de aplicación a los conciertos sociales.

El artículo 5 de la Ley 1/2014 contempla expresamente entre los sujetos que quedan obligados a cumplir con las prescripciones relativas a la publicidad activa a las entidades privadas concertantes. Textualmente dice:

*“2. Asimismo las normas reguladoras de los conciertos y otras formas de participación de entidades privadas en los sistemas públicos de educación y deportes, sanidad y servicios sociales establecerán aquellas obligaciones de publicidad activa, de entre las que establece la presente ley, que deban cumplir estas entidades para colaborar en la prestación de estos servicios sufragados con fondos públicos. Estas obligaciones se incluirán en los pliegos o documentos contractuales equivalentes que correspondan.”*



## **CAPÍTULO VI. ANÁLISIS DEL DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL CONCIERTO SOCIAL.**

### **1. DE LA DIFERENTE NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCIERTO SOCIAL EN LA LSSA Y EN EL DECRETO 41/2018**

El art. 101.3 LSSA determina que el “instrumento” del concierto social es *“una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público, siendo necesario establecer condiciones especiales, dadas las especificidades de los servicios sociales debiendo cumplir los principios informadores de la normativa europea en materia de concertación”*, que se ha de aplicar de forma preferente tanto frente a la gestión indirecta sujeta a la normativa de contratación del sector público (art. 108 LSSA), como frente a la celebración de convenios con la iniciativa social (art. 110 LSSA) .

Según expusimos en el anterior Capítulo, con base en el tenor literal de la LSSA, la documentación que integra su expediente de tramitación normativa (en la que se tenía en cuenta en tenor de las Directivas de contratación pública) y los precedentes normativos de Derecho autonómico comparado, el legislador andaluz configuró la figura del concierto social al margen de la normativa de contratación pública.

En cumplimiento del mandato recogido en el art. 101.4 LSSA, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social, estableciendo los aspectos y criterios a los que habrá de someterse.

A través del concierto social la Administración trata de ofrecer mayor calidad, estabilidad y continuidad al conjunto de servicios sociales que se prestan por parte de las entidades, reconociendo el papel esencial de las entidades de la iniciativa social en la prestación de los servicios sociales, de acuerdo con el carácter prioritario que le otorga la LSSA.

El Preámbulo del Decreto subraya el interés general que tienen los servicios sociales, así como sus peculiaridades, que son las razones que fundamentan este desarrollo adaptado, en el que priman, entre otros aspectos, la atención personalizada, la implicación de la comunidad o la continuidad. Y a renglón seguido se afirma que “[T]odo ello en el ámbito de la aplicación de las normas de contratación generales, ya que el concierto social se configura como un contrato administrativo especial que garantiza la forma más idónea para satisfacer los intereses generales y los de los colectivos destinatarios de los servicios prestados.”

Desde nuestro punto de vista, es cierto que el concierto social es una figura con la que se quieren dar satisfacción a las peculiaridades que manifiesta la prestación de los servicios sociales, pero es precisamente esta razón por la que la LSSA lo configura como un *tertium genus*, diferente a los contratos administrativos, no sólo a los típicos, sino a todos los contratos administrativos, también a los especiales. Asimismo, por estar este instrumento concebido en la Ley como diferente tanto a los convenios, como a las subvenciones, como a los contratos, es por lo que la Ley establece que será preferente la celebración de los conciertos sociales con respecto a la gestión indirecta de estos servicios a través de la vía de la contratación de su prestación con terceros. En consecuencia, la LSSA no dibuja ni delimita la figura del concierto como un contrato administrativo especial. Está pensando en otro tipo de instrumento, de aplicación preferente al contrato.

Y esta misma fundamentación hay que extrapolarla a la remisión que hace el Preámbulo del Decreto a la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. Es cierto que la Ley 4/2017 se remite al empleo del concierto social para la prestación del servicio de atención infantil temprana y para la gestión de los servicios sociales destinados a las personas con discapacidad prestados por la iniciativa privada, pero cuando la Ley alude a su carácter de “modalidad diferenciada” del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público, no lo hace en el sentido de que no puede considerarse como un contrato de los denominados típicos o nominados, sino en el de que es un instrumento distinto al contrato administrativo (tanto típico como especial), sujeto a un régimen especial, que es el regulado en la

LSSA<sup>73</sup>. Y ello es así con base en las Directivas comunitarias reguladoras de la contratación pública y en la propia LCSP, que permiten que los poderes públicos competentes excluyan la prestación de los servicios sociales de la sujeción a la contratación pública, debido a las características especiales de los mismos. Así lo había hecho el legislador andaluz en la LSSA y así se seguía manteniendo en el proyecto inicial de Decreto por el que se regulaba la prestación de los servicios sociales a través de la figura del concierto social en la Comunidad Autónoma de Andalucía que se publicó en el trámite de consulta previa.

En suma, nos resulta del todo alarmante que un reglamento ejecutivo cambie el rumbo marcado en la Ley a la que desarrolla y nos intriga el determinar cuál fue el momento y las razones que a lo largo de la tramitación normativa del Decreto llevaron a transformar al concierto social en un contrato administrativo especial.

Textualmente, el art. 1.2 del Decreto 41/2018 define así al concierto social:

*“Se entiende por concierto social el instrumento 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. Se configura como un contrato administrativo especial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.”*

Si, tal y como hemos expuesto, esa no era la opción por la que había apostado el legislador, esa regulación reglamentaria del concierto social se nos antoja *contra legem* o, como mínimo, *praeter legem*. ¿Qué sentido tiene que el legislador reiterare que el concierto social es de aplicación preferente a la contratación si no es porque lo entiende como un instrumento distinto a los contratos? Esto no era ni más ni menos que una opción que el ordenamiento brindaba a las Administraciones competentes y, en materia de servicios sociales, la Comunidad Autónoma de Andalucía optó por acogerla. Llegados a este punto, ¿cómo se explica que en el Decreto de desarrollo se tipifique como contrato administrativo especial lo que en

---

<sup>72</sup>. No obstante, hay que tener en cuenta que por Acuerdo de 22 de diciembre de 2017, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley de Andalucía 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, se ha convenido iniciar negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con los artículos 17.4, 34.4, 34.5, 50 y 81 de dicha Ley (publicado en el BOJA núm. 16, de 23 de enero de 2018). Concretamente, los dos primeros preceptos mencionados en dicho acuerdo se refieren al empleo de los conciertos sociales en este ámbito “como modalidades diferenciadas de las recogidas en la normativa de contratación del sector público”.

la Ley se concibe como un instrumento distinto? Además, ¿se necesitaba tipificar así por Decreto? Y, es más, al fin y al cabo, antes que contrato administrativo especial, que es una categoría residual<sup>73</sup>, ¿por qué no podía ser un contrato de servicios o, en su caso, de concesión de servicios?

Con la finalidad de encontrar respuestas a estos interrogantes y determinar cuándo se cambió de criterio con respecto a la naturaleza jurídica del concierto social y por qué razón, hemos analizado la documentación que integra el expediente de tramitación normativa del proyecto de Decreto por el que se regula la prestación de los servicios sociales a través del concierto social, que pasamos a comentar en el siguiente epígrafe.

## 2. DEL PROYECTO DE DECRETO SOMETIDO A INFORMACIÓN PÚBLICA AL REMITIDO A DICTAMEN DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Para determinar en qué momento y por qué motivos el proyecto de Decreto que inicialmente conceptuaba al concierto social como un instrumento de gestión de los servicios sociales distinto de los contratos regulados en la LCSP pasó a definirlo como un contrato administrativo especial, se ha analizado la documentación obrante en el correspondiente expediente de tramitación normativa, publicado en la Sección de Transparencia del Portal de la Junta de Andalucía<sup>74</sup>, en especial: el informe del Servicio de Legislación de la Secretaría General Técnica de la CIPS; el informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía; el informe de la Comisión Consultiva de Contratación administrativa; y el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía.

Pasamos a exponer por orden cronológico las diferentes fases de la tramitación del referido proyecto normativo de Decreto, así como la evolución que fue sufriendo.

<sup>73</sup>. Tal y como ha sido siempre interpretado, más allá de los contratos típicos o nominados, “se admiten otros contratos atípicos, especiales o innominados, que se calificarán, en cada caso, según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación (art. 12.2 LCSP). No obstante, y como ya se había puesto de manifiesto a propósito de la LCSP (2007), se trata, ahora, de una categoría residual, y de interpretación casual, sobre todo por las sucesivas ampliaciones del ámbito objetivo de aplicación del contrato de servicios, auténtico cajón de sastre donde incluir las prestaciones de hacer que no sean obras o suministros”, vid. Lorenzo MELLADO RUÍZ, “El ámbito objetivo de la LCSP. Tipos contractuales y negocios y contratos excluidos”, en *Tratado de contratos del sector público*, ob. dir. por Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGU CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 600.

<sup>74</sup>. Vid. <http://juntadeandalucia.es/servicios/normas-elaboracion/detalle/109813.html> (consultada el 26 de marzo de 2018).

## 2.1 Trámite de consulta previa

El borrador inicial del proyecto de Decreto por el que se regula la prestación de los servicios sociales a través de la figura del concierto social en la Comunidad Autónoma de Andalucía, publicado en el trámite de consulta previa el 25 de enero de 2017, se situaba en la misma línea que la LSSA, concibiendo el concierto social como un instrumento distinto tanto de los convenios como de los contratos.

## 2.2 Informe del Servicio de Legislación de la Secretaría General Técnica

El Servicio de Legislación de la Secretaría General Técnica de la CIPS, en el punto I de su informe jurídico de 25 de mayo de 2017, afirma sobre la naturaleza jurídica del concierto social que “el concierto social es una entidad con naturaleza jurídica propia”, distinta de los contratos, y ello con respaldo tanto en el tenor literal de los artículos 101 y 108 LSSA como en las Directivas comunitarias sobre contratación pública.

## 2.3 Acuerdo de inicio y trámite de audiencia

El 31 de mayo de 2017 se acuerda el inicio del procedimiento para la tramitación del referido proyecto de Decreto. La versión del proyecto de Decreto sometida a trámite de audiencia el 7 de junio de 2017 sigue estando en la línea anteriormente expuesta.

Las observaciones realizadas al proyecto de Decreto por distintas entidades (entre otras, la Federación Andaluza de Drogodependencias y Sida, la Cruz Roja Española, la Asociación Andaluza de Residencias y Centros de Atención a los Mayores, la Confederación de Empresarios de Andalucía y Comisiones Obreras), no propusieron ningún cambio respecto a la naturaleza jurídica del concierto social.

## 2.4 Informes preceptivos

Tampoco las observaciones de los diferentes informes preceptivos que fueron recibidos hasta principios de septiembre de 2017 (entre otros, los informes del Consejo de las Personas Consumidoras y Usuarías de Andalucía, de la Unidad de Igualdad de Género, de la Dirección General de Planificación y Evaluación o del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales), hacen referencia a la naturaleza jurídica del concierto social.

Con fecha de 5 de septiembre de 2017, según consta en el dictamen del CCoA, se elabora un nuevo borrador de Decreto.

Con posterioridad, se incorporan al expediente los informes preceptivos emitidos por la Secretaría General Técnica de la CIPS (de 11 de septiembre de 2017), la Dirección General de Presupuestos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (de 23 de octubre de 2017) y el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía (de 14 de noviembre de 2017).

## 2.5 Informe del Gabinete Jurídico

Es en el último informe citado anteriormente, el del Gabinete Jurídico, donde encontramos, por fin, la formulación de determinadas consideraciones que parecen ser el germen que impulsará el cambio de rumbo del proyecto de Decreto que se venía tramitando. No obstante, de su lectura se desprende que el Gabinete Jurídico considera y da por válidas tanto la opción de concebir la figura del concierto social como un instrumento distinto a los contratos, como la que lo configura como tal. De hecho, el considerando jurídico tercero, cuando aborda los aspectos procedimentales de la tramitación normativa del proyecto de Decreto, dice que dependiendo de si se considere o no que el proyecto normativo afecta a la materia de contratación, habrá que solicitar informe a la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa [art. 2.1.a) del Decreto 93/2005, de 29 de marzo].

Para el Gabinete Jurídico, tras la aprobación de la LCSP, la figura del concierto social podría encuadrarse en la del contrato administrativo típico de servicios o el nuevo contrato de concesión de servicios, no constando, *“aparentemente, ninguna nota esencialmente distintiva de lo que sería la que se pretende como una forma peculiar de gestión con respecto a tales contratos. Para ello tampoco sería obstáculo la literalidad de la Ley 9/2016, la cual se refiere al concierto como “modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público” (art. 101.3), empleando así una terminología que puede considerarse ambigua respecto a la relación entre la normativa contractual y el concierto, como así puso de manifiesto el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su dictamen 39/2015, de 27 de diciembre, emitido con carácter facultativo precisamente sobre la cuestión que ahora tratamos de discernir”*.

En su informe, el Gabinete Jurídico subraya que en el concierto social se aprecia el requisito de onerosidad. Asimismo, resalta que un contrato no deja de serlo porque se celebre con una entidad sin ánimo de lucro. Y por último, destaca que las prestaciones de esta figura podrían encuadrarse en varios de los servicios especiales identificados mediante su código CPV en los correspondientes Anexos IV de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, así como en la LCSP (servicios de asistencia social, los servicios de centros de día, servicios de prestaciones sociales, servicios sociales y prestaciones familiares, entre otros).

El Gabinete Jurídico expone cuáles son los términos en los que el Derecho autonómico comparado regula la figura del concierto social, como una modalidad diferenciada del concierto regulado en la legislación de contratación. En esa línea interpretativa es en la que se sitúa la Ley 9/2016 y el Decreto que la desarrolla, aunque no se exprese en términos tan claros como los del legislador de Aragón (art. 3.1 de la Ley 11/2016), de Baleares (art. DA 2ª del Decreto 18/2015) o de Cataluña (DA 3ª del Decreto-Ley 3/2016).

Partiendo de estas consideraciones, el Gabinete Jurídico reconoce que estamos ante un tema nada claro ni pacífico y pasa a analizar la normativa europea, primero, y la estatal, después, en materia de contratación pública. Tras esta exposición, recomienda adaptar el texto del Decreto a la legislación contractual, teniendo en cuenta la nueva regulación del contrato de servicios y del contrato de concesión de servicios contenidos en la nueva LCSP. No obstante, tal y como expresa en la observación que hace a la Disposición Final Primera del Decreto, recomienda que *“[P]ara el caso de que se mantenga el criterio de que el concierto social estaría excluido de la normativa de contratación del sector público y de que ésta resultaría de aplicación supletoria, debería alcanzarse el grado máximo posible en el análisis de todos aquellos aspectos del procedimiento de adjudicación del concierto y de sus efectos que pudieran necesitar una regla expresa, para evitar posibles lagunas y omisiones que plantearan la compleja cuestión de su resolución mediante el recurso a aquella normativa”*.

## 2.6 Informe de la Viceconsejería de la CIPS

Como valoración de las observaciones formuladas en el informe preceptivo del Gabinete Jurídico, se emite el informe de 24 de noviembre de 2017, firmado por la Coordinadora General de Viceconsejería de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, cuya consideración jurídica quinta, relativa a la naturaleza jurídica del concierto social, dice lo siguiente:

*“(...). El Gabinete no considera que reúna notas definitorias de otra figura que no sea el contrato, considerando que los elementos constitutivos de un contrato público de servicios o de concesión de servicios podrían estar presentes en el concierto social, por lo que no consta aparentemente ninguna nota distintiva. Si bien hay ejemplos de regulación en otras CCAA y no consta que el Estado los haya impugnado, ello no es determinante, y a ello se añade que la nueva Ley de contratos no ha despejado las dudas que siguen existiendo sobre una figura diferente denominada “concierto social”, ya que contempla los servicios sociales de forma confusa. Se hace asimismo un análisis de los servicios no económicos o de interés económico general, y se concluye que la libertad de organización no comprende el poder de excluir la aplicación de la normativa y principios comunitarios de la contratación pública cuando se trate de encargar a un operador económico la prestación de un servicio social. Hay que optar por la interpretación más*

*prudente, según la cual, los contratos de servicios sociales estarían sometidos no solo a las Directivas y principios comunitarios, sino también a la Ley de Contratos del Sector Público, y eso independientemente del nomen iuris que el legislador autonómico emplee. El legislador básico entiende que la fórmula contractual es posible atender satisfactoriamente los fines propios que atienden los servicios sociales.*

*Se acepta esta observación de fondo y se reconduce la figura a un contrato administrativo especial, explicándose en la parte expositiva y añadiendo un párrafo al artículo 1.3, con lo que la figura entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública”.*

Es ciertamente sorprendente la valoración que se hace en este punto del informe jurídico del Gabinete Jurídico y la conclusión o consecuencia a la que se llega, dado que aquél cuestiona la naturaleza jurídica del concierto social como diferenciada del contrato, por considerar que en él se dan los requisitos para ser catalogado como contrato de servicios o contrato de concesión de servicios, pero en ningún momento se alude a su caracterización como contrato administrativo especial.

Surge en estos momentos, en el informe de 24 de noviembre de 2017 de la Viceconsejería de la CIPS, de valoración de las observaciones formuladas por el Gabinete jurídico, la tipificación del concierto social como contrato administrativo especial, sin ninguna explicación adicional. Es este el trámite procedimental en el que se decide que de estar concebido el concierto social como una figura diferente del contrato, va a pasar a ser un contrato público, pero no de servicios ni de concesión de servicios (como sugería el Gabinete Jurídico en su informe), sino administrativo especial, sin más.

## **2.7 Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa**

En correspondencia con el cambio de planteamiento expuesto, se solicita informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa (CCCA) de la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, que lo emite con fecha de 15 de diciembre de 2017. En el punto I del informe 13/2017, la CCCA considera que la definición del concierto social contenida en el art. 100.1 LSSA no impide que los servicios sociales se gestionen en el marco de la normativa de la contratación pública, que es la opción que se ha elegido en el Decreto al caracterizar al concierto social como contrato administrativo especial.

En la primera consideración general del punto II del informe 13/2017 de la CCCA se reproduce el razonamiento al parecer dado por la CIPS en su informe de 24 de noviembre, fundamentando la consideración del concierto social como un contrato administrativo especial y no como un contrato administrativo típico



de servicios o de concesión de servicios. Este dato nos desconcierta, puesto que en el informe de valoración de la CIPS de 24 de noviembre no aparece el texto que la CCCA reproduce en su informe dándolos por válidos. En concreto, nos referimos a estos párrafos:

*“La propia LCSP en la Disposición adicional cuadragésimo novena, reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas ejerzan sus competencias legislativas “articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”. Esta expresión permite un amplio abanico de posibilidades que van desde las subvenciones hasta contratos no típicos; nos explicamos: la LCSP es una norma que se orienta a unos determinados tipos contractuales (obras, suministros, servicios, concesión) la dedicación que presta a los restantes negocios públicos bilaterales es puramente residual, lo mínimo para remitirlos a sus propias normas reguladoras, más allá de la afirmación de la aplicabilidad de los principios que inspiran la propia LCSP a todo tipo de contratos o de convenios. Por consiguiente, no es en absoluto irracional pensar que esta Adicional se refiera – también- a la posibilidad que tienen las CCAA de aprobar leyes reguladoras de contratos administrativos no típicos a través de normas sectoriales de servicios sociales.*

*Y es que los contratos administrativos especiales son una categoría real, no puramente teórica, como demuestra que esta definición aparezca en el nomenclátor de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (categoría 25) y que merezca informes como:*

*(...)*

*En este escenario, conocemos que la normativa (legislación sectorial) de servicios públicos crea y regula una figura que no es un contrato de servicios, pero que -como indica el Decreto en tramitación- se asienta en el esquema contractual por el que la Administración crea una relación jurídica de subordinación, ostentando una posición de autotutela en ejercicio de su imperium y las correspondientes prerrogativas. Al regularse esta figura directamente por su normativa propia, se incardina en el concepto de “contrato administrativo especial”; ello ofrece una figura jurídica que cuenta con una regulación ad hoc, lo que garantiza la satisfacción de las concretas necesidades públicas de este sector, pero al tiempo, también permite contar con la normativa reguladora de la contratación pública como red de cobertura ante posibles lagunas de la normativa sectorial, a la vez que permite desarrollar el concierto social sobre esquemas harto conocidos y por consiguiente- dotados de la mayor seguridad jurídica, asegurando así la publicidad y concurrencia, la objetividad en la adjudicación y empleo de fondos públicos y la satisfacción del interés general a partir del empleo de las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución del contrato.*

*Solución final que aventaja -claramente- a la posibilidad alternativa de configurar el concierto social como una figura no contractual”.*

Tras reproducir estos párrafos, la CCCA da por válido sin más que el concierto social tenga naturaleza jurídica de contrato administrativo especial, sin entrar a valorar que los contratos administrativos especiales son una figura residual, aplicable únicamente cuando el objeto del contrato no se incardina en ninguna de las clases de contratos administrativos típicos, como en este caso, tal y como puso de manifiesto el Gabinete Jurídico, podía suceder con respecto a los contratos administrativos de servicios o de concesión de servicios. Además, para ser considerado un contrato administrativo especial no se precisa regulación de la figura por una norma específica, ya sea una ley o un reglamento, que ponga de relieve las particularidades del objeto del contrato en cuestión. La LCSP, tanto la actual como las anteriormente vigentes, sólo requieren para tipificar a un contrato como administrativo especial que no pueda ser encuadrado en ninguna categoría de los contratos administrativos típicos y que “el objeto del contrato esté vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante” o “por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”. En consecuencia, cuando se aprecia alguno de estos dos motivos y el contrato no se identifica con ninguna de las categorías de los contratos administrativos nominados, la Administración puede tipificarlo como contrato administrativo especial.

Así, por ejemplo, en el BOJA número 7, de 10 de enero de 2018, se publica la Resolución de 4 de enero de 2018, de la Delegación Territorial de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Sevilla, por la que se anuncia la licitación, por el procedimiento abierto, de un contrato administrativo especial cuyo objeto es la explotación de los servicios de bar-cafetería y comedor en los centros de participación activa de personas mayores dependientes de la citada Delegación. De acuerdo con la legislación en materia de contratos públicos vigente en enero de 2018, y siguiendo la interpretación mayoritaria de los órganos consultivos en materia de contratación y de los Tribunales administrativos de recursos contractuales<sup>75</sup>, la referida Delegación Territorial caracteriza al contrato

---

<sup>75</sup>. Como dice el Fundamento de Derecho segundo de la Resolución 239/2015, de 13 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

*“El acto recurrido es el de adjudicación en un contrato administrativo especial a los que se refiere el artículo 19.1.b) del TRLCSP. El anuncio de licitación y el PCAP lo califican como contrato de servicios. Pero, como hemos manifestado en diversas resoluciones (como referencia, entre otras en la Resolución 29/2014, de 17 de enero), los contratos de explotación de un servicio de cafetería y comedor, como es el supuesto aquí examinado, son los ejemplos característicos de contratos administrativos especiales, puesto que “no se trata de un servicio que deba necesariamente ser realizado por la entidad contratante..., si bien sí se considera que se trata de un servicio vinculado al giro o tráfico de dicha Administración, complementario o auxiliar para la consecución de sus fines; abonándose la retribución de la empresa contratista directamente por los usuarios del servicio de cafetería y comedor, y fijándose, en ocasiones, la necesidad de abonar por la empresa a la Administración contratante una cantidad determinada por la ocupación y utilización de sus instalaciones”.*

administrativo de explotación de los servicios de bar-cafetería y comedor en dichos centros como “especial”, sin necesidad de una Ley o Decreto que así lo prevea, sino simplemente por el hecho de que se trata de un servicio complementario que se presta por la entidad contratante “vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante y necesario para la consecución de sus fines”.

No obstante, hemos de decir que, a nuestro juicio, con la entrada en vigor de las Directivas de contratación de 2014 y, en especial, a partir de la entrada en vigor de la nueva LCSP, esta interpretación que considera a los contratos de explotación de un servicio de cafetería-comedor en centros públicos como contratos administrativos especiales no sería la más acertada, puesto que deberían ser considerados como contratos administrativos de servicios o de concesión de servicios, según corresponda. Nuestra postura se apoya, igualmente, en informes de algunos órganos consultivos autonómicos en materia de contratación administrativa<sup>76 77</sup>.

<sup>76</sup>. Así, en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias 25/12, de 20 de noviembre de 2012, sobre la “Explotación de inmuebles de servicio público, propiedad del Ayuntamiento de San Bartolomé (Lanzarote), destinados a Centros Socioculturales, mediante la instalación de bares-cafeterías: calificación del contrato, forma de adjudicación y valor estimado del contrato.” En la consideración jurídica primera de este Informe se dice:

*“Respecto a los contratos para la explotación de los servicios de bar, cafetería y comedor, como apunta el escrito de consulta, existe reiterada doctrina de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el particular. A este respecto, cabe recordar los informes de 10 de julio de 1991, de 7 de marzo de 1996, de 25 de junio de 2005 (expediente 24/05) y 28 de julio de 2007 (expediente 28/07). Los principales aspectos que cabe destacar de lo contenido en los citados informes son: primero, que los servicios de cafetería y comedor no pueden calificarse como servicios públicos de competencia municipal, por lo que no les resulta de aplicación las reglas del contrato de gestión de servicios públicos; segundo, que los citados contratos deben ser calificados como contratos administrativos especiales, por estar vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante. Estas afirmaciones deben mantenerse a la vista de la regulación contenida en el TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011. De acuerdo con esta norma el régimen jurídico aplicable a su preparación, adjudicación y extinción será el dispuesto con carácter general para los contratos administrativos en dicha ley (artículo 19.2 del TRLCSP).*

*Nada obsta a esa calificación el hecho que la contraprestación consista en el derecho a la explotación del servicio por el contratista, retribuyéndose éste con los precios abonados por los usuarios. De hecho, esta forma de contraprestación está prevista para algunos contratos típicos previstos en el TRLCSP, como el contrato de concesión de obras públicas o el contrato de gestión de servicios públicos. Esta modalidad contractual encajaría en lo que el Derecho de la UE califica como concesiones de servicios en sentido amplio, previstos en las Directivas de contratación pública, pero excluidos de su ámbito de aplicación. El elemento diferenciador respecto de los contratos de servicios es precisamente este peculiar sistema de retribución, consistente en el derecho a explotar el servicio o en dicho derecho acompañado de un pago, unido a la asunción por el contratista del riesgo en la prestación del servicio.”*

<sup>77</sup>. También aborda la cuestión de cuál deba ser la tipificación de este tipo de contratos el Informe 13/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 7 de mayo de 2014, relativo a contratos de servicios que el Ayuntamiento de Huerva viene celebrando para la gestión de los bares, restaurantes, barras de fiestas o similares de varios complejos hosteleros municipales. Para el Ayuntamiento tras la entrada en vigor de la LCSP de 2007 estos contratos se deben tipificar como contratos de servicios de la categoría 17 del anexo II “Servicios de hostelería y restaurante” y, tras la aprobación del TRLCSP de 2011, con los códigos CPV 55300000-3 (Servicios de restaurante) y 55410000-7 (Servicios de gestión de bares), según la clasificación contenida en el Reglamento (CE) núm. 213/2008, de 28 de noviembre de 2007.

En definitiva, el concierto social sería, más que contrato administrativo especial, de servicios o de concesión de servicios. Y ello, evidentemente, siempre que la LSSA lo hubiera concebido como un contrato, y no como una figura distinta, lo cual, no hizo. Que nos hubiera gustado que lo hubiera hecho, pues sí, pero no fue así, y vía Decreto de desarrollo no creemos que sea la forma de reconducir esa decisión del legislador. La Ley solo puede ser corregida y concretada en ese punto por una modificación de la misma.

## 2.8 Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía

Y por último, es de la máxima relevancia e interés el análisis de las argumentaciones que sobre la regulación del concierto social y, sobre todo, sobre su naturaleza jurídica, se vierten en el detallado y extenso dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 58/2018, de 7 de febrero.

El Fundamento Jurídico III parte de cómo la LSSA regula la figura del concierto social, de cuáles son los términos que utiliza, de cómo se configura el concierto social en el Derecho autonómico comparado, en el Derecho de la UE y en la jurisprudencia del TJUE, hasta llegar al planteamiento de la cuestión crucial, esto es, si cabe considerar al concierto social regulado en los arts. 100 a 107 LSSA como un contrato administrativo especial, tal y como hace la última versión del Decreto que la desarrolla.

---

Para la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, como ya manifestara en sus informes 19/2008, de 4 de mayo, y 25/2008, así como en su Recomendación 1/2011, de fecha 6 de abril, "no ofrece, por tanto, el menor género de duda la calificación de estos contratos como de servicios conforme a la legislación vigente, lo que supone un cambio importante respecto a la anterior normativa, en base a la cual las Administraciones tendían a conferir a este tipo de contratos categoría administrativa especial."

Continúa argumentando la Junta Consultiva de Contratación administrativa de Aragón en la consideración jurídica II del Informe 13/2014, de 7 de mayo, que:

*"(...) «Una primera observación de carácter sustantivo es que de la actual regulación se desprende el carácter residual de la categoría del contrato administrativo especial, primando la tipificación, al margen del régimen jurídico, que contiene la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos. Esto supone un evidente cambio frente a la regulación anterior donde estas prestaciones sí merecían la consideración de contrato administrativo especial (informes de la Junta Consultiva del Contratación del Ministerio de Economía y Hacienda de 10 de julio de 1991 (expediente 14/91), de 7 de marzo de 1996 (expediente 5/96), de 6 de julio de 2000 (expediente 67/99) y de 29 de junio de 2006 (expediente 24/05) que sentaban la conclusión de que "reiterando criterios anteriores los servicios de cafetería y comedor deben configurarse como contratos administrativos especiales"). Estamos, por tanto, ante prestaciones que deben ser calificadas como contratos de servicios.*

*Esta conclusión sigue resultando aplicable en la actualidad. Y ello pese a que es cierto que algunos poderes adjudicadores continúan tipificando al objeto de esta prestación como contrato administrativo especial. Posición que se ha mantenido también en los recientes Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 19/2011, de 6 de julio y 25/2012, de 20 de noviembre."*

Como ya hiciera el CCoA en el dictamen 826/2015, en el dictamen 58/2018 reconoce<sup>78</sup>: por un lado, que el art. 100 contempla como diferentes fórmulas de prestación de los servicios sociales a la gestión directa, el concierto social y la gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público; y por otro lado, que el art. 101.1 define el concierto social como un “instrumento” que permite la prestación de los servicios sociales de responsabilidad pública, concretando el art. 101.3 que “se establece como una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público”.

Ciertamente, esta regulación y los términos que utiliza no distan en nada de los empleados en las leyes autonómicas analizadas en el Capítulo IV y que regulan los conciertos sociales, algunas de ellas, ya desarrolladas reglamentariamente, como es el caso de las Islas Baleares (primero, a través del Decreto 18/2015, de 10 abril, y después por el Decreto 48/2017, de 27 de octubre) y de Murcia (Decreto 10/2018, de 14 de febrero). Tanto en las Leyes autonómicas que han sido desarrolladas reglamentariamente, como en las que no, el concierto social se tipifica como una forma de gestión de los servicios sociales distinta de la gestión indirecta regulada en la normativa contractual (aunque sin ningún impedimento para que ésta se pudiera aplicar supletoriamente).

El CCoA pone de relieve en su dictamen 58/2018 que “(...) *la calificación de un concierto como concierto social no excluye su sujeción a la LCSP si la relación subyacente es una relación contractual, entendida como contrato público en el sentido previsto en las Directivas y en la LCSP, de acuerdo con la interpretación del TJUE. Los conciertos sociales deben interpretarse según su verdadera naturaleza, sin que el nomen iuris fijado por las partes resulte determinante para establecer una conclusión al respecto*” (FJ III.4).

---

<sup>78</sup>. Los dictámenes del CCoA 826/2015, de 15 de diciembre, y 58/2018, de 7 de febrero, relativos al Anteproyecto de LSSA y al Decreto regulador del concierto social, respectivamente, nos ofrecen un exhaustivo estudio del Derecho comunitario y de la jurisprudencia del TJUE [en concreto, las Sentencias del TJUE de 17 de junio de 1997 (asunto C-70/1995, Sodemare, SA, y otros), de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino y otros; San Lorenzo società cooperativa sociale y otros) y de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14, Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio -CASTA- y otros)], el cual justifica el régimen jurídico específico del concierto social, al margen de la normativa de contratación pública.

Sin embargo, el CCoA en su dictamen 58/2018, tras haber expuesto toda la normativa y jurisprudencia comunitaria que avala que la prestación de los servicios sociales pueda quedar al margen de la normativa de contratación, cuando transcribe el art. 11.6 LCSP, cuya redacción va en la misma línea que los considerandos 54 y 114 de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, estima que: “*Aplicada a los conciertos sociales, la norma de exclusión del artículo 11.6 de la LCSP representa una afortia, pues lo que cabe deducir es que tales conciertos no se someten a la LCSP cuando no sean contratos públicos*”.

Pues bien, es cierto que *a priori* el concierto social, pese al nombre, podría haberse configurado como un contrato administrativo. Estamos de acuerdo que cumple con los requisitos para ser considerado como un contrato oneroso celebrado por escrito entre uno varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos. Que lo importante no el nombre, sino la verdadera naturaleza de la institución. Pero igual de cierto es que las Directivas comunitarias sobre contratación, y la LCSP después, cuando se trata de servicios sociales, permiten que sean los Estados los que decidan si excluyen dichas operaciones del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública, regulándolas a través de figuras propias que han de respetar los principios de igualdad y no discriminación. Y, nos guste o no, -personalmente, no me parece la mejor opción-, los legisladores autonómicos han optado por regular la figura de los conciertos sociales al margen de la LCSP (aunque luego en algunos casos trasladen los preceptos de la LCSP a esta figura o se remitan a su aplicación supletoria). Y este fue también el criterio seguido por el legislador andaluz al redactar la LSSA y las primeras versiones del proyecto de Decreto que la desarrolla. Por lo tanto, para enmendar y/o corregir dicho posicionamiento se precisa que sea el propio legislador quien lo haga, pero no la Administración pública andaluza vía desarrollo reglamentario. En consecuencia, proponemos en el caso de Andalucía que se acometa una modificación puntual de la LSSA, que configure el concierto social como un contrato administrativo sujeto a la LCSP, sin necesidad de concretar si se trata de un contrato de servicios, de concesión de servicios o, en su caso, especial. Al menos de esta manera se vendría *a posteriori* a enmendar y dar cobertura a la regulación contenida en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por la que se configura al concierto social como contrato administrativo especial.

### 3. ¿ES POSIBLE CONSIDERAR AL CONCIERTO SOCIAL PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 100 A 107 LSSA COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL?

La pregunta que formulamos en este epígrafe es la misma que plantea el CCoA en el punto 5 del Fundamento Jurídico III de su dictamen 58/2018, de 7 de febrero. Es por ello que pasamos a exponer resumidamente su postura.

El CCoA inicia su argumentación analizando el significado de la expresión “modalidad diferenciada” que utiliza tanto la LSSA como otras leyes autonómicas.

La duda reside en si nos situamos en un modelo de gestión dual (gestión directa e indirecta), en el que el concierto social constituiría una especificación de la categoría contractual genérica, o si estamos en un modelo trimembre (gestión directa, gestión indirecta y concertación social); en suma, si con la expresión “modalidad diferenciada” se hace referencia a una “variedad dentro de la misma especie” o a algo “distinto de”.

En este punto del dictamen, el CCoA sólo trae a colación la normativa asturiana, que es la única que incluye en un primer momento al concierto social como una modalidad dentro de los modos de gestión indirecta. Ante las dos posibilidades antes comentadas, la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, acoge la primera interpretación, al considerar que el concierto social es un “régimen específico” del concierto general que, tras la entrada en vigor de la nueva LCSP, habrá de interpretarse como una modalidad del contrato de servicios o de la concesión de servicios, tal y como especifica el propio CCoA.

Evidentemente, en los momentos en los que se emite el dictamen, el CCoA no podía imaginar el radical cambio de criterio en este punto por parte del legislador asturiano, que ha pasado de regular el concierto social en su Ley de Servicios Sociales dentro del marco de la normativa contractual, a suspender la tramitación reglamentaria del Decreto que desarrollaba el concierto social en tal sentido y aprobar una Ley de Acción Concertada que sitúa esta figura al margen de la Ley de Contratos del Sector Público. Sobre el particular, podemos opinar sobre la falta de seriedad e inseguridad jurídica que genera que se cambie de criterio de forma tan drástica y en cuestión de uno o dos años, con base en la misma normativa de referencia, pero, al menos, en el caso del Principado de Asturias, la corrección del planteamiento la acometen a través de una ley. En fin, entendemos que la situación descrita desinfla el argumento de que el concierto social sea un contrato con apoyo en la normativa asturiana, como único precedente.

Desde nuestro punto de vista es importante resaltar que el resto de legisladores autonómicos apuestan explícitamente por un modelo trimembre, diferenciando el régimen de la concertación social de los modos de gestión directa e indirecta, como consta en: el art. 60 de la Ley 12/2008 del País Vasco; el art. 89.1 de la Ley 4/2009 de las Islas Baleares, y en los Decretos 18/2015 y 48/2017; el art. 88.1 de la Ley 16/2010 de Castilla y León; el art. 7 bis de la Ley 3/2003 de Murcia y en el Decreto 10/2018; el art. 2 de la Ley 11/2016 de Aragón; el art. 29.1 de la Ley 8/2016 de Galicia; en la Disposición Adicional Tercera del Decreto-Ley 3/2016, de Cataluña que, para que no haya dudas, regula al concierto social como “fórmula no contractual”; el art. 19.3 de la Ley 14/2015 de Extremadura; el art. 34.1 de la Ley 3/2019 de Valencia; y los arts. 1 de la Ley Foral 13/2017 de Navarra y 59 de la Ley 16/2019 de Canarias que, aunque lo conciben como un modo de gestión indirecta, expresamente lo excluyen del ámbito de la normativa de contratación pública.

Pues bien, el legislador andaluz, siguiendo los referentes normativos del momento, opta en el art. 100.1 LSSA por la clasificación trimembre, de modo que la concertación social sería un “*tertium genus*”, no subsumible en la gestión indirecta.

Además, no se puede obviar que el “concierto social” se ubica en el Capítulo II del Título IV de la LSSA, mientras que el Capítulo III regula la “Participación de la iniciativa privada en el marco de contratación del sector público”. La LSSA dispone que “se podrá recurrir a la gestión indirecta”, con sometimiento a la LCSP, cuando por la naturaleza o por el carácter del tipo de prestación de servicios sociales, de responsabilidad pública, que se pretende concertar con la iniciativa privada “no sea de aplicación motivada el régimen de concierto social”. De acuerdo con esta redacción, el legislador andaluz otorga carácter preferente a la concertación social y carácter subsidiario a la gestión indirecta.

El propio CCoA reconoce, partiendo de la letra de los artículos citados de la LSSA, que:

*“Formalmente, la calificación del concierto social como contrato administrativo especial lo situaría como una forma de gestión indirecta, y esto parece reñido con la clasificación que realiza el propio legislador en la Ley 9/2016, y con lo que se expresa en los artículos 17.4 y 34.4 de la Ley 4/2017, en la que se insiste en la consideración de los conciertos sociales como “modalidades diferenciadas de las recogidas en la normativa de contratación del sector público...”.*

Sin embargo, a renglón seguido el CCoA afirma que “ese dato formal no puede considerarse concluyente”. Y a partir de ahí, desarrolla una argumentación con la que dar cobertura a la naturaleza jurídica contractual del concierto social que recoge el proyecto de Decreto que se somete a su dictamen.

Antes de exponer dichos argumentos, vaya por delante que nuestra opinión es que no sólo “formalmente” la LSSA dice literalmente que el concierto social es un *tertium genus* distinto de los modos de gestión directa e indirecta, y que se aplica de manera preferente a los contratos, sino que, por si la interpretación literal no fuera suficiente, acudiendo a una interpretación lógica y sistemática del conjunto de los preceptos de la LSSA, se llega a la misma conclusión. El legislador andaluz configuró en 2016 el concierto social como un instrumento distinto del contrato. Que podría haber optado por otra solución, pues sí, pero no lo hizo. Es por ello que no considero aceptable que apenas pasado un año y medio de la entrada en vigor de la LSSA se quiera modificar vía reglamento la postura por ella adoptada.

Es más, tal y como ha quedado puesto de relieve, ni siquiera en el inicio de la tramitación normativa del Decreto por el que se regula el concierto social se estaba pensando en su tipificación como un contrato. No fue hasta el informe del Gabinete Jurídico cuando se plantea la opción de su consideración como contrato administrativo, así como su conveniencia.



Dejando por sentado que comparto las razones de fondo que se exponen sobre el particular tanto en el informe del Gabinete Jurídico como en el propio dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, considero que los principios de legalidad, de jerarquía normativa, de separación de poderes y de seguridad jurídica están por encima. En consecuencia, el camino para configurar al concierto social como un contrato no es a través de un reglamento *contra legem* o *praeter legem*, sino a través de una modificación puntual de la LSSA.

En este contexto, me parece oportuno traer a colación las palabras del profesor RODRÍGUEZ ARANA cuando aborda el relevante papel de los principios generales en el “Derecho Administrativo Global” que se está construyendo y dice que “los principios generales, como elementos informadores y criterios esenciales, han de ser tenidos muy en cuenta no sólo por el intérprete de la norma, sino también por quien la elabora”<sup>79</sup>.

Por otra parte, situaciones como la que estamos comentando son las que ponen de relieve la importancia de hacer una buena labor de análisis y programación normativa por parte de la Administración pública; de estudio sereno, serio y profundo de qué se quiere regular, con qué finalidad y a través de qué instrumentos. Es necesario que esa previsión normativa sea real y efectiva. De esta manera se evitarían contradicciones como las que aquí se están poniendo de relieve y que atentan a los principios constitucionales de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica.

A nuestro juicio, de forma bastante forzada, el CCoA concluye en su dictamen que:

*“En cualquier caso, lo cierto es que en la calificación contenida en el Proyecto de Decreto no desvirtúa la finalidad esencial perseguida por la regulación de la Ley 9/2016, pues la conceptualización del concierto social como contrato administrativo especial no empaña la visión de las singularidades propias de esta figura ni anula la necesidad de configurar un régimen jurídico ad hoc, sino que reconduce la disciplina del concierto social a una categoría conocida, con perfiles propios, en el seno de la cual pueda satisfacerse los requerimientos que llevaron a concebir el concierto social como una “modalidad diferenciada” de las recogidas en la normativa de contratos del sector público.*

---

79. Vid. “Introducción: los principios generales del Derecho Global de la contratación pública”, en *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, ob. dir. por Jaime RODRÍGUEZ ARANA, INAP, Madrid, 2017, pág. 23.

*Más allá del nomen iuris empleado por el legislador, volvemos a insistir en que la clave para dilucidar esta cuestión está en la verdadera naturaleza del concierto social. La inaplicación de la normativa de la LCSP no está justificada por la simple voluntad del legislador autonómico, y menos aún si el concierto social objeto de regulación responde, por naturaleza, a un auténtico contrato que no haya sido excluido como tal de la LCSP por el legislador básico, y no lo ha sido, pues lo que la LCSP indica es que sólo deja de aplicarse a las prestaciones de servicios que no se instrumentan por vía contractual.*

*Así pues, lo determinante no es la naturaleza de las entidades que pueden concurrir al concierto, aunque esta cuestión no es baladí como hemos visto en la jurisprudencia comunitaria, sino la relación jurídica que se establece y los principios y fines que está llamada a cubrir. (...)*

El CCoA censura el hecho de que el legislador estatal no se haya posicionado como cabía esperar, *“delimitando con rotundidad en qué supuestos cabe que las Comunidades Autónomas opten por una fórmula de concierto social acorde con la normativa básica plasmada en la LCSP”*. Afirma que *“[L]o deseable hubiera sido que el legislador estatal hubiera clarificado la cuestión, quizá adoptando la solución que defendemos u otra similar, esto es, reconduciendo la figura del concierto social de modo rotundo al ámbito de la LCSP, en el entendimiento de que la relación subyacente reviste las notas propias de un contrato oneroso, tal y como éste es definido por las Directivas en materia de contratación e interpretado por el TJUE”*.

En este punto, tras el reproche al legislador estatal, echamos en falta la correspondiente crítica al legislador andaluz, puesto que igual de cierto es que éste tuvo la posibilidad de configurar en la LSSA el concierto social como un contrato y no lo hizo.

En fin, el CCoA considera que la calificación del concierto social como contrato administrativo especial *“permite satisfacer plenamente los objetivos del legislador al mismo tiempo que se reconduce la figura a una categoría conocida y con perfiles mucho más nítidos que los que presenta el concierto social como tertium genus. Entendido como contrato administrativo especial, el concierto social puede ver colmadas las lagunas que presenta en la actualidad, algo que es común en la normativa de otras Comunidades Autónomas.”*

El CCoA acepta como *“válida la calificación que asume la Consejería consultante a propuesta del Gabinete Jurídico, si bien expresamos que resulta aconsejable que el legislador andaluz refleje expresamente dicha calificación y complete urgentemente el régimen jurídico del concierto social, a la vista de las posibilidades que brinda esta interpretación en armonía con el marco establecido en la LCSP (...)”*.

Empero, del análisis que hemos realizado de los documentos que integran el expediente de tramitación normativa del proyecto de Decreto, se puede comprobar que en el informe del Gabinete Jurídico se argumenta la naturaleza contractual del concierto social (como contrato de servicios o de concesión de servicios), pero en ningún momento como contrato administrativo especial, tipificación que aparece por vez primera en la consideración jurídica quinta del informe de 24 de noviembre de 2017, firmado por la Coordinadora General de la Viceconsejería de la CIPS, de valoración de las observaciones formuladas en su informe preceptivo por el Gabinete Jurídico.

En suma, el CCoA concluye afirmando que *“la calificación del concierto social como contrato administrativo de naturaleza especial permite la integración del mismo en la disciplina contractual, mediante instrumentos y técnicas conocidas, sin desvirtuar la finalidad prevista en la Ley de Servicios Sociales”,* a lo que añade que *“todo ello sin perjuicio de la recomendación que se realiza en aras del perfeccionamiento técnico de la institución mediante una reforma legal.”*

Desde nuestro punto de vista, no es sólo “aconsejable” o “recomendable” que el legislador autonómico “urgentemente” complete y perfeccione la regulación del concierto mediante una “reforma legal”, sino que es “absolutamente necesario”. De hecho, sin una modificación de la LSSA que configure al concierto social como un instrumento de naturaleza jurídica contractual, entendemos que la regulación del Decreto 41/2018 carece de la necesaria cobertura jurídica, es más, sería nulo por contravenir lo dispuesto en la Ley que desarrolla. No se puede dar por válido un Decreto -por mucho que estuviéramos de acuerdo con la postura que en él se contiene-, que va más allá, incluso fijando una regulación contraria, a la contenida en la Ley a la que complementa. Para superar esta anómala situación sólo cabe o derogar y aprobar un nuevo Decreto o acometer una reforma de la LSSA.

De acuerdo con los principios de legalidad y de jerarquía normativa, la figura del Decreto desarrolla y completa a la Ley, esto es, el reglamento ejecutivo es siempre *secundum legem*. De ahí que nos sorprenda enormemente la permisividad del CCoA en su dictamen, al no dejar claramente sentado que si el proyecto de Decreto quería cambiar la naturaleza del concierto social, primero, debía tramitarse una modificación de la LSSA en tal sentido, y no a la inversa, como propone, esto es, aprobar el Decreto y luego modificar la Ley para adecuarla al reglamento.

El hecho es que el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, se publicó en el BOJA número 39, de 23 de febrero de 2018 y, de acuerdo con el art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo es de dos meses

contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada. En fin, no nos consta que, a fecha de principios del mes de junio de 2018, se haya interpuesto algún recurso contencioso-administrativo directo contra el Decreto 41/2018, ni tampoco que se haya iniciado ningún proyecto de Ley de modificación de la LSSA en el sentido aquí expuesto.

#### 4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA TIPIFICACIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

De acuerdo con el art. 25.1 LCSP tienen carácter administrativo los siguientes contratos celebrados por una Administración pública, de acuerdo con el concepto de Administración pública del art. 3.2 LCSP: por una parte, los contratos típicos o nominados (de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios); por otra parte, los contratos declarados así expresamente por una ley; y, por último, los contratos especiales.

Entiende la LCSP por contratos administrativos especiales aquellos que están “vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante” o que “satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla”.

La categoría de contratos administrativos especiales es una categoría residual, es decir, la entidad pública contratante tiene que analizar y determinar primero si el objeto del contrato que pretende celebrar se puede o no tipificar como un contrato administrativo típico. En el caso de que las prestaciones del contrato no encajen en ningún contrato nominado, pero su objeto esté vinculado al giro o tráfico de la Administración contratante o con él se satisfaga una finalidad pública, aún de manera indirecta, que sea competencia de aquélla, podrá catalogarlo de contrato administrativo especial.

Es por este motivo que nos surge la primera duda con relación a la consideración del concierto social como un contrato administrativo especial, puesto que de acuerdo con su objeto pudiera ser tipificado como un contrato de servicios (o en el caso de que hubiese una transferencia del riesgo operacional, como un contrato de concesión de servicios).

Además, es importante tener en cuenta otro aspecto: la posibilidad de que la entidad pública que pretendiese celebrar el concierto social fuera, de acuerdo con el art. 3.3. LCSP, un Poder Adjudicador No Administración Pública (PANAP). En tal caso, el contrato que se celebraría no sería un contrato administrativo especial, sino un contrato privado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 26.1.b) LCSP.

En consecuencia, serían contratos privados los conciertos sociales que quisieran celebrar los siguientes PANAP: fundaciones públicas, asociaciones constituidas por entes con la consideración de poder adjudicador, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, o entidades con personalidad jurídica propia creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

De acuerdo con las consideraciones realizadas, hay que concluir que en función de si el ente contratante es una Administración pública o es un PANAP, el tipo de contrato y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable, será distinto.

Y por último, hay que subrayar que la tipificación del concierto social como contrato administrativo especial conlleva que el mismo pueda ser objeto de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía<sup>80</sup>.

La LCSP ha mantenido el carácter potestativo de este recurso, incluyendo como novedad su “gratuidad” (aunque, a decir verdad, ya era gratuito en todas las CCAA, excepto en Cataluña, que hay una tasa<sup>81</sup> que, dado el carácter básico de este precepto, entendemos deberá ser suprimida).

El art. 44.1 LCSP ha ampliado los contratos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, introduciendo como novedad a “*los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.*” Asimismo, hay que destacar que el nuevo tenor del art. 44.1 LCSP ha ampliado notablemente el ámbito del recurso especial, al prever que podrá interponerse ya no solo cuando se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada (SARA), sino cuando se trate de los siguientes contratos NO SARA: de

---

<sup>80</sup>. Sobre la organización y funcionamiento de este Tribunal vid. el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo.

<sup>81</sup>. Esta tasa fue creada por la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público de Cataluña, y su importe oscila entre los 750 y los 5.000 euros. Vid. BERNAL BLAY, “No a las tasas en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública”, en Observatorio Contratación Pública, de fecha 5 de marzo de 2014.

obras, superiores a 3.000.000 €; de servicios y suministros, superiores a 100.000 €; de concesiones obras y servicios, superiores a 3.000.000 €; contra los acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición; y subvencionados y encargos a medios propios, que no tengan valor estimado o éste sea superior a 100.000 €<sup>82</sup>.

Otra modificación a destacar con relación al ámbito de aplicación de este recurso es que ya no sólo se podrá interponer contra contratos celebrados por las Administraciones públicas, sino también contra contratos celebrados por PANAP (fundaciones/Mutuas colaboradoras con Seguridad Social/Asociaciones públicas/entes sector público).

Con respecto a los actos recurribles, el art. 44.2 LCSP, junto a los actos clásicos objeto de recurso especial (esto es, los anuncios de licitación, los pliegos, los actos de exclusión de ofertas y los acuerdos de adjudicación), ha introducido el recurso contra: actos de admisión de ofertas como actos de trámite cualificados; las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 LCSP; la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales; y los acuerdos de rescate de concesiones.

El recurso especial en materia de contratación podrá ser interpuesto por cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (art. 48 LCSP). El plazo para interponer este recurso, así como su cómputo, se regula en el art. 50 LCSP, habiendo desaparecido de este precepto el requisito de interponer un anuncio previo comunicando a la Administración el acto que se iba a recurrir.

En definitiva, la consideración de los conciertos sociales como contratos administrativos especiales conlleva que podrán ser objeto de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que tendrá que resolver y notificar la resolución de los mismos en un plazo máximo de dos meses desde el siguiente a la interposición del recurso (art. 57.5 LCSP). La citada resolución, que será directamente ejecutiva, podrá ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

---

<sup>82</sup>. Sobre la extensión del recurso especial en contratación pública al margen del importe y adecuación de su objeto, vid. GIMENO FELIU, "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública", Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica 7 (mayo 2017), págs. 54-55.

## **CAPÍTULO VII. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONCIERTO SOCIAL EN EL DECRETO 41/2018**

### **1 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONCIERTO SOCIAL**

El art. 24 LCSP dispone que los entes del sector público podrán celebrar contratos administrativos y privados. No obstante, sólo las Administraciones públicas pueden celebrar contratos administrativos. En consecuencia, los contratos administrativos especiales únicamente pueden ser suscritos por entes del sector público que tengan naturaleza jurídica de Administración pública, según describe el art. 3.2 LCSP. En el caso de que se trate de un poder adjudicador que no sea Administración pública o de un ente del sector público que no sea poder adjudicador, los contratos que celebren tendrán naturaleza jurídica privada.

La clasificación del ente que suscribe el contrato, de acuerdo con los apartados primero, segundo y tercero del artículo 3 LCSP, determina la naturaleza jurídica del contrato y, por consiguiente, el régimen jurídico aplicable.

Este aspecto puede tener consecuencias relevantes con relación a la regulación que el Decreto 41/2018 ha hecho del concierto social como contrato administrativo especial, puesto que el propio Decreto prevé en el art. 10.1 que el concierto social pueda ser celebrado no por una Administración pública, sino por un “ente del sector público”. También el art. 16 se refiere a la Administración o “entidad concertante”, sin otro adjetivo. Empero, la mayoría de los preceptos del Decreto emplea el término entidad “pública” concertante, así, en los arts. 22, 23, 28 o 31. Consecuencia de esta imprecisión terminológica, probablemente inconsciente, se nos plantea la siguiente posibilidad: pongamos que la entidad concertante fuera

una fundación en mano pública, en tal caso, la naturaleza jurídica del concierto social ya no podría ser la de un contrato administrativo especial, puesto que aquélla solo puede celebrar contratos privados. Incluso estaríamos en la misma tesitura si se tratase de un ente instrumental de la Junta de Andalucía de naturaleza jurídico-pública con forma de Agencia del art. 68.1.a) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), de acuerdo con lo dispuesto en el art. 62.1 LAJA<sup>83</sup> y en el art. 3.2.b) LCSP<sup>84</sup>.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 25.2 LCSP, las reglas de preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción aplicables a los contratos administrativos especiales serán, en primer término, las establecidas en sus normas específicas. A continuación, se aplicará lo dispuesto en la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, supletoriamente las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, se acudirá a las normas del Derecho privado.

Sin embargo, el régimen jurídico aplicable a los contratos privados celebrados por los PANAP, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 26.3 LCSP, es el siguiente: las fases de preparación y adjudicación del contrato se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero LCSP, mientras que los efectos y extinción lo harán por el Derecho privado y por aquellas normas a las que se refiere el artículo 319.1 LCSP.

Este último precepto citado se remite a un importante número de artículos aplicables a los contratos administrativos que celebran las Administraciones públicas, así, alude a los artículos: 201 LCSP, en materia medioambiental, social o laboral; 202, sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205, relativos a la modificación del contrato; 214 a 217, reguladores de la cesión y la subcontratación; 218 a 228, sobre la racionalización técnica de la contratación; y 319.2, relativo a la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205.

---

<sup>83</sup>. Concretamente, el art. 62.1 LAJA, dedicado al régimen de contratación, establece:

*“El régimen de contratación de las agencias, salvo las agencias públicas empresariales previstas en el artículo 68.1.a) de esta Ley, será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público.”*

*El régimen de contratación de las agencias a que se refiere el citado artículo 68.1.a) se regirá por las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público respecto de las entidades que, sin tener el carácter de Administraciones Públicas, tienen la consideración de poderes adjudicadores.”*

<sup>84</sup>. De acuerdo con el nuevo tenor del art. 3.2.b) LCSP de 2017, tendrán la consideración de Administraciones Públicas “otras entidades de derecho público, en la que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas”.



En efecto, esta nueva regulación del régimen jurídico de los contratos privados de los PANAP supone una auténtica novedad. Se ha administrativizado el régimen jurídico aplicable a los mismos en las fases de extinción y efectos, lo que ha supuesto una ampliación del control que de los mismos va a tener el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. De acuerdo con el art. 27 LCSP, los Jueces y Magistrados de la jurisdicción contencioso-administrativa conocerán no sólo de los recursos contra los denominados “actos separables”, dictados en las fases de preparación y adjudicación, sino también de las “modificaciones”, cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de los artículos 204 y 205, esto es, cuando se entienda que dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación. El resto de los recursos que se interpongan con relación a los efectos y extinción del contrato, al tratarse de un contrato privado, serán conocidos por el orden jurisdiccional civil.

En definitiva, únicamente si es la entidad concertante una Administración pública (de acuerdo con el art. 3.2 LCSP), la naturaleza jurídica del contrato podrá ser administrativa y el concierto social podrá tener la naturaleza jurídica de contrato administrativo especial, siendo, desde nuestro punto de vista, además de innecesario, inapropiado, que el Decreto 41/2018 haya encorsetado normativamente la figura del concierto social en esta categoría.

## 2. CONVOCATORIA DE LICITACIÓN

### 2.1 Requisitos de acceso al concierto social

El artículo 8 del Decreto 41/2018 establece que las entidades licitadoras deberán cumplir, al menos, los requisitos establecidos en el artículo 105.1 LSSA. No obstante, no hace una reproducción textual del citado precepto legal, sino que el art. 8 del Decreto incluye ciertas precisiones que iremos comentando. Así, exige:

- a) Haber prestado atención de manera continuada, durante el tiempo que se determine en función de la naturaleza del servicio, a personas, familias o grupos con necesidades similares a las de las personas destinatarias del servicio o centro cuya concertación solicita.
- b) Acreditar su presencia en la zona en la que se vaya a prestar el servicio.  
A este requisito añade el Decreto que “[E]llo no implicará acreditar la implantación funcional o prestación efectiva del servicio objeto de prestación en dicha área.”
- c) Acreditar que en su organización actúan con pleno respeto y cumplimiento de la normativa laboral, mediante la articulación de medidas orientadas a la estabilidad laboral y la calidad del empleo. El Decreto exige que las medidas adoptadas en esta línea sean justificadas documentalmente.

- d) Acreditar, en su caso, la titularidad del centro o ser titulares de un derecho real de uso y disfrute sobre el mismo que, en cualquier caso, no podrá ser inferior al período de vigencia del concierto. Cuando la persona titular del centro no sea propietaria del local o edificio, deberá acreditar que cuenta con la autorización de la persona titular propietaria para destinarlo al fin del concierto.
- e) En materia de igualdad, el Decreto da una nueva redacción a la exigencia del cumplimiento de este requisito. Ha añadido la obligación de acreditar para aquellas entidades que cuentan con más de doscientas cincuenta personas trabajadoras que tienen un Plan de Igualdad, así como su efectiva aplicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En el caso de las entidades con un número inferior de trabajadores deberán acreditar que en su organización, funcionamiento e intervención actúan con pleno respeto al principio de igualdad entre mujeres y hombres, mediante la integración efectiva de la perspectiva de género y la articulación de medidas o planes de igualdad orientados a dicho objetivo, en particular, medidas orientadas a la conciliación de la vida familiar y laboral, con base en los documentos que justifiquen su aplicación o mediante la relación de personas trabajadoras que se beneficien de las medidas.
- f) Contar con la debida autorización de funcionamiento.
- g) Estar inscritas en el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales.
- h) Contar con autorización y acreditación administrativa debidamente inscrita en el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales, en los términos que reglamentariamente se determinen.

A continuación, el apartado 2 del art. 8 del Decreto establece que las “entidades licitadoras” deberán contar con las preceptivas autorizaciones administrativas y sectoriales que correspondan en cada caso para el ejercicio de la concreta actividad, las cuales vendrán especificadas en los “pliegos de cláusulas administrativas particulares” que rijan el procedimiento de contratación.

Este apartado segundo nos muestra de forma clara el cambio de planteamiento que el Decreto ha dado respecto a la naturaleza jurídica y al régimen jurídico aplicable al concierto social. Recordemos que el art. 105 LSSA, que sería el precepto que desarrolla el art. 8 del Decreto, se refiere a las “entidades solicitantes” del concierto, nunca habla de entidades licitadoras, ni de que el concierto sea un tipo de contrato, ni se refiere en ningún momento a los pliegos, etc. etc.

El apartado tercero del art. 8 añade, sin correspondencia en ningún apartado de la LSSA, que “[D]e acuerdo con la naturaleza jurídica de la prestación de servicios sociales a concertar, la entidad pública concertante establecerá requisitos adicionales

*que acrediten las condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, en los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares.”*

Por último, en coherencia con esta línea, se añade un apartado cuarto a este artículo que exige que las entidades licitadoras *“deberán acreditar tener en su plantilla un número de personas trabajadoras con discapacidad que constituya al menos el dos por ciento, siempre que se trate de entidades con un número igual o superior a cincuenta personas trabajadoras, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.1 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, o acreditar la adopción de las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de las personas trabajadoras con discapacidad.”*

## **2.2 Prohibiciones para contratar**

El Decreto 41/2018 ha incorporado una Sección 2ª al Capítulo II, con un único artículo, el 11, dedicado a las prohibiciones para contratar. El apartado primero del mismo dispone que *“[N]o podrán contratar las personas o entidades prestadoras de servicios sociales en las que concurra alguna de las circunstancias previstas en la normativa sobre contratos del sector público y en el artículo 13.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.”*

La circunstancia prevista en el art. 13.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, prescribe que la Administración de la Junta de Andalucía no podrá formalizar contratos, ni subvencionar, bonificar o prestar ayudas públicas a aquellas empresas sancionadas o condenadas por resolución administrativa firme o sentencia judicial firme por alentar o tolerar prácticas laborales consideradas discriminatorias por la legislación vigente.

Por su parte, el apartado segundo del art. 11 remite la *“apreciación, procedimiento de declaración, competencia, alcance y duración de las prohibiciones para contratar”* a lo establecido en la normativa de contratación pública. Por lo tanto, la regulación de las prohibiciones para contratar con la Administración serán las contenidas en el art. 71 LCSP y la regulación sobre la competencia para declarar la prohibición, el procedimiento a seguir y sus efectos será la estipulada en los arts. 72 y 73 LCSP.

## **2.3 Los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas**

En la documentación que integra el expediente de contratación se incorporarán los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, y a ellos se unirá el certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público, el documento equivalente que acredite la existencia de crédito,

así como la fiscalización previa de la intervención en los casos en los que ésta sea preceptiva (art. 10.1 del Decreto 41/2018).

En cualquier expediente de contratación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas son documentos con un valor fundamental.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se deben especificar las autorizaciones administrativas y sectoriales que han de tener las entidades licitadores en cada caso para el ejercicio de la concreta actividad (art. 8.2 del Decreto 41/2018). También se habrá de indicar, si se considera necesario, cuál sea la documentación acreditativa de los medios materiales y personales con que cuenta la entidad para la ejecución del concierto social, a efectos de justificar que son suficientes y adecuados, como pueden ser: títulos académicos, contratos de trabajo o cualquier otra documentación referida a las instalaciones, medios materiales, personales y equipamiento técnico (art. 10 del Decreto 41/2018).

De acuerdo con el apartado segundo del art. 10 el contenido mínimo de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de prescripciones técnicas incluye: *“la descripción de las características y condiciones de la actividad a concertar, la duración del periodo inicial y las sucesivas renovaciones, y, en su caso, las condiciones especiales de ejecución, las cláusulas sociales y ambientales que procedan, las previsiones de pago del importe del concierto con arreglo a la normativa vigente, así como los seguros, garantías y otros requisitos previos a la adjudicación del concierto social”*.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se contienen los principios, criterios y prioridades que van a regir el procedimiento de adjudicación del concierto social (art. 15.2 del Decreto 41/2018). Asimismo, si en él se prevé, se exigirá la constitución de la garantía definitiva, a los efectos de asegurar el posible incumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad concertada ante la entidad pública concertante (art. 18.2 del Decreto 41/2018).

De acuerdo con lo establecido en el art. 9 del Decreto 41/2018, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y también en los pliegos de prescripciones técnicas, deberán establecerse cuáles sean las “condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social”, así como “su acreditación”, debiendo las mismas “estar vinculadas al objeto del concierto” y ser “proporcionadas”.

Las condiciones de eficacia irán referidas a la capacidad económica y financiera, técnica o profesional de la entidad concertante. Mientras que las condiciones

de calidad serán las establecidas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales (como ya dijimos, aún no aprobado), de acuerdo con los artículos 79 y 84 LSSA. Por su parte, las condiciones de rentabilidad social que se especifiquen en la correspondiente convocatoria irán referidas a la concreta experiencia de la entidad en materias de carácter social como: la inserción sociolaboral; la atención a la infancia; las adicciones; la discapacidad; la dependencia; y la igualdad entre mujeres y hombres, entre otras.

El tema de la incorporación en los pliegos de las cláusulas sociales y medio-ambientales como criterios de adjudicación del contrato se abordará pormenorizadamente en el subepígrafe siguiente, al cual nos remitimos.

El art. 23 del Decreto 41/2018 concreta que es en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares donde se hará constar tanto el importe del concierto como la forma prevista para su abono.

Tras la aprobación del expediente de contratación y del gasto correspondiente, el órgano competente dictará la resolución de convocatoria, unida de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y de la copia del documento mediante el cual se formalizará el concierto.

Antes del inicio de la ejecución del concierto social, si así se hubiera recogido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se exigirá a las entidades prestadoras la constitución de un seguro de responsabilidad civil que cubra el servicio objeto del concierto, así como todas las prestaciones técnicas y, en su caso, complementarias que lo integran (art. 18.4 del Decreto 41/2018).

El concierto social habrá de ser prestado por la entidad concertada en las condiciones establecidas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

Cuando los pliegos de cláusulas administrativas particulares tuvieran previsto cuál haya de ser la estructura o cualificación de la plantilla, así como requerimientos respecto a la gestión, cualquier modificación o cambio respecto de dichos extremos deberá ser previamente autorizado por la entidad pública concertante [art. 22.2.d) del Decreto 41/2018].

Por su parte, el servicio concertado habrá de ser prestado de manera diligente, en condiciones de accesibilidad universal y diseño para todas las personas, de forma continuada y con la calidad requerida en los pliegos de prescripciones técnicas [art. 22.2.e) del Decreto 41/2018].

Sobre este último punto, queremos incidir en la importancia que tiene una correcta determinación en el Pliego de Prescripciones Técnicas de cuáles sean los estándares de calidad exigidos y que tendrán que ser cumplidos por parte de la entidad concertante que, entendemos, nunca habrán de ser menores que los que tiene establecidos la Administración, ya sea en normas de *hard law* o de *soft law*, para cuando es ella la que directamente presta y gestiona el servicio. En este sentido, la calidad se presenta como un parámetro de control de la discrecionalidad administrativa a la hora de elegir el modo de prestar y/o gestionar los servicios.

El Pliego de Prescripciones Técnicas podrá contener disposiciones relativas al cumplimiento de determinados condicionantes en materia fiscal, de integración social de personas con discapacidad, de igualdad de género, de prevención de riesgos laborales, en materia de defensa y protección de derechos de las personas consumidoras y usuarias y de protección del medio ambiente, que habrán de ser cumplidas por la entidad concertada [art. 22.2.1) del Decreto 41/2018].

A su vez, los Pliegos de Prescripciones Técnicas podrán establecer condiciones especiales de ejecución del concierto social, de acuerdo con la naturaleza de éste, pudiendo tener aquéllas la consideración de obligaciones esenciales con arreglo a lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 25.1 y 2 del Decreto 41/2018).

Por último, el papel de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares es fundamental a la hora de la tramitación de las modificaciones del concierto social, dado que en ellos se determinan tanto los supuestos de modificación, en los términos que exigen las letras a) y b) del artículo 204.1 LCSP, como el porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueda afectar (art. 27 del Decreto 41/2018). Como veremos con más detenimiento en el epígrafe 4.2 de este Capítulo, las modificaciones del concierto social previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán en todo caso obligatorias para la entidad concertada, siempre que sean indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias; mientras que para las modificaciones no previstas en ellos se estará a lo dispuesto en el artículo 205 LCSP.

Cuando la modificación implique un incremento del importe del concierto social en el porcentaje que determine el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, dará lugar a su extinción [art. 31.2.d) del Decreto 41/2018]; asimismo, quedará resuelto cuando -al margen de las establecidas en la LCSP, la LSSA y el Decreto 41/2018- acaezca alguna otra causa que contemple el pliego [art. 31.2.o) del Decreto 41/2018].

## 2.4 Las cláusulas sociales y medioambientales: como criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución del contrato

En este punto, la regulación de referencia es el Decreto 41/2018, que es la norma que establece la obligatoriedad de la incorporación en los conciertos sociales de cláusulas sociales y ambientales.

Recordemos que la LSSA -que, insistimos, no creemos que estuviera pensando en el concierto social como un contrato, sino como un “instrumento” distinto para prestar los servicios sociales (arts. 101.1, en conexión con el art. 108)-, lo que regula en su art. 102 es la posibilidad de establecer en el concierto social medidas de “discriminación positiva”, esto es, la facultad discrecional de incluir como requisitos *“cláusulas, medidas de preferencia o medidas de discriminación positiva: criterios sociales, de promoción de la igualdad de género, de calidad, de experiencia y trayectoria acreditada, u otros que se determinen reglamentariamente”*. No obstante, añada este precepto que el concierto deberá contemplar, en todo caso, el clausulado social que le resulte aplicable.

Un argumento más que avala que la LSSA no concibe el concierto social como un contrato es el dato de que la Ley no aluda expresamente a la obligatoriedad de incluir en el concierto “cláusulas sociales y ambientales”, pero sí lo haga en el art. 109 cuando se refiere a los contratos. En este caso, el legislador obliga a incorporar en los procedimientos de adjudicación de los contratos para la gestión de servicios del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, “cláusulas sociales” que hagan referencia, entre otros, *“al cumplimiento por parte de la entidad del requisito de atención continuada, durante el tiempo que se determine, en función de la naturaleza del servicio, a personas, familias o grupos con necesidades similares a las de las personas destinatarias del servicio o centro cuya gestión se pretende adjudicar, debiendo otorgarse una consideración especial a su presencia previa en la zona en la que vaya a prestar el servicio”*.

El Preámbulo del Decreto 41/2018 manifiesta que la finalidad de la inclusión de dichas cláusulas sociales y medio ambientales es la *“de contribuir a un empleo de calidad con un fuerte compromiso social y ambiental, aunando gestión de las políticas sociales, balance social y redistribución equilibrada de la riqueza, cumpliendo así con el compromiso del Gobierno andaluz en la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma, llevado a cabo a través del Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno”*.

La Administración andaluza pretende a través de tales cláusulas impulsar *“las oportunidades en el empleo, el trabajo digno, el cumplimiento de los derechos sociales y laborales establecidos en la normativa y en los convenios colectivos, la inclusión*

*social, la igualdad de oportunidades y de género, la accesibilidad universal y diseño para todas las personas, la responsabilidad social de las entidades concertantes y el respeto al medio ambiente y al ciclo de vida. El concierto social debe servir para dotar de mayor calidad, estabilidad y continuidad al conjunto de servicios sociales que se prestan por parte de las entidades, reconociendo el papel esencial de las entidades de la iniciativa social en la prestación de los servicios sociales, de acuerdo con el carácter prioritario que le otorga la Ley.”*

La filosofía plasmada en estos párrafos es un fiel reflejo de la nueva concepción de la contratación, como herramienta al servicio de otras políticas públicas<sup>85</sup>. Este camino es el que viene marcando desde hace años la Comisión europea, especialmente, en su Comunicación (2010), “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” y en su Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, de 3 de octubre de 2017, “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”.

Esta es la razón de la incorporación del nuevo apartado 3 en el art. 1 LCSP, que obliga a incluir las cláusulas sociales y medioambientales de manera “transversal” en toda la contratación pública. Dice así el citado apartado: “3. *En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.”*

De acuerdo con la letra u) del art. 22.2 del Decreto 41/2018, la entidad concertada se obliga a cumplir con las cláusulas sociales y ambientales que se establezcan en la convocatoria de licitación del concierto social y en los correspondientes pliegos de

---

<sup>85</sup>. Tal y como comenta VILLALBA PÉREZ, la contratación pública en España ha obedecido a un objetivo de tipo económico, garantizar la igualdad de concurrencia de licitadores; es a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, cuando se incorporan a la normativa de la contratación pública otros objetivos de tipo social, de forma que los poderes adjudicadores puedan promover medidas que faciliten una mayor integración de personas con mayores dificultades de inserción social y laboral, como es el caso de las personas con discapacidad. Entre los objetivos que suelen perseguir estas cláusulas, destaca la citada autora: transformar medidas administrativas de carácter asistencial y pasivas por otras productivas y activas; avanzar hacia una corresponsabilidad social entre Administraciones públicas, agentes sociales y el sector económico privado; y facilitar la sostenibilidad de las medidas de inserción laboral. Vid. “La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público”, RAAP núm. 74 (2009), págs. 49-100.



cláusulas administrativas particulares, de conformidad con el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016.

En este contexto hay que recordar que la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, ha potenciado la implantación de estas cláusulas, sociales y ambientales, como una herramienta necesaria para la consecución de unos contratos públicos más sostenibles<sup>86</sup>, configurándolas como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato (artículos 67.3 y 70 de la Directiva)<sup>87</sup>. Y esa concepción es la que ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español por la LCSP.

Siguiendo dicha línea, el art. 26 del Decreto 41/2018 dispone que el concierto social incluirá estipulaciones sociales y ambientales entre los criterios de adjudicación previstos en el artículo 15.2, “siempre que estén vinculados al objeto del contrato”, que habrán de cumplir con el requisito de “proporcionalidad” y que tendrán que figurar expresamente fijadas en la convocatoria de licitación.

<sup>86</sup>. En cuanto a la inclusión de cláusulas ambientales en las distintas fases de la contratación (de preparación del contrato; a la hora de determinar los requisitos del contratista para poder participar en el procedimiento de contratación y para acreditar su solvencia técnica; en la fase de adjudicación del contrato y valoración de las ofertas; y en la fase de ejecución o cumplimiento del contrato), vid. M.<sup>a</sup> Consuelo ALONSO GARCÍA, “Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la contratación verde”, en *Observatorio de los Contratos Públicos. Las nuevas Directivas de la Contratación Pública*, ob. cit., págs. 279-289.

<sup>87</sup>. Respecto a la vinculación de las cláusulas sociales al objeto del contrato, recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 210/2016, de 18 de marzo, y 663/2017, de 21 de julio de 2017, que: “(...) pese a la inicial disparidad de pronunciamientos judiciales –muchos de ellos negaban la posibilidad de que los Pliegos incluyeran mejoras sociales como criterios de adjudicación en todo caso– tras la Directiva 2014/24/UE ha de concluirse que si la mejora social guarda relación con el objeto del contrato y tiene la debida proporcionalidad, debe ser admitida como criterio de adjudicación. En concreto, se señalaba sobre este particular en la citada Resolución 210/2016, lo siguiente: “Dada la inmediatez de la fecha (18 de abril de 2016) para que el Estado español incorpore a nuestra normativa de contratación del sector público la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, hemos de enjuiciar las mejoras sociales referidas bajo los parámetros introducidos en la referida Directiva 2014/24/UE. Y así hallamos las siguientes referencias a los criterios sociales y su introducción en las distintas fases de los contratos y, en particular, como criterio de adjudicación: Considerando 99: las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán también estar sujetas a criterios de adjudicación o a condiciones de adjudicación de un contrato siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión. Por ejemplo, dichos criterios o condiciones podrán referirse, entre otras cosas, al empleo para los desempleados de larga duración o a la aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse. En las especificaciones técnicas los poderes adjudicadores pueden establecer aquellos requisitos sociales que caractericen el producto o el servicio de que se trate, como la accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.”

Visto que el Decreto 41/2018 ha dotado de naturaleza contractual al concierto social, encuentro que no habría inconveniente en aplicar las cláusulas sociales que el art. 109.2 LSSA<sup>88</sup> enumera como de incorporación obligatoria en los procedimientos de adjudicación de los contratos de gestión de los servicios sociales.

El art. 67.3 de la Directiva 2014/24/UE dispone que “[S]e considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: a) en el proceso específicos de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios o; b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.

Como puede apreciarse, el requisito de que el criterio de adjudicación esté vinculado al objeto del contrato no se exige de forma estricta; la Directiva ha incorporado la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que lo había flexibilizado, de manera que dicha vinculación no implica que el elemento objeto de valoración

<sup>88</sup>. A los efectos del establecimiento de contratos para la gestión de servicios públicos, el art. 109.2 LSSA dispone que las Administraciones públicas darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, a las entidades sin ánimo de lucro. Como “criterios o medidas de discriminación positiva” a favor de aquellas entidades cita el que cumpla en mayor número las siguientes características:

- a) Destinar parte de los resultados económicos de la actividad a la mejora continua de los servicios y centros objeto del contrato.
- b) Mejorar las ratios establecidas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía.
- c) Contribuir a disminuir los costes asociados a la prestación del servicio o a la gestión del centro a través de la utilización combinada de recursos de otros servicios o centros.
- d) Articular la participación de las personas usuarias a través de actividades de ayuda mutua y las actividades de voluntariado social.
- e) Contar con más de un 40% de mujeres en los órganos de dirección.
- f) Aplicar medidas orientadas a la conciliación de la vida familiar y laboral.
- g) Contar con un plan de igualdad de género y contra la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género.
- h) Contar con más del 5% en su plantilla de personas con discapacidad y/o personas en situación de exclusión. Al menos el 2% de este cupo de plazas será destinado a personas con discapacidad.
- i) Acreditar un adecuado marco de relaciones y condiciones laborales.
- j) Garantizar la estabilidad laboral y asumir la subrogación de personal.
- k) Garantizar y mejorar el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales que les sean de aplicación.
- l) Aplicar medidas para la preservación, conservación o restauración del medio ambiente.
- m) Aplicar sistemas de calidad, además de los que les sean aplicables con carácter obligatorio.”

se incorpore físicamente a la prestación (STJUE de 10 de mayo de 2012, c-368/10, Comisión contra Países Pajos)<sup>89</sup>.

El legislador español ha incorporado en la LCSP un extenso artículo 145, dedicado a los requisitos y clases de criterios de adjudicación. Su apartado primero establece que, como regla, la adjudicación de los contratos se realizará utilizando una “pluralidad de criterios de adjudicación” con base en la “mejor relación calidad-precio”. Este nuevo concepto, “mejor relación calidad-precio”, se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos, que deberán establecerse de manera objetiva en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación. Para potenciar la calidad sobre el precio en la valoración de las ofertas, la Directiva 2014/24/UE introduce el concepto de “ciclo de vida” del producto, obra o servicio como criterio decisivo para la valoración de aquéllas<sup>90</sup>. El órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio con base en criterios cualitativos podrá incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato<sup>91</sup>, en la forma establecida en el apartado 6 del artículo 145, el cual reproduce el art. 70 de la Directiva 2014/24/UE.

<sup>89</sup>. En este contexto, es muy útil el informe elaborado por GALLEGO CÓRCOLES en el que analiza la doctrina elaborada por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales desde 2015 a 2017 en relación con la inclusión de las cláusulas sociales como criterios de adjudicación. Estos criterios han de estar ligados al objeto del contrato, pero no vinculados a las características propias de la empresa, quedando prohibidas aquellas cláusulas que supongan una injerencia indebida en la política empresarial de la empresa. Entre los diferentes criterios que analiza de forma casuística se encuentran los de: compromiso de subcontratación de los trabajadores de la contratación saliente; subcontratación con centros especiales de empleo; estabilidad de la plantilla en el empleo; existencia de un plan de conciliación social; plan de formación; igualdad; contratación de personal en situación y/o riesgo de exclusión del mercado laboral; existencia de un código de buenas prácticas en salud laboral; y calidad en el empleo. Vid. “Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación”, El Consultor, Contratación Administrativa Práctica número 152, Sección informe de jurisprudencia, noviembre-diciembre 2017, editorial Wolters Kluwer, La Ley 14739/2017, 10 págs.

<sup>90</sup>. Sobre la relación calidad-precio-eficacia de la prestación como principal criterio de valoración de las ofertas y, en especial, sobre el coste del “ciclo de vida” de un producto, obra o servicio (costes de adquisición, de utilización, de mantenimiento, costes de final de vida, costes imputados a externalidades medioambientales, etc.), vid. Almudena FERNÁNDEZ CARBALLAL, “El mantenimiento y conservación en el procedimiento de contratación y el “ciclo de vida” como criterio de adjudicación del contrato y garantía de los derechos fundamentales”, en *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, ob. cit., págs. 137-145.

<sup>91</sup>. Como muestra, el art. 145.2 LCSP enumera los siguientes criterios cualitativos de carácter social o medio ambiental:

“1.º La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Como ha señalado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en sus recientes Resoluciones 112/2018, de 25 de abril, y 135/2018, de 10 de mayo:

*“Queda claro, pues, a la luz de ambos textos legales -TRLCSP y Ley 9/2017, de 8 de octubre-, que el criterio se hallará vinculado al objeto contractual cuando se refiera o integre prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato en cuestión, lo que redundaría en el hecho de que la vinculación ha de incidir necesariamente en aquellas tareas o actividades que deben desplegarse para la ejecución de la prestación, no pudiendo apreciarse esta incidencia cuando el criterio se refiere a actividades distintas, como sucede en el supuesto examinado donde la mejora afecta a la dispensación de medicamentos que es una actividad posterior y diferente al suministro de los mismos”.*

Sobre este particular, el FJ 6º de la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 160/2018, de 1 de junio, que resuelve el recurso 103/2018, planteado frente a los pliegos de una contratación del servicio de ayuda a domicilio que es calificada por el órgano de contratación como gestión de servicio público, en su modalidad de concesión, dice:

*“En definitiva, lo que persigue el TRLCSP es que los criterios de valoración de las ofertas estén claramente delimitados y tengan relación con el objeto del contrato, que sean suficientemente conocidos por todas las licitadoras, y que se apliquen en pie de igualdad para todos estos, de modo que en ningún caso se otorgue al órgano de contratación un poder de elección desmedido o ilimitado, ni se valoren las ofertas sin respetar los principios fundamentales de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.*

---

Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

3.º El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro.

Los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes el cual, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148.”

*A este respecto, como recogía este Tribunal en su Resolución 85/2017, de 2 de mayo, se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia, de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, que en su apartado 52, recogiendo el parecer de la Comisión Europea indica que esta “considera que los criterios de adjudicación de contratos públicos que pueden tenerse en cuenta para apreciar la oferta económicamente más ventajosa deben cumplir cuatro requisitos. A su juicio, dichos criterios deben ser objetivos, aplicables a todas las ofertas, estrictamente relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora”.*

*En este sentido, resulta evidente que el criterio elegido<sup>92</sup> no guarda relación con el objeto de contrato, ni supone una ventaja directa para el servicio, bien porque aumente su calidad, eficacia o eficiencia, bien porque favorezca su ejecución. Así pues, en el supuesto analizado, no podemos sino concluir que lo que se está valorando es una característica propia de la empresa, la cual no puede establecerse como criterio de adjudicación, pues no está directamente vinculado al objeto del contrato y origina un tratamiento no igualitario y discriminatorio de las licitadoras, sin que el reconocimiento por parte del órgano de contratación de la pretensión de la recurrente suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.”*

Retomando el texto del Decreto 41/2018, el apartado segundo del art. 26 se refiere de forma somera a que los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecerán las estipulaciones sociales y ambientales con un orden de prelación entre ellas para los casos de desempate.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 147.1 LCSP, dichos criterios de adjudicación específicos para el desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato y se referirán: al mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad; que se trate de las empresas de inserción; de entidades sin ánimo de lucro, con personalidad

<sup>92</sup>. En este caso el criterio de adjudicación recurrido era el de “Iniciativas empresariales”, por entender que el mismo es contrario al principio de igualdad. Su tenor era el siguiente: “3.- LAS INICIATIVAS EMPRESARIALES cuya trayectoria y labor destaquen en la creación de empleo estable en el colectivo de mujeres en el ámbito rural. Se acreditará mediante diploma o premio concedido. Tiene un valor de 5 puntos.” La recurrente sostenía que estábamos en presencia de un contrato cuyo objeto es la prestación del servicio de ayuda a domicilio, el cual no está relacionado con las iniciativas empresariales de generación de empleo, señalando que, en virtud de lo establecido en el artículo 150 TRLCSP, estaríamos ante un criterio que no está directamente vinculado al objeto del contrato. Por su parte, el órgano de contratación en el informe remitido al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía señalaba que la normativa prevé la aplicación de cláusulas sociales como criterios de adjudicación siempre que éstos estén directamente vinculadas al objeto del contrato y, en el caso que nos ocupa, no existe esa vinculación directa, aunque sí indirecta. Por ello, consideraba el órgano de contratación que procedería la supresión de dicho apartado 3º del punto I del anexo IV del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, manteniendo con validez el resto de apartados.

jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato; se trate de entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo; o empresas que incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres<sup>93</sup>.

Hay que notar que los términos en los que está redactado el art. 26.2 del Decreto 41/2018 imponen al órgano de contratación la obligación de incluir en los pliegos siempre estos criterios de desempate. En cambio, el art. 147.2 LCSP contempla la posibilidad de que dichos criterios de desempate no se hubieran incluido expresamente en los pliegos, regulando de forma pormenorizada cuál sería ese orden de prelación entre las cláusulas sociales y medioambientales en caso de que se produzca un empate entre dos o más ofertas. Establece que el empate se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:

- “a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.*
- b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.*
- c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.*
- d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.”*

<sup>93</sup>. Dice así el art. 147.1 LCSP:

*“a) Proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa. En este supuesto, si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.*

*b) Proposiciones de empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración.*

*c) En la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial.*

*d) Las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo.*

*e) Proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.*

*La documentación acreditativa de los criterios de desempate a que se refiere el presente apartado será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo.”*

Y por último, el apartado tercero del art. 26 del Decreto 41/2018 hace referencia a las cláusulas sociales o de carácter ambiental como condiciones especiales de ejecución, cuando así se indique en los pliegos. Dichas cláusulas serán adecuadas a la naturaleza de la prestación concertada y deberán referirse a obligaciones que la entidad concertada tendrá que cumplir durante la ejecución del concierto social, con la consideración de obligaciones esenciales, siendo su incumplimiento causa de resolución del concierto.

Respecto a las cláusulas sociales y medioambientales como condiciones especiales de ejecución del contrato, el art. 70 del Directiva 2014/24/UE establece que “[L]os poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo.”

Transpone y desarrolla de forma pormenorizada dicho precepto el art. 202 LCSP. Regula como una potestad discrecional de los órganos de contratación el establecimiento de estas condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, “siempre que estén vinculadas al objeto del contrato”, “no sean directa o indirectamente discriminatorias”, “sean compatibles con el Derecho comunitario” y “se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos”. No obstante, la Ley obliga al establecimiento en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de “al menos una de las condiciones especiales de ejecución” de entre las siguientes:

*“2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.*

*En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.*

*Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige*

*la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.”*

En definitiva, la consideración del concierto social como un contrato administrativo especial ha tenido como consecuencia positiva la obligada incorporación de estas cláusulas sociales y medioambientales, que tendrán que ser implementadas por las Administraciones públicas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas.

### 3. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

#### 3.1 Inicio

Ante la falta de regulación en la LSSA sobre el procedimiento a seguir para iniciar la correspondiente tramitación del concierto social, es el Decreto 41/2018 el que establece las reglas del procedimiento de adjudicación.

La regulación contenida en el Decreto 41/2018 dista bastante de la contenida en el proyecto de Decreto regulador del concierto social publicado en el trámite de participación de la ciudadanía, así como de la regulación que al respecto hacen otras Comunidades Autónomas.

El art. 12.1 del inicial proyecto de Decreto decía que el procedimiento de establecimiento de un concierto social se iniciará “de oficio” por el órgano competente, mediante resolución motivada en la que se acredite la necesidad de



provisión del servicio objeto del concierto y la existencia de crédito presupuestario para ello. Ya llamaba la atención que se estableciera que el procedimiento se iniciaba de oficio, por cuanto en las normativas reguladoras del concierto social en otras CCAA el procedimiento se inicia a instancia de parte. Así, el 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 en las Islas Baleares (al igual que antes hiciera el Decreto 18/2015, de 10 de abril de 2015), establece que las entidades interesadas pueden presentar sus solicitudes en el plazo establecido en la convocatoria, y que la Consejera de Servicios Sociales y Cooperación tiene que resolver en el plazo de tres meses “a contar a partir del día siguiente de la entrada de la solicitud en el órgano competente”, entendiéndose que si la Administración no contesta ha de entenderse aquella desestimada.

Pues bien, debido al cambio de planteamiento respecto de la naturaleza jurídica del concierto social habido durante la tramitación del Decreto andaluz, el art. 12 del Decreto 41/2018 estipula que el procedimiento se iniciará de oficio por el órgano competente que, de acuerdo con la LCSP (arts. 116-120), tramitará el preceptivo expediente de contratación en el que se acreditará la necesidad del concierto y se incorporarán a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, el certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público, el documento equivalente que acredite la existencia de crédito, así como la fiscalización previa de la intervención en los casos en los que ésta sea preceptiva.

De acuerdo con el art. 116.4 LCSP en el expediente se justificará adecuadamente los siguientes extremos:

- a) La elección del procedimiento de licitación.*
- b) La clasificación que se exija a los participantes.*
- c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.*
- d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.*
- e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.*
- f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.*
- g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.”*

Una vez el expediente de contratación, así como el gasto correspondiente, sea aprobado, se procederá por el órgano competente a dictar la resolución de convocatoria a la que se acompañarán los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y la copia del documento mediante el cual se formalizará el concierto.

### 3.2 Convocatoria

El artículo 13 del Decreto 41/2018 regula la publicidad de la convocatoria, donde destaca, en línea con la regulación de la LCSP, la publicación del anuncio de licitación para la adjudicación de los contratos en el Perfil del Contratante del órgano convocante y en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA), cuando el órgano convocante sea la Administración de la Junta de Andalucía o alguno de sus entes instrumentales, o en el caso de los contratos promovidos por las Entidades locales, en el Boletín Oficial de la Provincia (BOP) respectiva<sup>94</sup>.

El apartado segundo del art. 13 incluye una previsión a la publicidad del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada, por superar los umbrales establecidos los artículos 20.1 y 22.1.c) LCSP, los cuales hay que señalar que fueron objeto de modificación incluso antes de la entrada en vigor de la Ley, por la Orden HFP/1298/2017, de 26 diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a partir del 1 de enero de 2018<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup>. En el proyecto de Decreto publicado inicialmente, tal y como venimos poniendo de manifiesto, evidentemente no se hablaba de ofertas, ni de entidad licitadora, ni de la publicidad de la convocatoria en el perfil de contratante, ni de prohibiciones para contratar, etc., etc. El procedimiento que regulaban los arts. 12 a 21 del proyecto de Decreto y que debía seguir la Administración, ciertamente, lo que presentaba eran bastantes semejanzas con las bases reguladoras de las subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, por lo que hacía a la convocatoria, la selección de la entidad y al establecimiento y formalización del concierto.

<sup>95</sup>. De acuerdo con las cuantías establecidas en los Reglamentos Delegados (UE) 2017/2365 y 2017/2366 de la Comisión, de 28 de diciembre de 2017, por los que se modifican las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, la Orden HFP/1298/2017, de 26 diciembre, publica los siguientes límites para los contratos a partir del día 1 de enero de 2018:

- De obras: 5.548.000 €.
- De suministros: 144.000 €/221.000 €.
- De servicios: 144.000 €/221.000 €.
- De servicios sociales y del Anexo IV: 750.000 €.
- De concesión de obras: 5.548.000 €.
- De concesión de servicios: 5.548.000 €.
- Subvencionados: obras-5.548.000 €/servicios:-221.000 €.

La presentación de las ofertas, y demás documentación complementaria, se hará en el plazo, forma y lugar que se indique en la convocatoria de licitación; precisando el art. 14 del Decreto 41/2018 que la entidad licitadora se obliga a mantener su propuesta hasta la completa finalización del procedimiento. Siempre que la convocatoria de licitación así lo prevea, la entidad licitadora podrá presentar una declaración responsable sobre la aptitud para contratar.

### 3.3 Prioridades y criterios de selección

Para la adjudicación del concierto social, el art. 15.1 del Decreto 41/2018 declara que se dará prioridad a las entidades de la iniciativa social, siempre que las ofertas por ellas presentadas “tengan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social”. Dentro del concepto de entidades de la iniciativa social el Decreto especifica que entiende incluidas a las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro. En el caso de que no hubiera ninguna de tales entidades, se dará preferencia, por el siguiente orden, a: las entidades de la economía social, las cooperativas y las pequeñas y medianas empresas.

En análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, y en ausencia de las anteriores, las Administraciones públicas podrán contratar con el resto de entidades privadas con ánimo de lucro.

Es el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares donde se contendrán los principios y prioridades, en función del objeto del concierto social, para su adjudicación. Entre los criterios a tener en cuenta destacan los siguientes:

- La continuidad de las personas usuarias atendidas.
- La elección de la persona usuaria en los casos en que proceda.
- El arraigo de la persona en el entorno de atención social.
- La vinculación afectiva o terapéutica.
- La atención personalizada, integral e interdisciplinar.
- La experiencia y trayectoria acreditada.
- La calidad en el servicio.
- Así como otros criterios que, en su caso, se hayan establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

### 3.4 La Comisión de Valoración

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 41/2018, el órgano competente para la adjudicación del concierto social designará en la convocatoria de licitación una Comisión de Valoración, que será la encargada de valorar las ofertas presentadas.

Este órgano estará compuesto por *“personas, sin vínculos ni relación mercantil con las entidades licitadoras, con conocimientos y experiencia en la materia, designadas por el órgano competente para la adjudicación del concierto social, debiendo tener, al menos, las personas designadas para la Presidencia y Secretaría de la misma, la condición de personal funcionario. Entre sus miembros deberá figurar un representante del órgano encargado del asesoramiento jurídico de la Administración o entidad concertante y un representante de la respectiva Intervención.”*

Merece un comentario positivo el hecho de que el Decreto 41/2018 haya incluido entre los miembros de la Comisión de Valoración a un representante del órgano encargado del asesoramiento jurídico de la entidad concertante y de la respectiva Intervención, los cuales no aparecían en el proyecto inicial de Decreto.

Por otra parte, al margen de que se concrete que las personas titulares de la Presidencia y la Secretaría han de ser personal funcionario, no se especifica respecto del resto de los miembros, vocales, participantes en dicha Comisión, cuál haya de ser su vinculación con la Administración o entidad concertante. Se exige que no tengan vínculos ni relación mercantil con las entidades licitadoras y que tengan conocimientos y experiencia en la materia, sin concretar qué periodo mínimo se exige acreditar como experiencia. A la vista de esta redacción, entendemos que podrá ser nombrado como vocal de la Comisión de Valoración personal laboral de la Administración pública o de sus entes instrumentales o, incluso, ¿se está pensando en la inclusión de representantes del tercer sector en esta Comisión? Esta segunda hipótesis sería, *a priori*, más inquietante, porque se estaría favoreciendo que se fuera a la vez juez y parte. Posiblemente, de ahí traiga causa que el Decreto haya especificado que la persona nombrada miembro de la Comisión no puede tener vínculos ni relación mercantil con las entidades licitadoras. Por consiguiente, si lo tuviera, sería un motivo de abstención y recusación, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Entre las funciones de la Comisión de Valoración, el art. 17.3, 4 y 5 del Decreto 41/2018 le atribuye las de: valorar las ofertas; valorar las solicitudes admitidas de acuerdo con los criterios de preferencia y criterios específicos de valoración; examinar las alegaciones que se presenten a la relación de entidades admitidas y excluidas; y elevar al órgano convocante la propuesta de resolución de adjudicación del concierto social.

El régimen de funcionamiento de esta Comisión será el previsto para los órganos colegiados en el Capítulo II del Título Preliminar de la LRJSP y en la Sección 1ª del Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

El art. 17.1 del Decreto 41/2018 dispone que el análisis y la admisión de las ofertas se realizará por el órgano competente para la adjudicación del concierto que, en el caso de que observare defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, habrá de comunicarlo a las personas interesadas de acuerdo con lo previsto en la normativa de contratación pública, otorgando un plazo no superior a cinco días hábiles para la subsanación.

Pues bien, estando atribuida la tarea del análisis y admisión de ofertas al órgano competente para la adjudicación del contrato, así como la tramitación, en su caso, del requerimiento de subsanación de defectos u omisiones, a continuación, el apartado segundo de este mismo precepto atribuye a la Comisión de Valoración la potestad de requerir a las entidades la aportación de documentación aclaratoria o complementaria, por un nuevo plazo no superior a cinco días hábiles. Todo apunta a que el art. 17.2 contiene un *lapsus* o error, puesto que, de acuerdo con la redacción del art. 17.1 y 2, debiera ser el órgano competente para la adjudicación el que formulase igualmente ese segundo requerimiento de documentación. Es más, el apartado tercero del art. 17 alude a que, cumplidos los trámites indicados en los apartados 1 y 2, “el órgano competente” para la adjudicación del concierto elaborará una relación de entidades admitidas y excluidas con expresa mención de las causas de inadmisión, que será publicada en el Perfil del Contratante del órgano competente para la formalización del concierto. Una interpretación lógica y sistemática de los apartados 1, 2 y 3 del art. 17 nos lleva a la conclusión expuesta.

### 3.5 Adjudicación y formalización

Antes de la adjudicación del contrato, el art. 18 del Decreto 41/2018 dispone que el órgano competente para la misma requerirá a la entidad seleccionada para que presente en el plazo de quince días hábiles la documentación acreditativa de estar al corriente en sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y, en el caso de que así se prevea en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la constitución de la garantía definitiva y del seguro de responsabilidad civil.

Se configura como una potestad discrecional atribuida al órgano competente la de exigir a las entidades prestadoras de servicios sociales que aporten certificados relativos al cumplimiento de las normas de garantía de la calidad en la prestación

del servicio (por ejemplo, un certificado de calidad conforme a las Normas ISO u otros modelos equivalentes<sup>96</sup>).

En el supuesto de que el licitador no satisfaga adecuadamente y en plazo el requerimiento formulado, se entenderá que retira su oferta, procediendo el órgano competente para la adjudicación a recabar la misma documentación a la entidad licitadora siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

El artículo 19 del Decreto 41/2018 dispone que el órgano competente para la adjudicación del concierto social procederá a dictar una resolución, motivada, de acuerdo con la regulación contenida en el art. 88 LPACAP.

El contenido mínimo de esta resolución incluirá: un listado con las solicitudes admitidas y excluidas, con sucinta referencia a las causas de exclusión; la entidad seleccionada, así como los motivos determinantes para su selección y el resultado de la baremación; y los recursos que contra dicha resolución procedan, el órgano ante el que han de dirigirse y el plazo de interposición conforme a la normativa vigente.

<sup>96</sup>. Recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 2/2017, de 13 de enero de 2017, que :

*"(...) según hemos tenido ocasión de señalar en diversas ocasiones (cfr: Resoluciones 510/2016, 100/2016 y 989/2015, entre otras), los certificados de aseguramiento de calidad a los que se refiere el artículo 80 TRLCSP son un modo de acreditar la solvencia técnica y, por lo tanto, han de servir al propósito de evidenciar la aptitud para ejecutar el contrato en cuestión.*

*También hemos dicho (cfr: Resolución 782/2014) que la posibilidad de exigir la acreditación del cumplimiento de estas normas tiene su base en los artículos 76 y siguientes TRLCSP, que son los que delimitan los modos de acreditar la solvencia técnica o profesional, más que en el propio artículo 80 TRLCSP, que se limita a aclarar qué características deben tener los certificados cuya aportación se solicite.*

*De lo anterior se sigue que, efectivamente, la exigencia de los mencionados certificados, ha de respetar los términos indicados en el artículo 62.2 TRLCSP para los requisitos de solvencia, esto es, se especificarán en el pliego del contrato, estarán vinculados a su objeto y serán proporcionales al mismo (cfr: Resoluciones 924/2015, 261/2015 y 782/2014, entre otras), además de no producir un resultado discriminatorio, extremos todos ellos que vienen a constituir el límite de una decisión –la de requerir la presentación de certificados- que, en sí misma, es discrecional (cfr: Resolución 604/2015).*

*En cualquier caso, y como resulta del artículo 80.2 TRLCSP, los órganos de contratación deberán reconocer los certificados equivalentes expedidos en otros Estados miembros y, además, aceptar otras pruebas de medidas equivalentes de la garantía de la calidad que presenten los interesados. Por esta razón, hemos declarado contrarios a Derecho cláusulas de pliegos que exigían la aportación de un certificado determinado sin admitir otros equivalentes (cfr: Resoluciones 113/2014 y 65/2015, confirmada ésta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2016 –Roj SAN 4222/2016-).*

*(..) De igual modo, no cabe apreciar -y ninguna prueba se ha proporcionado al respecto-, que la exigencia del certificado sea desproporcionada o discriminatoria, máxime cuando el propio Pliego admite que pueda ser sustituido por otros relativos a normas equivalentes. Además, y pese al silencio que aquél guarda al respecto, debemos recordar que, con arreglo al artículo 80.2 TRLCSP, cualquier operador podrá servirse de medios de prueba alternativos que acrediten el mismo nivel de garantía de calidad que el que resulta del cumplimiento de la norma OHSAS 18001 (cfr: Resolución 782/2014)".*

*De acuerdo con la doctrina expuesta, el hecho de que no se permita que se sustituya los certificados exigidos por otros equivalentes supone una vulneración de la normativa contractual, por lo que no resulta ajustada a derecho la cláusula impugnada en este extremo."*

El plazo para emitir y notificar esta resolución será de tres meses, a contar desde la finalización del plazo de presentación de las solicitudes de participación.

El artículo 20 del Decreto dispone que la resolución de adjudicación del concierto social será notificada a todas las entidades que hayan concurrido en la convocatoria de licitación y simultáneamente publicada en el Perfil del Contratante del órgano de concertación.

En el plazo de quince días hábiles desde la notificación de la adjudicación se procederá a la formalización del concierto social. Según consta en el art. 21 del Decreto 41/2018, el contrato se formalizará en documento administrativo y en él se harán constar, además de las previsiones contenidas en el artículo 107.1 LSSA, los derechos y obligaciones recíprocas, así como las características del servicio a contratar.

La formalización del concierto social se publicará en el Perfil del Contratante del órgano convocante y en el BOJA, el BOP correspondiente o, en su caso, en el DOUE.

En desarrollo de la previsión del art. 107.2 LSSA, el apartado tercero del art. 21 del Decreto 41/2018 contempla el supuesto de que se suscriba un único contrato para la reserva y ocupación de plazas en varios centros o para la gestión integral de una pluralidad de prestaciones o servicios con una misma entidad titular, añadiendo que “deben quedar establecidas en la convocatoria del procedimiento las condiciones específicas de prestación del servicio conjunto, de acuerdo con las singularidades de las prestaciones o servicios a concertar, siempre que estén perfectamente delimitados y que se cumplan los requisitos específicos exigibles a cada centro o para cada servicio.”

#### 4. EJECUCIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL

##### 4.1 Efectos. Obligaciones de las partes

###### 4.1.1 *Obligaciones de la entidad concertada*

Como desarrollo del art. 104 LSSA, los arts. 22 y 23 del Decreto 41/2018 regulan de forma exhaustiva las obligaciones de las partes. El art. 22 establece que la entidad concertada estará obligada a proveer el servicio en las condiciones establecidas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía y, añade el Decreto, “en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas”. De acuerdo con la naturaleza de la actividad, la entidad concertada deberá cumplir con las obligaciones descritas en las “veinticuatro letras” contenidas en el apartado segundo del art. 22.

Muchas de estas obligaciones son mera reiteración del cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud laboral, fiscal, de integración social de personas con discapacidad, de igualdad de género, de prevención de riesgos laborales, en materia de defensa y protección de derechos de las personas consumidoras y usuarias y de protección del medio ambiente, de protección de la infancia y la adolescencia y de protección de datos de carácter personal<sup>97</sup>. En cambio, otras sí aluden, en puridad, a obligaciones específicas, tales como: proporcionar a las personas usuarias una atención adecuada, interprofesional, integral, personalizada y continuada, adaptada a sus necesidades específicas de apoyo y a las necesidades multidimensionales; dar a conocer a las personas usuarias y a la entidad pública concertante el coste repercutido de las prestaciones complementarias que, por tener carácter optativo, no queda incluido en el coste del servicio; mantener la vigencia de la debida autorización de funcionamiento y, en su caso, acreditación; o contar con un protocolo de detección y atención de violencia de género, ofreciendo información de su existencia y contenido a las personas usuarias y personal de la entidad.

El incumplimiento de tales obligaciones podrá dar lugar a las penalidades que se establezcan en la correspondiente convocatoria de licitación.

#### *4.1.2 Obligaciones de la entidad pública concertante*

El artículo 23 del Decreto 41/2018 regula cuáles son las obligaciones de la entidad pública concertante. En el caso de que la entidad pública sea la Administración de la Junta de Andalucía o sus entes instrumentales, éstas abonarán el importe del concierto en la forma prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, sujetándose por lo que respecta a los tiempos de pago de determinadas obligaciones a lo establecido en el Decreto 5/2017, de 16 de enero. Las demás entidades públicas, esto es, las locales, estarán obligadas al abono del importe del concierto social en la forma y en el plazo previsto en la normativa que les sea de aplicación.

La entidad pública concertante deberá comunicar de manera fehaciente a la entidad concertada cualquier circunstancia sobrevenida que afecte de manera relevante

---

<sup>97</sup>. Téngase en cuenta la entrada en vigor el 4 de mayo de 2016 del Reglamento de Protección de Datos (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, aplicable directamente en todos los países de la Unión Europea desde el 25 de mayo de 2018.



al concierto social suscrito y pudiera suponer su modificación, renovación o resolución.

Por su parte, el art. 30 del Decreto 41/2018, dedicado al control de los servicios concertados, establece como obligación de las entidades concertantes el realizar el control y auditoría de los servicios, centros y entidades concertadas en orden a comprobar la adecuada ejecución del concierto y, en particular, la adecuación y suficiencia de los medios empleados, sin perjuicio de las competencias de inspección en materia de servicios sociales de la Administración de la Junta de Andalucía. Asimismo, la entidad concertante deberá justificar anualmente las cantidades abonadas mediante la aportación de un informe de auditoría financiera y de cumplimiento de las cuentas de las entidades o del servicio del año anterior, así como de un informe de auditoría externa relativa a la aplicación de los fondos percibidos por parte de la entidad en concepto de abono del concierto social.

#### *4.1.3 Obligaciones de las personas usuarias*

El Decreto también incluye un artículo, el 24, que contempla determinadas obligaciones de las personas usuarias de los servicios concertados. Además de las obligaciones previstas en el artículo 12 LSSA, deberán participar en el coste de los servicios en los casos establecidos y, para garantizarlo, habrán de comunicar a su entidad bancaria la obligación de efectuar el abono de la aportación con carácter mensual, debiendo aportar el justificante de dicha comunicación a la entidad concertante.

#### **4.2 Modificaciones del concierto social**

El art. 106.1 LSSA alude a la posibilidad de que el concierto social pueda sufrir modificaciones. En desarrollo de esta previsión, y adaptada a la naturaleza contractual que el Decreto 41/2018 le ha dado a esta figura, el art. 27 del mismo dispone que, una vez formalizado el contrato, podrán introducirse modificaciones “únicamente por razones de interés público, debidamente justificadas”.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 204.1.a) y b) LCSP, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán concretar tanto los supuestos de modificación, como el porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueda afectar. Los pliegos podrán prever que durante la vigencia del contrato éste pueda modificarse hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial.

Las modificaciones que estén previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, formuladas de forma “clara, precisa e inequívoca”<sup>98</sup>, serán en todo caso obligatorias para la entidad concertada, “siempre que sean indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias” y que no alteren la naturaleza global del contrato. Según establece el art. 204.3 LCSP se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato; mientras que no se entenderá que se altera aquella cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.

Por su parte, en los supuestos en los que las modificaciones no estén previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, habrá que acudir a lo dispuesto en los artículos 205 y 206 LCSP. El órgano de contratación podrá acordar estas modificaciones siempre que encuentren justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo del art. 205 LCSP y que se limiten a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Estas modificaciones serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato (IVA

<sup>98</sup>. En el FJ III del dictamen del CCoA núm. 387/2018, de 23 de mayo (número marginal: II.363), en el que se analiza una modificación con causa en necesidades nuevas de un contrato de suministro del Servicio Andaluz de Salud, el CCoA recuerda la importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la evolución en la actual disciplina de las modificaciones de los contratos del sector público. Esta jurisprudencia “ha venido exigiendo que las llamadas modificaciones “previstas” lo sean de forma clara, precisa e inequívoca; evolución que ha llevado al legislador comunitario a regular las modificaciones de contratos, en las Directivas de la cuarta generación, una materia soslayada en anteriores Directivas.

*La jurisprudencia aludida ha sido especialmente exigente en esta materia para preservar el principio de igualdad de trato de los licitadores, la transparencia y los principios de buena administración en este ámbito. “Este principio de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora” e implica que “todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones” [sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, apartado 111 y en el mismo sentido, a la que se remite, entre otras, la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 19 de marzo de 2010].*

*En este orden de ideas, conviene retener que la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, condiciona las llamadas modificaciones previstas (las contempladas en los pliegos iniciales de la contratación), que dispensan de iniciar un nuevo procedimiento de contratación, a que se plasmen en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas; cláusulas que han de determinar el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse, sin que tales modificaciones puedan alterar la naturaleza global del contrato [art. 72.1.a)].”*

excluido), ya que si superase dicho porcentaje requeriría la conformidad por escrito del contratista, dando lugar a la resolución del contrato de no tenerla<sup>99</sup>.

El art. 191.3 LCSP dispone que en el caso de que las modificaciones del contrato no estuvieran previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato (IVA excluido) y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la CA respectiva. En el caso de Andalucía, el art. 17.10.d) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía declara que este órgano ha de ser consultado preceptivamente en los expedientes tramitados por la Administración de la CA relativos a la “[I]nterpretación, modificación, resolución y nulidad de concesiones y contratos administrativos, cuando el precio del contrato sea superior a 600.000 euros para la interpretación y resolución, o que la cuantía de aquella exceda del 20 por 100 del precio del contrato para la modificación, así como de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales.”

El apartado segundo del art. 27 del Decreto 41/2018 regula sucintamente el procedimiento a seguir para realizar los modificados, por lo que habrá que completar la tramitación del procedimiento acudiendo a lo dispuesto en la LCSP. Dice el art. 27 que el inicio del procedimiento será siempre de oficio, bien por propia iniciativa de la entidad concertante, o bien a instancia de la entidad concertada. Como trámite preceptivo se indica el de audiencia a la entidad concertada, que tendrá lugar en la forma que se hubiese especificado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de modificación será de tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación.

---

<sup>99</sup> El CCoA en su dictamen 0386/2018, de 23 de mayo de 2018 (núm. marginal: II.362), analiza una propuesta de modificación de unos contratos de gestión de servicio público, en su modalidad de concierto, con causa en el interés público. El dictamen de este órgano era preceptivo a tenor del artículo 17.10.d) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, al suponer la modificación una variación de más del 20% respecto del precio de adjudicación del contrato y por remisión del art. 108 del TRLCSP. En este caso el CCoA dictaminó desfavorablemente en los quince contratos referidos en el FJ III la propuesta de resolución del expediente tramitado por la Consejería de Salud, sobre modificación de las contrataciones derivadas de los Acuerdos Marco que establecen las condiciones a las que habrán de ajustarse los contratos de gestión de servicio público, modalidad concierto, del Servicio de Atención Temprana en Andalucía, dictaminándose favorablemente en el resto de contrataciones incluidas en el expediente de modificación. La razón fue que: “Para alterar el precio de estos contratos -y de todos los que estuvieran en esta misma situación- no es admisible el procedimiento de modificación contractual, sino una nueva licitación para someter a publicidad y concurrencia la prestación de un servicio público en unas condiciones manifiestamente más beneficiosas que las que fueron objeto de la primera licitación, al no tener cabida en los supuestos modificatorios contemplados en el Pliego.”

### 4.3 Duración y control

De acuerdo con el artículo 106.1 LSSA, los conciertos sociales se establecerán sobre una base plurianual, con el fin de garantizar la estabilidad en su provisión.

Es el art. 28.2 del Decreto 41/2018 el que concreta que la duración del concierto social se fijará atendiendo a la naturaleza de las prestaciones y las características de su financiación y con el límite máximo de duración de ocho años<sup>100</sup>, sumando el periodo inicial y las sucesivas renovaciones, en su caso.

Una vez terminada la duración del contrato, las entidades concertadas pueden volver a participar en las sucesivas licitaciones de conciertos sociales del mismo servicio o prestación.

Asimismo, cuando finaliza el contrato, la entidad pública concertante deberá garantizar que los derechos de las personas usuarias del servicio concertado no se vean perjudicados; es por ello que el apartado 4 del citado art. 28 dispone que cuando al vencimiento del concierto no se hubiera formalizado uno nuevo que garantice la continuidad de la prestación a realizar por la entidad concertada "como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimiento imprevisibles para el órgano concertante producidas en el procedimiento de adjudicación" y "existan razones de interés público para no interrumpir la prestación", se podrá prorrogar el concierto originario, hasta que comience la ejecución del nuevo. Si se dieran tales circunstancias, el periodo máximo de tal prórroga será de nueve meses. Asimismo, se requiere para proceder a dicha prórroga que la convocatoria del nuevo concierto haya sido publicada con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del concierto originario.

Con respecto a la renovación del concierto social, el art. 106.2 LSSA hace una mera remisión a lo que se disponga reglamentariamente. Hay que acudir, pues, a lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 41/2018, que dice que el procedimiento para la renovación del concierto social puede iniciarse tanto de oficio por la entidad pública como a instancia de parte. En ambos casos, la entidad concertada deberá presentar una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos y criterios que determinaron la formalización del mismo, acreditada documentalmente.

---

<sup>100</sup> El tema de la duración, renovación y prórrogas del concierto social se regulaba en los arts. 29 a 31 del proyecto de Decreto inicialmente publicado, que establecía que la duración máxima total del mismo era de seis años, que finalmente ha pasado a ser de ocho en el Decreto 41/2018.

Si alguna de las partes no estimara oportuna la renovación del concierto social para un determinado servicio, deberá comunicarlo con una antelación mínima de seis meses a su finalización. De no hacerlo, el concierto se mantendrá en sus mismos términos.

En el caso de que alguna de las partes no considerase conveniente renovar el concierto social, la entidad pública concertante acordará de oficio la prórroga del concierto social hasta la entrada en el servicio efectivo de una nueva entidad, por un plazo no superior a nueve meses, de manera que no se perjudique a las personas usuarias.

#### 4.4 Extinción y suspensión

En cuanto a la extinción de los conciertos sociales, el art. 106.3 LSSA no establece causas, únicamente contempla la previsión de que una vez concluida la vigencia del concierto social, cualquiera que fuera su causa, el órgano competente garantizará que los derechos de las personas usuarias de las prestaciones concertadas no se vean perjudicados por su finalización.

Es el artículo 31 del Decreto 41/2018 el que determina las causas de extinción de los conciertos sociales que, en concreto, son: por su cumplimiento, una vez finalizado su período de vigencia; y por resolución.

Serán causas de resolución, además de las previstas en la legislación de contratos del sector público (art. 211 LCSP), las siguientes:

- La imposición de la sanción de suspensión de la actividad, de un centro, servicio, programa o prestación, con motivo de infracción muy grave en materia de servicios sociales y de atención a la dependencia.
- El cambio de titularidad o en la gestión del centro, servicio, programa o prestación, sin la previa autorización de la entidad pública concertante.
- La pérdida de la debida autorización de funcionamiento y acreditación, en su caso.
- La modificación del concierto social que implique un incremento del importe, en el porcentaje que determine el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
- El mutuo acuerdo entre la entidad pública concertante y la entidad concertada, manifestado con la antelación suficiente que permita garantizar la continuidad del servicio, de los estándares o parámetros de calidad exigibles en el concierto social, así como de los objetivos asistenciales que correspondan en cada caso.

- El incumplimiento de las obligaciones calificadas como esenciales en el correspondiente concierto social siempre que dicho incumplimiento sea imputable a la entidad concertada.
- El incumplimiento grave de la legislación fiscal, laboral, de seguridad social o de integración de personas con discapacidad, de prevención de riesgos laborales; o de la legislación en materia de igualdad o de la normativa en materia de protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias.
- El incumplimiento grave de las normas de carácter obligatorio a las que han de sujetarse los centros y actividades asistenciales y las obligaciones en materia de seguridad e instalaciones.
- La suspensión de la ejecución del servicio sin autorización expresa de la entidad pública concertante, salvo que tuviera como finalidad evitar daños a las personas, al centro donde se preste el servicio o a otros bienes, o a una orden de la autoridad administrativa o judicial competente.
- La falta continuada de demanda de un servicio o la desaparición de las necesidades que, en su momento, justificaron el concierto social para la prestación del servicio.
- La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos.
- El incumplimiento de las limitaciones en materia de subcontratación que se establezcan en la convocatoria de licitación.
- El incumplimiento del deber de confidencialidad.
- El hecho de peligrar la viabilidad económica del titular del concierto social, constatado por los informes de auditoría presentados anualmente.
- La negativa a atender a las personas usuarias derivadas por la entidad pública competente.
- Las establecidas expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en el documento administrativo de formalización del contrato.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 41/2018, el procedimiento de resolución del concierto social se iniciará siempre de oficio, bien por propia iniciativa de la entidad concertante o bien a instancia de la entidad concertada. En todo caso, es preceptivo el trámite de audiencia a la entidad concertada.

Aunque no se haya recogido, en el caso de que se formule oposición a la resolución por parte de la entidad concertada, habrá de entenderse que será preceptivo el dictamen del CCoA<sup>101</sup>, según dispone el art. 191.3.d) LCSP.

Asimismo, de acuerdo con el art. 17.10.d) de la Ley 4/2005, el CCoA ha de ser consultado preceptivamente en los expedientes de resolución de concesiones y contratos administrativos cuando el precio del contrato sea superior a 600.000 euros.

El órgano competente para dictar la resolución del concierto será el órgano que tenga atribuida la competencia para su adjudicación.

La resolución que se dicte deberá estar motivada y, como mínimo, deberá contener: la causa o causas que originan la extinción del concierto social; las medidas a adoptar por la entidad pública concertante para garantizar que los derechos de las personas usuarias del servicio concertado no se vean perjudicados, pudiendo acordarse la prórroga del concierto social hasta la prestación efectiva del servicio por una nueva entidad, que no podrá ser superior a nueve meses; y el pie de recurso.

Llama la atención que el apartado 4 del art. 32 del Decreto 41/2018 dispone que el plazo para emitir y notificar esta resolución será de tres meses, a contar desde la notificación del acuerdo de iniciación, cuando el apartado 8 del art. 212 LCSP contempla un plazo máximo de ocho meses. El acortamiento del plazo para dictar la resolución es una previsión positiva pero, eso sí, siempre que vaya acompañada de la necesaria dosis de realismo, porque si no es así se convierte en un plazo más que será incumplido sistemáticamente por la Administración, práctica ésta frontalmente contraria al principio y derecho fundamental a la buena administración que consagra el art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup>. Por ejemplo, en el expediente que analiza el dictamen del CCoA núm. 0364/2018, de 16 de mayo de 2018 (núm. marginal: II.340), hubo oposición del contratista a la resolución del contrato por parte de la Delegación Territorial de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales en Cádiz; con base en el art. 17.10.d) de la Ley del CCoA y el art. 211.3.a) TRLCSP (que era el aplicable), el CCoA dictaminó favorablemente la resolución del contrato de servicio de asistencia dental por incumplimiento del contratista (abandono del servicio).

<sup>102</sup>. Aunque el derecho a la buena administración no se reconoce expresamente en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución española, RODRÍGUEZ-ARANA mantiene y fundamenta que “puede considerarse una derivación lógica de la tarea de servicio objetivo que debe caracterizar a la actuación de las Administraciones Públicas”, vid. *El Ciudadano y el Poder Público: El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012, pág. 117. Por otra parte, este autor pone de relieve no sólo la dimensión como derecho fundamental de la buena administración, sino como principio, derivado del principio de racionalidad y objetividad de conformidad con el cual debe conducirse la Administración en sus relaciones internas y con los ciudadanos, pasando “de la subjetividad a la objetividad como paradigma o canon general de funcionamiento de los poderes públicos”, vid. “La reflexión en la enseñanza del Derecho Administrativo (Especial referencia a los principios generales)”, en *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, ob. coord. por Francisco LÓPEZ MENUDO, Iustel, Madrid, 2011, págs. 1388-1390.

En cuanto a los efectos que derivan de la extinción del concierto social el art. 33.1 del Decreto 41/2018 preceptúa que deberá garantizarse en todo caso la continuidad de la prestación o servicio a las personas usuarias. A continuación, el apartado segundo de este artículo dispone que la extinción de la personalidad jurídica de la entidad concertada produce la extinción del concierto social, salvo en los supuestos de cesión del contrato debidamente autorizados. A nuestro juicio, hubiera sido más correcto ubicar esta previsión como una causa más de extinción junto a las citadas en el apartado 2 del art. 31.

Sí regulan verdaderos efectos derivados de la resolución del contrato las previsiones contenidas en los apartados 3, 4 y 5 del art. 31, relativas a que la resolución por la que se acuerde la extinción del concierto social: nunca dará derecho a indemnización; no puede producir la consolidación de la relación laboral o profesional de las personas que hayan realizado los trabajos como personal de la entidad pública concertante; y, en caso de declaración de concurso, y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la entidad pública podrá continuar el concierto social.

Por último, en cuanto a la suspensión del concierto social, el art. 31.3 del Decreto dispone que cuando a raíz de la tramitación de un procedimiento sancionador en materia de servicios sociales y de atención a la dependencia se hayan acordado medidas cautelares y provisionales consistentes en el cierre o suspensión, total o parcial, de un centro, servicio, programa o prestación, ello supondrá la suspensión del concierto social durante la vigencia de la referida medida cautelar o provisional.

## 5. ENTRADA EN VIGOR Y RÉGIMEN TRANSITORIO

De acuerdo con Disposición Final Segunda del Decreto 41/2018, éste entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, es decir, el 24 de febrero de 2018.

La Disposición Transitoria Primera prevé que los convenios o contratos vigentes a la fecha de 24 de febrero de 2018, mantendrán dicha vigencia hasta la entrada en el servicio efectivo de la entidad adjudicataria del concierto social que los sustituya. Mas, establece un tope máximo a esa situación transitoria de dos años. Por consiguiente, hasta el 24 de febrero de 2020, fecha que ha sido ampliada con posterioridad al 24 de noviembre de 2020<sup>103</sup>, en teoría podrán coexistir convenios, contratos de gestión de servicios públicos y de servicios y los conciertos sociales.

<sup>103</sup> Atendiendo al inminente vencimiento del plazo para la adaptación de los contratos y convenios existentes al régimen jurídico del concierto social, por Decreto 20/2020, de 10 de febrero (BOJA núm. 29, de 12 de febrero), se ha modificado la Disposición Transitoria Primera del Decreto 41/2018, ampliándose la fecha límite para la entrada en el servicio efectivo de la entidad adjudicataria del concierto social al 24 de noviembre de 2020.



Empero, hay que tener en cuenta que las Directivas 23/2014/UE y 24/2014/UE ya han sido transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 9/2017, desapareciendo en ellas el contrato de gestión de servicios públicos. Y recordemos igualmente que es el Estado el que tiene la competencia exclusiva para dictar la legislación básica en materia de contratación pública por lo que, ¿puede una Comunidad Autónoma establecer en una disposición transitoria de un reglamento una previsión que admita la prórroga y vigencia de una tipología de contrato administrativo inexistente de acuerdo con la normativa europea y estatal vigente en materia de contratación?

En suma, entendemos que es urgente poner fin a esta anómala situación de coexistencia de diferentes figuras contractuales que pueden ser utilizadas por la Administración para prestar los mismos servicios. De acuerdo con las citadas Directivas de 2014 y la nueva LCSP de 2017, el contrato administrativo de gestión de servicios públicos ha desaparecido, debiendo reconducirse las diferentes modalidades del mismo al contrato administrativo de servicios o al contrato administrativo de concesión de servicios.

La doctrina del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía viene siendo muy clara en este sentido. En el FJ 3º de su Resolución 160/2018, de 1 de junio, que resuelve el recurso 103/2018, planteado frente a los pliegos de una contratación que es calificada por el órgano de contratación como gestión de servicio público en su modalidad de concesión, recuerda el Tribunal lo siguiente:

*“La adecuada tipificación de este tipo de contratos como gestión de servicios públicos o como servicios es una cuestión que ya ha sido analizada por este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 83/2016, de 21 de febrero y 85/2017, de 2 de mayo también referidas al mismo contrato objeto del presente recurso, esto es, el servicio de ayuda a domicilio. En ellas, se hacía referencia a la jurisprudencia comunitaria que, a la luz de la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una concesión de servicios y un contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación del servicio (v.g. las sentencias del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, Asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, Asunto Privater). Y donde, además, ya se señalaba que las definiciones al respecto contenidas en la Directiva 23/2014/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión surtirían plenos efectos jurídicos al ser claras, precisas y no hallarse condicionadas.*

*De este modo, el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, ha de realizarse a la luz de la Directiva 23/2014/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de transposición a nuestro Ordenamiento jurídico ya ha vencido. Por tanto, estaremos ante una concesión*

*de servicios si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio público en el sentido que define el artículo 5 de la Directiva citada y si tal riesgo no se transfiere al contratista, el contrato deberá calificarse como contrato de servicios.*

*En este contrato, se pone de manifiesto que no se produce una efectiva transferencia del riesgo de la explotación al adjudicatario, pues existe una previsión de horas anuales, un precio máximo unitario por hora y un presupuesto estimado total, y aún cuando el número anual estimado de horas pueda fluctuar y suponga una cierta exposición a las incertidumbres de la demanda, este riesgo de variación de la demanda es mínimo.*

*Por tanto, dado que se trata de un contrato que tiene por objeto una de las actividades contempladas en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, no existe duda alguna acerca de su calificación como contrato de servicios y, por tanto, incluido dentro de los susceptibles de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 40.1 del TRLCSP, al ser su valor estimado superior a 221.000 euros."*

En cualquier caso, si en materia de servicios sociales, en el ejercicio de sus competencias estatutarias, el legislador andaluz ha optado por gestionar preferentemente la prestación de estos servicios a través de la figura del concierto social, pues debe de procurarse, por seguridad jurídica, que sea este instrumento el que se emplee. La cuestión fundamental está en determinar si la regulación que del concierto social ha hecho el Decreto 41/2018 tiene la necesaria cobertura jurídica en la LSSA o si, como hemos expuesto, carece de ella y, en consecuencia, para seguir adelante con la consideración del concierto social como un contrato administrativo especial se precisa, como "remedio de urgencia", acometer una modificación de la LSSA que conciba a esta figura como una forma de gestión indirecta de los servicios públicos, sujeta a la normativa de contratación pública, en cuyo caso, podría ser perfectamente calificado como contrato administrativo de servicios o de concesión de servicios.

Finalizamos, igual que empezamos esta obra, con una frase del Magistrado RUBIO LLORENTE, contenida en el magnífico artículo sobre el principio de legalidad que dedica a su compañero y amigo Ignacio DE OTTO, y que resume la esencia de lo que con este trabajo he querido poner de relieve. Dice así<sup>104</sup>:

*"(...) el principio de legalidad implica la sujeción plena de la Administración a la Ley tanto cuando realiza actos concretos como cuando, en ejercicio de la potestad reglamentaria, establece las normas a las que, en lo sucesivo ella misma habrá de ajustarse".*

<sup>104</sup> Vid. "El principio de legalidad", Revista Española de Derecho Constitucional núm. 39 (1993), pág. 14.

## CONCLUSIONES

La materia relativa a los servicios sociales fue asumida como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía en su Estatuto de Autonomía de 1981, siendo objeto de una mayor concreción en la reforma de 2007.

En la década de los noventa y hasta la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, los servicios sociales en esta Comunidad Autónoma han sido gestionados directamente por las diferentes Administraciones públicas andaluzas y en colaboración con los particulares, a través de la celebración de convenios.

Es a partir de la referida LCSP de 2007 cuando la Administración de la Junta de Andalucía empieza a acudir a la gestión indirecta como modo de prestación de los servicios sociales, a través de la figura del contrato de gestión de servicios públicos, en sus modalidades de concierto o de concesión. Durante unos años, mientras que la Administración iba adaptándose al cumplimiento de la normativa de contratación pública, los contratos de gestión de servicios públicos han coexistido con los convenios de colaboración con los particulares para la prestación de los mismos servicios.

Con la entrada en vigor de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE y la nueva LCSP de 2017 la figura del contrato de gestión de servicios públicos desaparece. No obstante, la prestación de los servicios sociales encaja en el objeto del contrato administrativo de servicios o en el nuevo contrato administrativo de concesión de servicios (cuando haya transferencia del riesgo empresarial). Como hemos expuesto al analizar la tramitación normativa de los proyectos de LSSA y de Decreto

regulador del concierto social, por esta interpretación se inclinaba el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en sus informes.

Tanto el Derecho de la Unión Europea como la LCSP de 2017 permiten que, con base en las singularidades de los servicios a las personas (servicios sociales, sanitarios, socio-sanitarios y educativos) y de las organizaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, aquéllos puedan quedar al margen de la normativa de contratación pública. Las Directivas sobre contratación pública facultan a cada Estado para que legisle al respecto, reconociendo o no la opción de que tales servicios puedan ser prestados a través de otro tipo de figuras, como pueden ser las subvenciones o los conciertos sociales, que potencian la colaboración entre la Administración pública y las entidades del Tercer Sector.

Consecuencia de la tardía transposición de las Directivas de 2014 por parte del legislador estatal y de la cierta ambigüedad del articulado relativo a la prestación de los servicios sociales en la nueva LCSP (art. 11, Disposiciones Adicionales 47<sup>a</sup> y 48<sup>a</sup> y Anexo IV), son en la actualidad doce CCAA (más Andalucía) las que han legislado sobre la figura del "concierto social" (o "acuerdos de acción concertada"), configurándola mayoritariamente al margen de la normativa de contratación pública. De forma nítida, en los casos de Aragón, Asturias, Navarra, Valencia, Extremadura y Canarias se afirma la naturaleza no contractual del concierto o de los acuerdos de acción concertada. Otros legisladores autonómicos, incluyendo el andaluz, han empleado en sus Leyes sobre Servicios Sociales una terminología más ambigua, mas aplicando una interpretación lógica y sistemática del conjunto de los preceptos de las mismas, se llega a la conclusión de que conciben al concierto social como un instrumento no contractual, distinto de la antigua modalidad contractual de concierto, actualmente desaparecida.

Desde nuestro punto de vista, no hay dudas de que el legislador andaluz elaboró la LSSA tomando como referencia el Derecho autonómico comparado vigente, que concebía la figura del concierto social como un *tertium genus*, distinto de la gestión directa y de la gestión indirecta. Esta tesis viene avalada por el análisis expuesto de la documentación que integra el expediente de tramitación normativa del proyecto de LSSA. Tanto el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en su informe como el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen advirtieron de la entrada en vigor de la nueva normativa sobre contratación pública y de que se debía ser "prudente" a la hora de configurar esta figura. No obstante, la LSSA fue aprobada en términos análogos al resto de las leyes autonómicas sobre servicios sociales que tomó como referencia, esto es, al margen de los contratos, como una nueva forma distinta y preferente de prestación de los servicios sociales en Andalucía, con carácter prioritario sobre la gestión indirecta sujeta a las reglas de la contratación pública.

La LSSA remitió el desarrollo del régimen jurídico del concierto social al futuro reglamento. Mientras que el proyecto inicial de Decreto regulador del concierto social se redactaba siguiendo la línea marcada por el legislador, a mitad de su tramitación, la entonces Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía opta por un planteamiento radicalmente distinto a la configuración inicial de esta figura, tipificándola como un contrato administrativo especial, ni siquiera como un contrato de servicios o de concesión de servicios, como apuntaba el Gabinete Jurídico en su informe al proyecto de Decreto.

El hecho descrito nos parece de suma gravedad. La Administración no puede enmendar vía Decreto la regulación de una figura de configuración legal. Un Estado de Derecho ha de asegurar la separación de poderes. El respeto a los principios de legalidad y de jerarquía normativa es la base de nuestro ordenamiento jurídico.

Por todo lo expuesto sólo caben dos soluciones: o se deroga el Decreto 41/2018 y se aprueba un nuevo reglamento que respete la literalidad y filosofía de la LSSA, retomando los términos en los estaba redactado inicialmente; o se reforma “urgentemente” la LSSA para que, aunque sea *a posteriori*, dé cobertura jurídica a la regulación contenida en el Decreto 41/2018, reconociendo la naturaleza contractual del concierto social. Siendo esta segunda opción una vía contraria a lo que es la secuencia lógico-jurídica del principio de legalidad, en la práctica paliaría las incoherencias y contradicciones existentes actualmente entre la LSSA y el reglamento que la desarrolla, proporcionando al sistema la tan ansiada y necesaria seguridad jurídica.



## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, ob. coord. por Francisco LÓPEZ MENUDO, Iustel, Madrid, 2011.

AAVV, *Observatorio de los Contratos Públicos. Las nuevas Directivas de la Contratación Pública (X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), Número monográfico Especial (2015)*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

AAVV, *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, ob. dir. por Jose María GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

AAVV, *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, ob. dir. por Jaime RODRÍGUEZ ARANA, INAP, Madrid, 2017.

AGUILAR HENDRICKSON, M., “Servicios sociales comparados: entre la beneficencia y la inversión social”, en *Los Estados del Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*, ob. dir. por Eloísa DEL PINO y María Josefa RUBIO LARA, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 2016, pág. 389.

ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999.

ARROYO GIL, A., “Otra vuelta de tuerca a la autonomía local. Breve comentario a las SSTC 41/2016, de 3 de marzo, y 111/2016, de 9 de junio”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, págs. 701-716.

AYMERICH CANO, C., "Los servicios sociales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local (LRSAL)", *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 88 (2014), págs. 333-365.

BERNAL BLAY, M. A., "No a las tasas en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública", en *Observatorio Contratación Pública*, de fecha 5 de marzo de 2014.

-y "La contratación de los servicios a las personas", en *Tratado de contratos del sector público*, ob. dir. por Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2791-2823.

COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., "Contratos públicos de larga duración y aseguramiento del riesgo político, una práctica cada vez más extendida", *Revista CEMCI* núm. 11 (2011), págs. 1-13. En línea: [http://www.cemci.org/revista/numero-11/pdf/articulo 2.pdf](http://www.cemci.org/revista/numero-11/pdf/articulo%202.pdf)

DE SOLAS RAFECA, J. M<sup>a</sup>, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990.

- y en ARIÑO ORTIZ y asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El Sistema Contractual Administrativo*, tomo I, Comares, Granada, 2002.

ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 4<sup>a</sup> edic., Marcial Pons, Madrid, 2014.

GALLEGO CÓRCOLES, I., "Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación", *El Consultor, Contratación Administrativa Práctica* número 152, Sección informe de jurisprudencia, noviembre-diciembre 2017, editorial Wolters Kluwer, La Ley 14739/2017, 10 págs.

- "El Derecho a la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual", en *Tratado de contratos del sector público*, ob. dir. por Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 73-162.

GARRIDO JUNCAL, A., "Análise da futura Lei de servizos sociais de Andalucía", *Administración & cidadanía: Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 10, núm. 2 (2015), págs. 93-108.

- "Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55 (2017), págs. 84-100.



GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup>, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato administrativo como herramienta de liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica* 7 (mayo 2017), págs. 45-67.

- y “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública”, página web del Observatorio Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.317/relcategoria.208/relmenu.3/chk.d2b802da721758ceee2d2c222c7dc305>.

LAGUNA DE PAZ, J. C., “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista española de Administración Pública* núm. 204 (2017), págs. 41-68.

LAZO VITORIA, X., “La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública”, página web del Observatorio Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/relcategoria.208/relmenu.3/chk.3a0dbd2183e053976d3b5e7acf2d0a37>

MELLADO RUÍZ, L., *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económico local?*, CEMCI, Granada, 2014.

- “El ámbito objetivo de la LCSP. Tipos contractuales y negocios y contratos excluidos”, en *Tratado de contratos del sector público*, ob. dir. por Eduardo GAMERO CASADO e Isabel GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 557-617.

MERINO ESTRADA, V., “La calidad como criterio para la determinación de las formas de gestión de los servicios públicos”, *Revista de Estudios Locales, Cunal*, núm. 87 (2005), págs. 28-33.

- “La elección de la forma de gestión de los Servicios Públicos locales”, *Revista de Estudios Locales, Cunal*, núm. Extra 1 (2007), págs. 115-124.

- “Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios Locales, Cunal*, núm. 146 (2012), págs. 11-25.

MESTRE DELGADO, J., "Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión", en *Tratado de derecho municipal*, tomo II, dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, 1988.

MORELL OCAÑA, L., "La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años", *Revista española de Administración Pública* núm. 150 (1999), págs. 379-411.

PALOMAR OLMEDA, A., y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (Directores), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. Adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 16 de diciembre, editorial LA LEY, 2018.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, M., y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Navarra, 2017.

- y "Los veinte puntos 'cardinales' de la nueva LCSP", en *Revista Aranzadi*, noviembre 2017, págs. 15-19.

REY RIVAS, J. A., "La competencia municipal en materia de servicios sociales cuatro años después de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la administración local. Especial referencia a la comunidad autónoma de Galicia", *Revista Digital CEMCI* (Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional), núm. 37 (enero a marzo de 2018), 17 págs.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., *El Ciudadano y el Poder Público: El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012.

ROMÁN MÁRQUEZ, A., "La gestión indirecta de los servicios públicos. Algunos mecanismos de racionalización y control", *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 89 (2014), págs. 111-152.

RUBIO LLORENTE, F., "El principio de legalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 39 (1993), págs. 9-42.

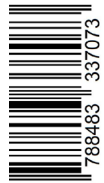
SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 7ª edic., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

TORTOSA CHULIÁ, M.ª A., GRANELL PÉREZ, R. y FUENMAYOR FERNÁNDEZ, A., "Nuevas vías de concertación social y sus efectos sobre las residencias de las personas mayores en la Comunidad Valenciana", en *Informes. Envejecimiento en red*, número 21 (octubre 2018), págs. 1-39.

TOSCANO GIL, F, “La nueva regulación de los convenios administrativos en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 45 (2017), 49 págs.

VILLALBA PÉREZ, F, “La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 74 (2009), págs. 49-100.





9 788483 337073