

XI Seminario de Contratación Pública

La contratación pública en la «nueva normalidad»

Directores Seminario:

José María Gimeno Feliú

José Antonio Moreno Molina



Contratación Pública y acción concertada: los servicios a las personas. Distintas visiones un mismo fin

Ximena Lazo Vitoria
Universidad de Alcalá

Balneario de Panticosa (Huesca), 14 a 16 Septiembre 2020

Evolución de la legislación autonómica

CCAA	U. M.
Canarias	2019
Islas Baleares	2018
Asturias	2019
Murcia	2016
Aragón	2016
Andalucía (*)	2016
Galicia	2016
Valencia	2017
Cataluña	2016
Navarra	2017
La Rioja	2018
Extremadura	2018

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA

✓ Ley 1/2020, de 3 febrero, del Tercer Sector social de Castilla- La Mancha

(DOCM 7.02.2020, entrada en vigor al mes de su publicación en DOCM)

- Prestación de servicios sociales por las entidades del Tercer Sector Social: concierto/contrato “según proceda”
- Modificación de la Ley de 14/2010 de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla – La Mancha
 - Gestión directa preferente
 - “no obstante, puede utilizar cualquiera de las fórmulas de gestión indirecta o colaboración previstas en el ordenamiento jurídico a través de entidades privadas de carácter social o mercantil”.

✓ Proyecto de Decreto de concierto social Castilla-La Mancha

- Trámite información pública [Información Pública](#)

Evolución de la legislación autonómica

Castilla y León

- ✓ Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen jurídico del concierto social en Castilla y León.
- Trámite información pública [Trámite 133 Ley 39 de 2015](#) y [Trámite información pública](#) (15/10/19)

País Vasco

- ✓ Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen de concierto social y los convenios en el sistema Vasco de Servicios Sociales.

Cataluña

Decreto 69/2020, de 14 de julio, de acreditación, concierto social y gestión delegada en la Red de Servicios Sociales de Atención Pública (DOGC 16.07.2020).

Rasgos destacados del modelo de concierto social

Primero:

En primer término, la legislación autonómica la ha identificado **como una vía no contractual, alternativa a la gestión directa (la prioritaria) y a la indirecta según LCSP** (contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a la ciudadanía y concesión de servicios, en el caso de que se pueda localizar un riesgo operacional y que pueda ser trasladado).

Segundo:

El concierto social/los acuerdos de acción concertada se refieren no a cualquier tipo de servicios sino que a lo que el legislador europeo denomina **servicios a las personas: servicios sociales, sanitarios, educativos, etc**

Evolución de la legislación autonómica

CCAA	U. M.	Tipos de servicios		
		Sociales	Sanitario	Socio-sanitarios
Euskadi	2013	X	X	
Islas Baleares	2018	X		
Asturias	2019	X		
Murcia	2016	X		
Aragón	2016	X	X	
Andalucía (*)	2016	X		
Galicia	2016	X		
Valencia	2017	X	X	
Cataluña	2016	X		
Navarra	2017	X	X	X
La Rioja	2018	X		
Extremadura	2018	X	X	X

Rasgos destacados del modelo de concierto social

Tercero:

El fundamento para abrir esta nueva vía se encuentra en:

- **Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:**
 - Abona vía no contractual
 - Para entidades sin ánimo de lucro
 - ✓ Sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-113/13) decisión prejudicial (Spezzino)
 - ✓ Sentencia TJUE de 28 de enero de 2016 (Asunto C-50/14) decisión prejudicial (Casta)

Rasgos destacados del modelo de concierto social

Directivas de contratación pública:

- “Los Estados miembros siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios (servicios a las personas: sociales, sanitarios, educativos., etc.) u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ej., mediante la simple financiación de estos servicios o el otorgamiento de licencias o autorizaciones a todos los operadores etc. que cumplan las condiciones previamente fijadas...., sin límites de cuotas, **siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.**” (C 114)

Rasgos destacados del modelo de concierto social

Directivas de contratación pública:

- Dada “la importancia del **contexto cultural y el carácter delicado** de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno” (C 114).
- “amplia discrecionalidad para seleccionar a los prestadores de los servicios de la manera que consideren más apropiada” (C 54).

Rasgos destacados del modelo de concierto social

Ley de Contratos del Sector Público de 2017:

- **Excluye de su ámbito de aplicación:** “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 la entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites de cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación” (art. 11.6).
- **Referencia expresa a la legislación de las CCAA:** 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” (DA 49ª Legislación de las Comunidades Autónomas relativas a los instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social).

Rasgos destacados del modelo de concierto social

Cuarto:

En principio, cabe afirmar la **intercambiabilidad de las vías indirectas**. Su elección depende del diseño normativo que en cada caso se ha establecido y de la decisión de la Administración.

Informe 52/18 Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (servicio de estancia diurna y en general servicios a los que alude el considerando 114 Directiva 2014/24)

“no existe ninguna obligación legal de acudir a un contrato público para gestionar este tipo de servicios, siendo posible utilizar otro tipo de fórmulas como, por ejemplo, las enumeradas sin ánimo de ser exhaustivos en el art. 11.6 de la LCSP y siempre que se cumplan con los requisitos que la propia Ley prevé”.

Rasgos destacados del modelo de concierto social

Quinto:

En prácticamente todas las normas autonómicas el concierto se ha configurado como gestión indirecta de servicios públicos (sociales, sanitarios, educativos) por tanto de la titularidad de la Administración que los encarga y financia (esta distinción titularidad/competencia introducida por la LCSP para las concesiones no sería aplicable). Así, por lo menos luce en la mayoría de las nuevas normas. Canarias: declara “la instauración del derecho a los servicios sociales, constituido como un derecho subjetivo y universal de la ciudadanía” (Ley 16/2019) y la elaboración de un catálogo con individualización de las prestaciones “un derecho subjetivo que será exigible ante las administraciones que deben garantizarlo”.

Por lo mismo, y adelanto ya alguna conclusión creo que el concierto no es o tengo dudas que se pueda seguir conceptuando como una actividad de fomento (no estamos aquí en el ámbito de la financiación pública de actividades privadas de interés general). Creo que muchas de estas actividades (probablemente el grueso) han dejado de ser eso para convertirse en prestaciones públicas (estamos en el ámbito de la técnica del servicio público). Y el concierto es un modo de gestión indirecta de servicios públicos.

Situación previa / contratos concierto gestión de servicio público / concierto social

Rasgos destacados del modelo de concierto social

Sexto:

- La mayor parte de las CCAA han modificado sus leyes de servicios sociales (aprobadas a fines de los años ochenta o principios de los 90) o redactado nuevos textos para incorporar la figura. El avance no ha sido lineal (norma legal, en su caso reglamentaria, actos de aplicación) sino que en ocasiones ha sido necesario, detenerse, desandar el camino y replantarse la concepción original (caso, por ejemplo de Asturias, Baleares).
- En otras CCAA se ha optado por aprobar una normativa específica para los conciertos (Navarra: 2017), una normativa que trate conjunta y sistemáticamente la vía contractual y la vía del concierto (Baleares 2018) o abriendo el camino a partir de la aprobación de la una Ley autonómica del Tercer Sector (Castilla – La Mancha 2020).

Rasgos destacados del modelo de concierto social

Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía

Artículo 100. Participación de la iniciativa privada en la provisión de servicios del Sistema Público de Servicios Sociales.

1. La Consejería competente en materia de servicios sociales podrá organizar la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, régimen de concierto social previsto en esta ley y gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público, garantizando, en todo caso, los principios de igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia.

Art. 101.3. El concierto social se establece como una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público

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

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.

Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana.

Rasgos destacados del modelo de concierto social

Séptimo:

Sujetos que pueden concertar con la Administración Autonómica:

- Cualquier entidad (cumpla requisitos) con o sin ánimo de lucro.
- Cualquier entidad (cumpla requisitos) pero con preferencia a las entidades sin ánimo de lucro cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social

La Rioja: “las entidades privadas con ánimo de lucro que asuman estatutariamente la reinversión de sus posibles beneficios en fines sociales”.

Rasgos destacados del modelo de concierto social

Séptimo:

Sujetos que pueden concertar con la Administración Autonómica:

- Únicamente con entidades sin ánimo de lucro:
 - ✓ Aragón
 - ✓ Valencia
 - ✓ Asturias
 - ✓ Navarra

Tribunal Superior de Justicia de Valencia (2018)

Entidades sin ánimo de lucro

A. La definición de lo que se entiende por entidad sin ánimo de lucro:

La perspectiva de la legislación autonómica

Aragón	Entidad pública o privada sin fin de lucro
Baleares	Entidad sin ánimo de lucro según definición de Ley Tercer Sector (2018)
Galicia	Entidad sin ánimo de lucro
Extremadura	Acreditar una experiencia mínima de tres años en la atención a las personas destinatarias del servicio, centro o prestaciones objeto de concertación o a grupos con necesidades de análoga naturaleza que habrán de especificarse en la convocatoria de concursos. No obstante, podrá exceptuarse o reducirse el período mínimo de experiencia exigido cuando sea necesario por la naturaleza del servicio a prestar o por la escasez de entidades para la provisión de mismo.

Entidades sin ánimo de lucro

La perspectiva de la legislación autonómica

Valencia

- A. Sector Sanitario: entidades públicas o privadas sin ánimo..... no vinculadas o creadas ad hoc por otra empresa o grupo de empresas con ánimo de lucro.
- B. Sector Social: “entidades de iniciativa social” (fundaciones, asociaciones de voluntariado y otras entidades sin ánimo de lucro que realicen actividades de servicios sociales). Se considerarán EIS: en particular a las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro conforme a su normativa específica”.

Entidades sin ánimo de lucro

La perspectiva de la legislación autonómica

Navarra

Rasgo general (modelo anterior)

Actividad o prestación efectiva de servicios como Entidad sin ánimo de lucro 5 años anteriores convocatoria (mínimo) y experiencia continuada que se determine

Aportaciones no hayan devengado interés superior al interés legal del dinero

Retribuciones trabajadores (socios o por cuenta ajena) ni supere el 150% de las que fije convenio colectivo de Navarra

Comprometerse a no beneficiarse de la suscripción de conciertos sociales para aplicar una política de precios inferior al promedio del mercado cuando actúen en el ámbito de las actividades económicas o comerciales, alterando con ello la competencia

Entidades sin ánimo de lucro

- **Nuevo pronunciamiento Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Sentencia de 21 de marzo 2019, transporte sanitario Ayuntamiento de Solingen, Alemania, servicios de socorro.**
- **SON ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO (ART. 10 h Directiva 2014/24)**
 - Organizaciones o asociaciones que tienen objetivo desempeñar una función social
 - Carecen de finalidad comercial
 - Reinvierten eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización
- **NO DEBEN CUMPLIR REQUISITOS DEL ART. 77 Directiva 2014/24**

Más allá del marco normativo: aplicación práctica

¿Estamos concertando, según el nuevo marco normativo? ¿cuota de mercado?

- ✓ En realidad en pocas o no en la mayoría. Se introduce o reconfigura el concierto social pero no hay desarrollo normativo (congelación de figura).
- ✓ Valencia, Aragón meses había formalizado 22 acuerdos y otros 4 están actualmente en tramitación; y Baleares que ha tramitado 6.

Flexibilización régimen jurídico concierto en COVID-19

Aragón

DECRETO-LEY 1/2020, de 25 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto generado por el COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por ejemplo:

- Adjudicación directa de acuerdos de acción concertada (en materia de servicios sociales que tengan por objeto la ejecución de medidas para atender situaciones COVID-19)
- Aprobación de módulos económicos sin necesidad de una previa Orden de precios.
- Otras disposiciones sobre renovación y modificación de AAC

Extremadura

Decreto-ley 5/2020, de 3 de abril, por el que se aprueban medidas urgentes y extraordinarias en materia de política social y sanitaria.

Por ejemplo:

- En caso de expiración de concierto, adjudicación directa de conciertos a las mismas entidades que lo venían prestando.
- No aplicación de la inscripción registral prevista en la Ley 13/2018.

Navarra

LEY FORAL 7/2020, de 6 de abril, por la que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19).

El concierto social a examen

Antecedentes:

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha elevado ante el TJUE cuestión prejudicial sobre un desarrollo reglamentario de la figura del concierto social.

Auto de 30 de julio de 2020 disponible en:

[Auto cuestión prejudicial 2020 Valencia](#)

Norma:

Decreto 181/2017, de 17 noviembre de 2017

Cuestiones prejudiciales

Primera: El artículo 49 TFUE y los artículos 76 y 77 (en relación con el art.74 y anexo 14) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014

¿Deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a los poderes adjudicadores recurrir a conciertos con entes privados sin ánimo de lucro -no solo asociaciones de voluntariado- para la prestación de **toda suerte** servicios sociales a las personas **a cambio del reembolso de costes**, sin acudir a los procedimientos previstos en la Directiva de contratación y sea cual fuere el valor estimado; ello así simplemente mediante la previa calificación de dichas figuras como no contractuales?

El concierto social a examen

Cuestiones prejudiciales

Segunda: Para el caso de que la respuesta fuere negativa y, por consiguiente, sí fuera posible:

¿deben interpretarse el artículo 49 del TLFUE y los artículos 76 y 77 (en relación con el artículo 74 y anexo 14) de la Directiva de contratación en el sentido de que permite a los poderes adjudicadores recurrir a conciertos con entes privados sin ánimo de lucro (no solo organizaciones de voluntariado) para la prestación de **toda suerte** de servicios sociales a las personas a cambio del reembolso de costes, sin acudir a los procedimientos previstos en la Directiva y sea cual fuere el valor estimado, simplemente previa calificación de dichas figuras como no contractuales, cuando además, dicha normativa nacional no recoge explícitamente los requisitos establecidos en el artículo 77 de la Directiva, sino que remite a un ulterior desarrollo reglamentario sin incluir expresamente entre las pautas que deberá seguir ese desarrollo reglamentario que el mismo recoja explícitamente los requisitos establecidos en el artículo 77 de la repetida Directiva?

El concierto social a examen

Cuestiones prejudiciales

Tercera: Para el caso de que la respuesta fuere también negativa y, por consiguiente, sí fuera posible:

¿Deben interpretarse los artículos 49 y 56 del TTFUE, los artículos 76 y 77 (en relación con el artículo 74 y anexo XIV) de la Directiva sobre contratación pública y el artículo 15.2 de la Directiva 123/2006/ CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior en el sentido de que permiten a los poderes adjudicadores a efectos de selección de entidad sin ánimo de lucro (no solo a asociaciones de voluntariado) con la que concertar la prestación de **toda suerte** de servicios sociales a las personas -más allá de los enunciados en el artículo 2.2 j) de dicha Directiva- incluya entre los criterios de selección la implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio?

Despedida

Muchas gracias!

XIMENA LAZO VITORIA

ximena.lazo@uah.es

@LazoVitoria

“ En Europa los servicios a la persona en los ámbitos sanitario, social y educativo constituyen un importante núcleo duro del modelo social europeo. Tales servicios, que son interdependientes y se refuerzan recíprocamente en su eficacia, forman un «triángulo de oro» esencial para el buen funcionamiento y la calidad de la sociedad”.

Comité Económico y Social Europeo (2012)