



*Máster Oficial Interuniversitario en
Derecho y Administración Local
Universidad de Almería*



**LAS ENTIDADES LOCALES COMO ENTIDADES
PRESTADORAS DE SERVICIOS A LAS PERSONAS.
FORMULAS DE CONTRATACION DE SERVICIOS SOCIALES.**

Autor: Dña. Dolores del Pilar González Espinosa

TUTOR: DÑA. MARIA LUISA GOMEZ JIMENEZ

INDICE

| | |
|---|----|
| ACRONIMOS | 4 |
| 1. RESUMEN..... | 5 |
| 2. INTRODUCCION METODOLÓGICA..... | 6 |
| 3. LAS ENTIDADES LOCALES COMO ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS. MARCO JURÍDICO REGULADOR | 9 |
| 3.1.- La Ley Reguladora de Bases del Régimen Local tras su modificación por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad Local a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. | 9 |
| 3.2.- Un nuevo enfoque derivado de la entrada en vigor de las Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 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 | 20 |
| 3.3.- Ley 9/2017 de 8 de noviembre Contratos del Sector Publico, 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. | 29 |
| 3.4.- Los servicios a las personas en materia de servicios sociales, los servicios del cuarto pilar del Estado del Bienestar. Normativa autonómica reguladora de las fórmulas de prestación de los servicios sociales..... | 35 |
| 4. FORMULAS CONTRACTUALES DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES POR PARTE DE LAS ENTIDADES LOCALES. | 40 |
| 4.1.- El contrato de Gestión de Servicios y el contrato de servicios. | 40 |
| 4.2.- La reserva de contratos a Entidades del Tercer Sector..... | 43 |
| 5. FORMULAS NO CONTRACTUALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOCIALES POR PARTE DE LAS ENTIDADES LOCALES. LAS LLAMADAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR..... | 46 |
| 5.1.- El convenio de colaboración como medio de prestación de servicios sociales | 46 |
| 5.2.- El concierto social. Análisis comparativo de la regulación del concierto social en la legislación autonómica española. | 47 |
| 5.3.- Especial referencia a la regulación del concierto social en Andalucía. Análisis de la frustrada experiencia en su implantación en el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería). | 52 |
| 6. CONSIDERACIONES FINALES | 57 |
| 7. BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS REFERENCIAS | 59 |

ACRÓNIMOS

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

DA: Disposición Adicional

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

DT: Disposición Transitoria

EAA: Estatuto de Autonomía de Andalucía

FFJJ: Fundamentos Jurídicos

HAP: Hacienda y Administración Pública

HFP: Hacienda y Función Pública

LAULA: Ley de Autonomía Local de Andalucía

LCSP: Ley de Contratos del Sector Público

LRBRL: Ley Reguladora de Bases del Régimen Local

LRJSP: Ley del Régimen Jurídico del Sector Público

LRSAL: Ley Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

LSSA: Ley de Servicios Sociales de Andalucía

PCAP: Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

PPT: Pliego de Prescripciones Técnicas

RAP: Revista de Administración Pública

REALA: Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

SARA: Sujeto a Regulación Armonizada

SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TARCA: Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía

TFM: Trabajo Fin de Master

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRRL: Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local

UE: Unión Europea

1. RESUMEN

Las Entidades Locales son sin lugar a dudas las Entidades prestadoras de servicios a la ciudadanía por excelencia, constituyen la organización administrativa más cercana al ciudadano y es por ello que se pone de manifiesto en estas Administraciones publicas la inmediatez de la demanda ciudadana en la atención de las necesidades de servicios.

En la Directiva de contratación, y así se ha transpuesto a la LCSP, se parte de la consideración que esta tipología de servicios, cuando su valor estimado es inferior a 750.000,00€, carece de interés transfronterizo y por tanto el poder adjudicador puede acudir a formulas no contractuales para su prestación, formulas tales como el concierto social o la mera financiación del servicio, no obstante habrá de garantizarse que todos los operadores o prestadores que cumplan los requisitos puedan acceder a este régimen, prestar los servicios y, en su caso, obtener la financiación que se haya fijado, bien de la Administración, bien del usuario.

En este contexto a lo largo de este TFM trataré de analizar las diferentes fórmulas de contratación de los servicios a las personas, concretamente de los servicios sociales por parte de las Entidades Locales y la problemática jurídica o meramente interpretativa que subyace en la prestación de tales servicios a través de fórmulas no contractuales, con entidades pertenecientes al tercer sector con especial mención a la formula del concierto social en Andalucía.

2. INTRODUCCION METODOLÓGICA

Las Entidades Locales como Administración más cercana al ciudadano es sin duda la Administración de prestación de servicios básicos por excelencia, esto es, aunque la Ley 7/1985 de 02 de abril de Bases de Régimen local (LRBRL) determina en su art. 26 un elenco de servicios básicos de prestación obligatoria en todas las Entidades Locales en función del número de habitantes de cada municipio la realidad es que la actividad municipal no se limita con carácter general a los servicios básicos de prestación obligatoria ya que pueden promover aquellas actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, en los términos previstos en la legislación.

En este grupo de servicios se sitúan los Servicios sociales a los que se denominan el cuarto pilar del Estado de Bienestar, la institucionalización de los Servicios Sociales como derecho se consagra en el art. 50 de la Constitución española a cuyo tenor:

“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de Servicios Sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.”

Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 148.1.20 de nuestra Carta Magna esta competencia ha de considerarse residenciada en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas reservándose la Administración del estado competencias de coordinación y de cofinanciación.

Por su parte las Entidades Locales dentro del marco del Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales de Corporaciones Locales han asumido competencias en la materia de Servicios Sociales de atención primaria constituyen el acceso a todo el sistema público de Servicios Sociales, en este sentido orientan al ciudadano hacia recurso adecuado y, en determinados casos, derivan a los servicios especializados. Uno de los Servicios de mayor calado en este ámbito municipal es sin duda el Servicio de Ayuda a Domicilio, no en vano la población española sigue una continua tendencia de envejecimiento siendo por

tanto creciente la expectativa de usuarios de este Servicio en cada municipio, por lo que la forma de contratación de este servicio por parte de las Entidades Locales es sin duda un fiel reflejo de la calidad de los servicios que se prestan a la ciudadanía. Esto es, se ha de considerar a estos servicios como un sector de contratación estratégico dentro del elenco de servicios cuya prestación incumbe al municipio.

La LCSP prevé un régimen especial para la contratación de tales servicios basados en los principios de integridad, generalidad y solidaridad, dicho régimen especial es el que se recoge en los artículos 22.1.c), 29.4 y 6, 131.2 y 4, 134.6, 135.5, 145.3, DA 36 y DA 47 del citado cuerpo normativo, preceptos de los que se desprende una clara preferencia por la prestación de los servicios sociales a cargo de Entidades del tercer sector, no obstante, y pese a todo lo expuesto, la realidad práctica pone de manifiesto que las entidades del tercer sector han tenido una escasa penetración en la prestación de servicios sociales en España.

En el estudio que constituye el presente Trabajo Fin de Master voy a analizar el alcance de las competencias locales en materia de prestación de servicios sociales, así como las distintas formas de prestación de los mismos tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, distinguiendo entre fórmulas propiamente contractuales y formulas no contractuales considerando éstas últimas como formulas que favorecen la prestación de los servicios por parte de Entidades del Tercer Sector, con especial atención a la figura del concierto social en el ámbito territorial de Andalucía y en este último caso analizando la experiencia del Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería) en su intento de prestación del servicio de Ayuda a Domicilio a través del sistema de concierto social.

La principal hipótesis de la que parte este Trabajo es que no se ha trasladado adecuadamente a las diferentes normas autonómicas reguladoras de la prestación de servicios sociales las disposiciones de las Directivas de Contratación y que esta deficiente técnica normativa es el origen de la escasa presencia de Entidades pertenecientes al Tercer Sector en la prestación de servicios sociales en el ámbito local.

Para llevar a cabo esta labor investigadora se parte de la idea que arguye el profesor D. Alfonso Pérez Moreno (Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla) en su estudio sobre la Metodología Jurídica cuando afirma

que "El derecho administrativo no requiere un método exclusivo, pero sí es un campo de experimentación de la bondad de los métodos aplicables a la ciencia del Derecho"¹

Desde el punto de vista de la forma del razonamiento, esto es, atendiendo al objeto de la actividad de investigación del presente trabajo, el método aplicado será el método inductivo ya que se partirá de la observación de la realidad social y del estudio de casos concretos para formular finalmente las conclusiones del presente trabajo en relación a las cuestiones u objetivos de la investigación realizada.

En relación al método propiamente dicho esto es, a la posición metodológica aplicada se partirá de la aplicación del método exegético ya que como afirma Garrido Falla "la exégesis es la única forma lícita de razonar admitida por los Tribunales y en cualquier sector en que se manifieste la práctica del Derecho"² todo ello sin perjuicio de su armonización con la jurisprudencia de intereses en el sentido de analizar el elemento teleológico de las normas cuyo estudio son objeto del presente Trabajo Fin de Master así como por la atención a los hechos sociales que subyacen a las normas cuya regulación es pretendida, no se trata de aplicar el método del sociologismo jurídico sino de realizar una interpretación de las normas jurídicas atendiendo a su vez a la realidad social a la que se aplican, esta cuestión no es una cuestión baladí máxime cuando el objeto del estudio lo constituyen las formas en las que las Entidades locales pueden articular la prestación de servicios a las personas, en el concreto campo de los servicios sociales.

Estaríamos por tanto ante un método de investigación interdisciplinar que aúna desde la perspectiva histórica el origen del objeto de investigación, la correspondiente exégesis del marco regulador normativo, así como su enfoque interpretativo que mejor se adecúe a la realidad social, política y económica del objeto del presente estudio, se tratará por tanto de una armonización de métodos de investigación con el fin de alcanzar conclusiones acordes a los objetivos de investigación planteados.

¹ PEREZ MORENO A. "Metodología Jurídica" pág. 27

² GARRIDO FALLA "La Administración y el método jurídico" R.A.P. nº 35.

3. LAS ENTIDADES LOCALES COMO ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS. MARCO JURÍDICO REGULADOR

Las Entidades Locales son Corporaciones netamente prestadoras de servicios públicos, que en la configuración territorial del Estado surgen como entidades prestadoras de servicios por delegación del poder central (abastecimiento de agua a población, saneamiento, etc....) y posteriormente, con el reconocimiento de su plena autonomía, ostentan hoy el derecho y la capacidad efectiva para regular y gestionar, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes, una parte importante de los asuntos públicos según se desprende del artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local 15 de octubre de 1.985, ratificada por España con fecha 20 de enero de 1988.

Examinaremos ahora cuál es el marco jurídico regulador de los servicios públicos de competencia local y en concreto de los servicios públicos a las personas, como servicios especiales.

3.1.- La Ley Reguladora de Bases del Régimen Local tras su modificación por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad Local a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El artículo 85.1 de la Ley 7/1985 de 02 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) define como servicios públicos locales "los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias"

Los artículos 25 y 26 de la LRBRL establecen las competencias y servicios que deben prestar las administraciones locales en el régimen de sus competencias.

De este modo, el art. 25 de la LRBRL establece un elenco de materias sobre las que las Entidades Locales han de ostentar competencias propias en el marco que determine la legislación sectorial reguladora, esto es, la LRBRL impone al legislador sectorial una clara limitación a la hora de ordenar las materias contempladas en el invocado art. 25, ya que se habrá de reconocer un espacio competencial propio a la entidad local en la ordenación de dichas materias (urbanismo, medio ambiente urbano, etc....).

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía este mandato se ha

cumplido en el marco de la Ley 5/2010 de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía (LAULA) en cuyo art. 9 se determinan el alcance de las competencias propias de las Entidades locales de Andalucía en el ámbito material de competencias propias asumidas por la Comunidad autónoma andaluza en su Estatuto de Autonomía.

Por su parte el art. 26 de la LRBRL impone a las Entidades Locales un verdadero mandato de prestación de determinados servicios públicos en función del tramo de población del municipio de que se trate, de este modo se establecen con carácter obligado la prestación de los siguientes:

“a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.

b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.

c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.”

Estos servicios son los que en el ámbito territorial de Andalucía la LAULA denomina “servicios locales de interés general” que en todo caso habrán de prestar las Entidades Locales para dar cumplimiento a los previstos con carácter de básicos en el art. 92.2 d) del Estatuto de Autonomía para Andalucía que dispone que habrán de prestarse en todos los municipios con independencia del número de habitantes los siguientes servicios básicos:

“abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales; alumbrado público; recogida y tratamiento de residuos; limpieza viaria; prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros” el precepto resulta pues más garantista para la población de los municipios andaluces que la propia LRBRL tal y como podemos apreciar.

Los preceptos descritos se han de poner en relación con el art. 86.1 de la LRBRL que establece la capacidad de la Entidad Local para ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, en cumplimiento de lo dispuesto

en el art. 128 de la CE, siempre con sometimiento pleno al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias y el art. 86.2 de la misma LRBRL establece una verdadera "reserva" de servicios a las Entidades locales, esto es, el propio precepto establece que determinados servicios se reservan a la Entidad local en régimen monopolístico, y ello sin perjuicio de que la Entidad previa la tramitación del oportuno expediente administrativo (art. 97 TRRL) tenga la capacidad para reservar otros servicios de interés general en régimen de monopolio, esto es, excluyendo la iniciativa privada en la prestación de los mismos, previo acuerdo por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.

Los servicios reservados por el art. 86.2 de la LRBRL son los siguientes:

- "abastecimiento domiciliario y depuración de aguas;
- recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos,
- y transporte público de viajeros."

Si ello lo ponemos en relación el tenor de los artículos 25 y 26 de la LRBRL con los artículos 86.1 y 86.2 de la misma norma hemos de concluir que lo verdaderamente importante para calificar un servicio como SERVICIO PUBLICO LOCAL no es que la ley reserve la titularidad competencial de estas materias a la administración local, sino que la misma asuma como suya la prestación material y efectiva del servicio, siendo garante del mismo si el mercado falla o no está a la altura de garantizar dicho servicio público³, esto es, se atiende en la concepción del servicio publico local a una noción de carácter material del mismo en detrimento de la noción meramente subjetiva del servicio publico que atiende a la mera reserva de su titularidad al ente público, ya que lo determinante es, como se ha indicado anteriormente, que la intervención pública atienda a la garantía o al mantenimiento de estándares de carácter material o funcional en el mantenimiento de los servicios públicos.

Entrando ya a analizar el ámbito propio en el que las Entidades Locales despliegan su acción prestadora de servicios públicos la primera cuestión que es preciso discernir es si los preceptos anteriormente invocados constituyen una suerte de límite máximo de asunción de competencias, esto es, un "techo competencial" o si por el contrario las Entidades Locales cuentan con una potestad más amplia de

³ Alemany Garcías, Juan "Los modos de gestión del servicio público en el ámbito local" número 53 de la Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, enero 2020)

asunción de competencias y por tanto de prestación de servicios a sus ciudadanos en ejercicio de las mismas más allá del listado de materias enunciadas en el art 25 de la LBRL, normativa sectorial de aplicación y en el ámbito territorial de Andalucía art. 9 de la LAULA.

Esta cuestión ha sido muy controvertida tras la modificación de la LRBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), esta norma no pretendía una verdadera reordenación del régimen jurídico organizativo de las Entidades Locales sino que tal y como se desprende del Preámbulo de la propia Ley su fundamento es de naturaleza netamente económico, esto es, el objeto de la Ley es instaurar el principio organizativo desde el punto de vista competencial de "una Administración-una competencia" así se desprende del Preámbulo de la Ley cuando dispone:

"La reforma del artículo 135 de la Constitución española, en su nueva redacción dada en 2011, consagra la estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas. En desarrollo de este precepto constitucional se aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales. Todo ello exige adaptar algunos aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración local, así como mejorar su control económico-financiero.

Por todo lo expuesto, transcurridos casi treinta años desde la entrada en vigor de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y con más de una veintena de modificaciones de su texto original, cabe señalar que ha llegado el momento de someter a una revisión profunda el conjunto de disposiciones relativas al completo estatuto jurídico de la Administración local.

Con este propósito se plantea esta reforma que persigue varios objetivos básicos: clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio «una Administración una competencia», racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando

intervenciones administrativas desproporcionadas.”

Esta norma la LRSAL La Ley 27/2013 ha sido objeto de las SSTC 41/2016, de 3 de marzo; 111/2016, de 9 junio; 168/2016, de 6 de octubre; 180/2016, de 20 de octubre; 44/2017, de 17 de abril; 45/2017, de 17 de abril; 54/2017, de 11 de mayo; 93/2017, de 6 de julio y 101/2017, de 20 de julio, resolutorias de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, respectivamente, por la Asamblea de Extremadura (núm. 1792-2014), el Gobierno de Andalucía (núm. 1959-2014), el Gobierno del Principado de Asturias (núm. 1995-2014), el Parlamento de Navarra (núm. 2001-2014), diputados del Congreso (núm. 2002-2014), el Parlamento de Andalucía (núm. 2003-2014), el Parlamento de Cataluña (núm. 1996-2014), el Gobierno de Cataluña (núm. 2006-2014) y el Gobierno de Canarias (núm. 2043-2014).

La primera de las indicadas; Sentencia 41/2016, de 3 de marzo,⁴ ha provocado que por parte del Tribunal Constitucional se fijen y redefinan los principios de la autonomía local en una doctrina que parece ser continuista con la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989 que establece el concepto de garantía institucional de la autonomía local. En este sentido, la primera Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en relación al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asamblea de Extremadura contra la LRSAL, Sentencia 41/2016, de 3 de marzo, viene a aclarar que:

“Debe pues, excluirse la interpretación de que los municipios solo pueden obtener competencias propias en las materias enumeradas en el art. 25.2 de la LRBRL. Si el Estado quisiera apoyarse en el art. 149.1.18 CE para interferir de modo tan penetrante en las competencias de las Comunidades Autónomas (prohibiendo con carácter general que estas tribuyan competencias propias a los municipios de su ámbito territorial en cualesquiera otras materias), tendría que haberlo establecido expresa o inequívocamente. Por lo demás, semejante prohibición,

⁴ Sentencia 41/2016, de 3 de marzo de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 1792-2014. Interpuesto por la Asamblea de Extremadura en relación con diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Autonomía local, competencias sobre hacienda general y régimen jurídico de las Administraciones públicas: nulidad de los preceptos legales que autorizan al Estado a compensar determinadas deudas contraídas por las Comunidades Autónomas con los créditos resultantes de su sistema de financiación, establecen el régimen transitorio de asunción autonómica de las competencias municipales sobre salud y servicios sociales, disolución de entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio y mancomunidades de municipios; interpretación conforme de la disposición relativa a la asunción autonómica de competencias municipales en materia de educación. «BOE» núm. 85, de 8 de abril de 2016, páginas 24988 a 25048.

indiscriminada y general, sería manifiestamente invasiva de las competencias de las Comunidades Autónomas.”

Con anterioridad a la modificación de la LRBRL por la LRSAL, se han reconocido a los municipios cláusulas generales habilitantes para que los mismos, además de las competencias propias atribuidas específicamente por la ley, pudieran promover actividades o servicios en beneficio de sus vecinos.

En términos similares reconoce la Carta Europea de la Autonomía Local en su artículo 4.1, la cláusula de competencia genérica al establecer que las entidades locales tienen, dentro del ámbito de la ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad.

La LRSAL tal y como se detrae de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional invocada no ha eliminado esta capacidad de actuación, pero sí que la ha limitado notablemente, a tal fin ha dado nueva redacción al apartado 1 del artículo 25 y ha suprimido la el artículo que resultaba invocado con carácter general para esgrimir el interés local en ejercicio de una determinada competencia, esto es el art. 28 LRBRL.

No obstante lo anterior, el artículo 7.4 LRBRL, modificado por la LRSAL, admite la posibilidad de que las entidades locales puedan ejercer competencias “distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública, garantizando así el principio de una Administración una competencia.

Para verificar que se cumplen estos requerimientos, la ley exige los informes preceptivos y vinculantes de la Administración competente en la materia, y de la que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

En relación a esta última cuestión, esto es, al alcance de las limitaciones de ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación por parte de las Entidades Locales es preciso interpretar el art. 7.4 de la LRBRL a la luz de la Sentencia 107/2017, de 21 de septiembre de 2017 dictada en el recurso planteado de Conflicto en defensa de la autonomía local nº 4292-

2014⁵, en cuyo fundamento jurídico 3 establece que “no cabe identificar los conceptos de «complementariedad» y «duplicidad». Ciertamente, la Ley 27/2013 no acota ni define los supuestos de «duplicidad» competencial; se limita a identificarlos con la «ejecución simultánea del mismo servicio público» por parte de dos Administraciones públicas. Pese a la indefinición normativa, un sencillo análisis semántico permite apreciar lo siguiente: una actividad «complementaria» en el sentido del antiguo artículo 28 LBRL no es, necesariamente, una actividad «duplicada» a efectos del nuevo artículo 7.4 LBRL, esto es, una tarea incurrida por definición en la prohibición de «ejecución simultánea del mismo servicio público» por parte de varias Administraciones públicas”

Añade además la Sentencia invocada en el mismo fundamento jurídico tercero en relación al alcance de dichos informes vinculantes que “el artículo 7.4 LBRL establece claramente que los municipios tienen atribuida la competencia para gestionar cualquier asunto de interés municipal a la vez que, con igual claridad, subordina su ejercicio a nada más que dos condiciones materiales. De modo que las Administraciones informantes solo pueden mantener la barrera que el artículo 7.4 LBRL impone inicialmente a la gestión de cualquier asunto de interés local por razones de sostenibilidad financiera y duplicidad competencial, siendo improcedentes las consideraciones de oportunidad y teniendo siempre en cuenta las garantías de autonomía local, no solo las establecidas en la Constitución (arts. 137, 140 y 141 CE) y la legislación básica (entre otros, arts. 2.1 y 25.2 LBRL), sino también las eventualmente previstas en otras leyes, singularmente las de algunos Estatutos de Autonomía [en este sentido, STC 41/2016, FJ 11 b)], cuando sean compatibles con las bases del régimen local [SSTC 31/2010, FFJJ 36 y 37; 168/2016, FJ 3 b); 44/2017, FJ 2 c); 45/2017, FJ 2 c), y 54/2017, FJ 2 c)]. Por lo demás, el concepto de sostenibilidad financiera, aunque no está definido en la Ley 27/2013, lo está en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.” Esto es,

⁵ Sentencia 107/2017, de 21 de septiembre de 2017. Conflicto en defensa de la autonomía local 4292-2014. Planteado por 2.393 municipios respecto de diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Autonomía local: constitucionalidad de la regulación legal del ejercicio por las entidades locales de competencias impropias, de la coordinación provincial de determinadas funciones municipales y del plan económico-financiero que han de presentar los entes locales que no satisfagan distintos objetivos de estabilidad presupuestaria (SSTC 41/2016 y 111/2016). «BOE» núm. 247, de 13 de octubre de 2017, páginas 99702 a 99725

la Administración a la que compete emitir el informe vinculante en modo alguno se encuentra imperada a fundamentar el informe vinculante que se oponga al ejercicio de la competencia local en meras cuestiones de oportunidad, sino que la oposición ha de obedecer a las dos cuestiones que establece el propio art. 7.4 de la LRBRL, esto es, sostenibilidad financiera y duplicidad de competencias.

Establecido ya con carácter general el marco competencial propio de las Entidades Locales en el que los municipios desarrollan su actividad prestacional de servicio público es preciso analizar las formas de prestación de los mismos en el marco de la LRBRL.

En este sentido la LRBRL parte del respeto a la autonomía municipal para la organización de la prestación de los servicios públicos de su competencia, en este sentido el art. 85.2 de la LRBRL establece que “Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación”, luego existe en principio una plena libertad de autoorganización por parte de las entidades locales para la gestión de los servicios de su competencia siempre que se de cumplimiento a los principios de sostenibilidad y suficiencia financiera, límites que resultan indisponibles para la Entidad Local conforme a lo establecido en el art. 135 de la CE. No obstante, esta aparente libertad de la Entidad Local para “elegir” la forma de prestación de los servicios de su competencia es en este momento ciertamente matizable así La respuesta tradicional a esta cuestión es que existe una completa libertad de autoorganización, y que la Entidad local elegirá la forma que prefiera. En la práctica, ello ha dado lugar a etapas u oleadas sucesivas en la elección de la forma de gestión. Limitándonos a recordar las más recientes, desde finales de los años 80 se experimentó un intenso fenómeno de externalización de servicios públicos⁶ que sin embargo en el momento actual cobran especial importancia los procesos de remunicipalización de servicios o Re internalización de gestión en la prestación de servicios públicos.

Las formas de gestión de los servicios públicos se establecen en el art. 85.2 de la LRBRL que prevé las siguientes:

⁶ Gamero Casado, Eduardo “Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales” número 52 de la Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, octubre 2019).

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad local;

b) Organismo autónomo local;

c) Entidad pública empresarial local;

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Añade el precepto invocado en relación a los modos de prestación directa de servicios que "Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera". Este precepto tiene un claro trasfondo de racionalización de la estructura administrativa local en el sentido de que encierra la intención de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales o, más precisamente, de asegurar la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen

B) Gestión indirecta: que consiste en la articulación de contratos administrativos mediante los que se da entrada a la iniciativa privada para que asuma la prestación del servicio. El precepto remite a las fórmulas de contratación previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, debiendo de entender hoy hecha esta referencia a la vigente LCSP de 2017, con las consecuentes diferencias en relación al modelo contractual de prestación de servicios anterior, al que más adelante haré referencia.

De lo anterior se colige que antes de acudir a la contratación de la prestación de servicios, se habrá de acreditar que esta fórmula resulta más sostenible y eficiente, esto es, antes de acudir a la prestación indirecta de servicios se habrá de acreditar que para el servicio de que se trate se dan en el mercado

competencia efectiva, y además preservarla, para evitar que el resultado final sea contrario al objetivo de mejorar la eficiencia. De este modo se habrán de atender a determinadas cuestiones que habrán de verificarse caso por caso para que la Entidad prestadora de servicios pueda considerar la prestación indirecta de tales servicios tales cuestiones son las que han expuesto las autoras Colomé y Grau y que se sintetizan en las siguientes: ⁷

- Disponibilidad de *competencia efectiva en el mercado* (número suficiente de empresas susceptibles de licitar).
- Que la *calidad del servicio sea fácil de medir*, y que la Administración disponga de una unidad capacitada para supervisar su prestación.
- *Inexistencia de costes elevados a la entrada* (es decir, que los costes para el inicio de la actividad no sean elevados) *y/o de costes hundidos* (no fácilmente recuperables). Si tales costes existen se reducirá la competencia efectiva.
- *Correcta distribución del riesgo e información abundante* sobre el mismo: debe ser transparente la identificación del riesgo y ventura (u operacional) que asume el contratista; caso contrario es posible que no haya competencia efectiva (licitadores dispuestos a asumir un riesgo incierto).
- Posibilidad de conceder *autonomía sobre los costes de prestación* del servicio (p.ej., costes salariales): si se concede esa autonomía, se favorece la presentación de ofertas competitivas.
- *Limitación de la posibilidad de modificar el contrato*, porque ello altera la competencia (como sabemos, la nueva LCSP restringe mucho el *ius variandi*).
- *Que los servicios se financien primordialmente por los usuarios*.

En función de la respuesta que la Entidad prestadora de a las cuestiones objeto de examen se concluirá la oportunidad de prestación directa o indirecta del servicio sin perjuicio de la posibilidad de contratación de determinadas prestaciones del mismo sin que ello implique una prestación indirecta del servicio en cuestión.

Se habrá de atender por parte del Ente gestor a la determinación del coste real del servicio al objeto de determinar cuál sea su forma de prestación más sostenible y eficiente, en este sentido el art. 116 ter de la LRBRL establece la obligación de que todas las Entidades locales calculen, y comuniquen al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas antes del 1 de noviembre de cada año,

⁷ COLOMÉ NIN, A. y GRAU ARNAU, A.: “Remunicipalización de servicios locales y competencia”, Cuadernos de Derecho Local, nº 43, 2017

el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior.

El coste efectivo tendrá en cuenta los costes reales directos e indirectos de los servicios conforme a los datos de ejecución de gastos, para lo cual se remite a una Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la que se desarrollan los criterios de cálculo.

En cuanto a su metodología de determinación se ha desarrollado mediante la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las Entidades locales. Mediante Resolución de 23 de junio de 2015, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, se especifican los elementos incluidos en los anexos de la citada Orden HAP/2075/2014, el análisis del coste efectivo de los servicios es sin duda una herramienta de control y racionalización de la gestión de los servicios que prestan las Entidades Locales, que sin duda resulta de gran utilidad en relación a las modalidades de gestión de los mismos.

Luego, debemos de concluir en este sentido que frente a la idea que se exponía anteriormente, esto es, la plena libertad autoorganizativa de la Entidad Local para determinar la forma de prestación de los servicios públicos de su competencia hemos de entender que dicha libertad no es tan plena, y que, se trata en puridad de una potestad discrecional pero sujeta a una discrecionalidad técnica, en el sentido de que en la Memoria justificativa de la forma de gestión se habrá de motivar desde un punto de vista técnico que la forma de gestión elegida es mas sostenible desde el punto de vista financiero y más eficiente desde el punto de vista económico y ello atendiendo a los informes que habrán de incorporarse al expediente relativos al coste efectivo de los servicios calculados con arreglo a la metodología anteriormente indicada, así como el informe que en cumplimiento del art. 4 de la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria ha de emitir el responsable del órgano de Intervención municipal, informe que habrá de analizar la razonabilidad del impacto de la forma de gestión sobre la sostenibilidad financiera de la Entidad. Es pues, una potestad discrecional de la Entidad local si bien fuertemente constreñida por los condicionantes técnicos de la eficiencia y la sostenibilidad que se han indicado.

3.2.- Un nuevo enfoque derivado de la entrada en vigor de las Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 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

Como se ha indicado anteriormente la prestación de servicios por parte de las Entidades Locales a través de fórmulas de gestión indirecta de los mismos se articula a través de fórmulas contractuales de prestación de servicios o concesión de servicios prevista en la LCSP.

El art. 85.2 b) de la LRBRL dispone que la gestión indirecta de servicios podrá llevarse a cabo por la Entidad Local "mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre"

La referencia a la normativa de contratos anteriormente vigente se ha de entender referida a la vigente LCSP tal y como se colige de la Disposición Derogatoria de este último texto normativo. La Ley de contratos que resulta de la incorporación al Derecho positivo interno de las Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 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 producen un cambio profundo en la concepción del contrato de gestión de servicio público no en el concepto material del mismo pero sí en relación a los condicionantes que han de darse para que la Administración pueda acudir a dicha forma de prestación de servicios como medio de participación de la iniciativa privada en la gestión de los servicios públicos.

La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación del contrato de concesión (DOUE L 94, de 28.03.2014), supuso una importante variación de las determinaciones clásicas de las concesiones administrativas existentes en nuestro ordenamiento jurídico interno y una importante novedad en la regulación comunitaria hasta este momento, la Directiva tras 88 considerandos previos se articula en cinco títulos ordenados en capítulos, secciones y 55 artículos, además de once anexos.

De este modo la directiva entiende por *contrato de concesión* todo contrato

oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes, o entidades adjudicadoras confían la ejecución de obras (concesión de obras) o la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras (concesión de servicios) a uno o más operadores económicos, cuya *contrapartida* es bien el derecho a explotar las obras o los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (considerando 11 y art. 5).

Partiendo de este concepto la Directiva regula el régimen jurídico de las concesiones en los arts. 20 a 23, diferenciando entre *concesiones con diversidad de objetos* (contratos mixtos) y *concesiones con diversidad de actividades*.

Si bien tanto en un caso como en otro el poder o entidad adjudicadora podrá optar entre adjudicar: a) *contratos separados* para cada parte o actividad o; b) un *único contrato*, en cuyo caso se deben indicar las normas aplicables de acuerdo con los criterios establecidos en la propia Directiva.

Los objetivos de la Directiva de concesiones se pueden sintetizar en los siguientes:⁸

- Introducir una nueva regulación en el ámbito de la Unión Europea del contrato de concesión de servicios con la finalidad de dotar de mayor seguridad jurídica al sector. Hasta ahora las concesiones de obra se encontraban sujetas de forma parcial a la Directiva clásica de contratación pública, la Directiva 2004/18/CE³⁴, mientras que las concesiones de servicios estaban sujetas exclusivamente a los principios del TFUE en particular los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de ellos, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia (artículos 43 a 49).

Señala la Directiva que la concesión de servicios no contaba con una regulación a nivel europeo a pesar de representar un alto porcentaje de la colaboración público-privada y de que su uso se ha visto incrementado en los últimos años como consecuencia de las limitaciones presupuestarias de gasto público.

La falta de armonización en este sector constituía una traba para el acceso al mercado de las concesiones debido a la inexistencia de una definición clara homogénea y precisa de lo que debe entenderse por concesión y por la ausencia de disposiciones comunitarias sobre los procedimientos y reglas a seguir.

⁸ Villalba Hernández, Francisca “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión” REALA, n.º 2 (nueva época) julio-diciembre 2014

La nueva regulación pretende estimular la inversión privada mediante la colaboración público-privada; superar las ineficiencias detectadas que han supuesto cierto falseamiento del mercado interior, la limitación de acceso de las empresas europeas a los contratos de concesión y la falta de seguridad jurídica.

- El segundo objetivo es unificar el concepto de concesión de obra y de servicio que cada Estado miembro utilizaba de forma descoordinada restándole fluidez al mercado único. Para ello parte la Directiva de la unificación conceptual de las concesiones de obras y servicios estableciendo una regulación conjunta que incide en la transferencia de riesgos hacia el concesionario e incorpora algunas previsiones sobre los procedimientos de adjudicación para favorecer la transparencia, la igualdad y la concurrencia de los operadores. Incluyendo una nueva regulación de las modificaciones contractuales durante la vigencia de la concesión.

- El tercer objetivo es diferenciar el contrato de concesión del contrato público por el mayor riesgo que la operación implica; por la mayor complejidad jurídica de la relación entablada entre el concesionario y los poderes o entidades adjudicadores como consecuencia de la larga duración de la concesión; y por la mayor flexibilidad que requiere la ejecución de la concesión. Para ello distingue la Directiva entre el "contrato de concesión" y el "contrato público", caracterizando al primero por la asunción por parte del concesionario de los riesgos y responsabilidades que tradicionalmente recaen o son competencia de los poderes y entidades adjudicadoras, señalando que la característica fundamental de la concesión es la transferencia al contratista de la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo operacional de carácter económico de la concesión, circunstancia no contemplada o, al menos, no con esa intensidad, en los denominados contratos públicos. El rasgo esencial que caracteriza a la concesión no es el objeto del contrato, la explotación del servicio, nota que también posee el contrato de servicios, sino la transferencia económica en la prestación del servicio al concesionario que en el contrato de servicios no existe.

Del contenido general de la Directiva podemos destacar los siguientes aspectos:

a) La limitación de la discrecionalidad de los órganos de contratación estableciendo obligaciones relativas a los criterios de selección mediante la aplicación de criterios objetivos vinculados al objeto de la concesión.

b) El sometimiento de las correspondientes adjudicaciones a los principios de

transparencia, no discriminación e igualdad de trato.

c) Establecimiento de determinadas previsiones en materia de modificación, subcontratación y resolución de las concesiones de obras y servicios.

d) Extensión del ámbito de aplicación de las Directivas sobre recursos a los contratos de concesión que superen el umbral comunitario con el fin de garantizar la posibilidad de impugnación de la decisión de adjudicación.

Pero sin duda el elemento más novedoso de la Directiva de Concesiones es sin duda la configuración del concepto del riesgo operacional como elemento característico fundamental de la concesión de obras o concesión de servicios, la asunción del riesgo operacional por parte del concesionario de obras o servicios puede implicar que el concesionario no recupere las inversiones realizadas, ni cubra los costes que haya sufragado en su explotación en condiciones normales de funcionamiento, aunque una parte del riesgo lo asuma el poder o entidad adjudicador.

La distribución de riesgos recae sobre el concepto de "*riesgo operacional de carácter económico*" que incluye el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos.

El riesgo operacional es intrínseco a factores que escapan al control de las partes que intervienen en la relación concesional. Entendiéndose como riesgo operacional el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o de ambos a la vez.

Con ello recoge la Directiva la jurisprudencia consolidada del TJUE sobre esta materia. La STJUE de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09⁹, incluye en "el riesgo de explotación económica del servicio":

- La exposición a las incertidumbres del mercado,
- La competencia de otros operadores,
- Los desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios,
- La insolvencia de los deudores por los servicios prestados,
- Que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación, y

⁹ Sentencia Supranacional N^o C-274/09, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de marzo de 2011. Tribunal: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Ponente: Juhász, Núm. Sentencia: C-274/09, Núm. Cendoj: 62009CJ0274

-La responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Lo anterior no implica que cualquier riesgo derivado de la ejecución del contrato de concesión haya de ser necesariamente asumido por el concesionario, ya que la propia Directiva contempla como causa de modificación de la concesión, el riesgo imprevisible, permitiendo dicha modificación si la necesidad deriva de circunstancias que el adjudicador diligente no podía prever, siempre que la modificación no altere el carácter global de la concesión y el posible aumento de valor no supere el 50% del valor de la concesión original adjudicada por un poder adjudicador.

Esto enlaza con la idea que el profesor Gimeno Feliu arguye relacionada con que la asunción del riesgo operacional por parte del concesionario ya que en modo alguno desplaza la plena operatividad en el contrato de concesión de obras o de servicios del concepto equilibrio económico de la concesión y por tanto la necesidad de reequilibrar el equilibrio económico de la misma cuando dicho equilibrio se vea alterado de una forma sustancial.¹⁰

Desde el punto de vista de las novedades de regulación que incorpora la Directiva al régimen jurídico de la concesión de obras y servicios resulta igualmente procedente destacar el régimen de modificación de la concesión, en este sentido la Directiva plantea dos tipos de circunstancias en las que se puede dar la modificación contractual estas son las siguientes:

a) *Modificaciones previstas en la documentación inicial.* Las concesiones de obras y de servicio se podrán modificar, sin límite cuantitativo alguno ("con independencia de su valor pecuniario"), siempre que lo sea en aplicación de una estipulación que esté contemplada en la documentación inicial del contrato (anuncio de licitación o pliego de condiciones). Éstas pueden consistir en cláusulas de indexaciones de precios, de adecuación a los cambios tecnológicos, de adaptación por motivo de dificultades técnicas surgidas durante la ejecución o cualquier otra cláusula de revisión o de opción.

La admisibilidad de estas modificaciones se supedita al cumplimiento de las condiciones siguientes:

-las cláusulas que prevean la modificación de la concesión habrán de

¹⁰ Gimeno Feliú, José María "Las nuevas directivas -cuarta generación - en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública" número 159 (julio-septiembre) de 2013, de la Revista española de derecho administrativo

formularse de manera *claras, precisas e inequívocas* debiendo quedar perfectamente delimitado el alcance, naturaleza y condiciones de las modificaciones.

-Con el fin de evitar el fraude y garantizar la igualdad de trato de los licitadores, *se prohíbe que las modificaciones u opciones puedan alterar el carácter global* de la concesión.

b) *Modificaciones no contempladas de forma expresa*. En relación a este tipo de modificación contractual la Directiva distingue entre *modificaciones sustanciales* y *modificaciones menores*.

- Modificaciones sustanciales: La Directiva parte de la premisa general de que la modificación de la concesión constituye una *nueva adjudicación* cuando se introduzcan en el contrato "cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial", que puedan poner de manifiesto la intención de las partes de *renegociar las condiciones esenciales de la concesión* (considerando 75).

De conformidad con la doctrina del TJUE se consideran *sustanciales* aquellas modificaciones que, con independencia de su valor económico, tengan como resultado "una concesión materialmente diferente"; lo que, en todo caso, sucede cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- a) hubiera permitido -de haber figurado en el procedimiento inicial- la selección de un candidato o de una oferta distinta de la aceptada o, simplemente, un mayor número de participantes en la licitación;
- b) altere el equilibrio económico a favor del concesionario de un modo no previsto
- c) amplíe "considerablemente" el ámbito de la concesión o
- d) sustituya al concesionario inicial por causas distintas a las permitidas en la Directiva.

Son todos los conceptos indicados conceptos jurídicos indeterminados y exigen valorarse caso por caso atendiendo a la doctrina invocada.

-Por su parte la Directiva resulta absolutamente posibilista con la introducción en el contrato original de concesión de *modificaciones menores* que puedan dar lugar a una pequeña alteración del valor de la concesión, sin necesidad de tramitar un nuevo procedimiento de adjudicación ni de verificar si concurren

causas excepcionales que la justifiquen.

Así sucede siempre que el valor de la correspondiente modificación no supere el umbral comunitario previsto en el artículo 8, y sea inferior al *10% del valor inicial de la concesión* teniendo en cuenta que en el caso de modificaciones sucesivas habrá de estarse en cada momento al valor neto acumulado de la concesión.

Por encima de este umbral la Directiva justifica la modificación de las concesiones sin necesidad de efectuar una nueva licitación en dos supuestos:

- a) cuando se deriven de *circunstancias imprevisibles* según el criterio de la debida diligencia;
- b) y cuando tenga por objeto la incorporación de *obras o servicios adicionales que resulten necesarios*.

De todo lo anteriormente expuesto se pone de manifiesto la profunda modificación del contrato de concesión de servicios que se genera en el ámbito del derecho interno a consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva de concesiones, quedando de otro lado el contrato de servicios como tradicionalmente se configuraba para aquellos contratos de prestación de servicios que no impliquen esa transferencia de riesgo operacional al contratista, denominando a estos servicios como "servicios a las personas" que regula en sus artículos 74 a 77, refiriéndose asimismo a ellos en los considerandos 24, 114 y 118, el legislador español ha configurado estos servicios como servicios que impliquen prestaciones directas a la ciudadanía, al que haré referencia en el siguiente epígrafe.

Por su parte y en relación a los contratos de servicios a las personas de carácter social el Considerando 6 de la Directiva 2014/24/UE se refiere a ellos del siguiente modo:

"Ha de recordarse también que los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o de cualquier otro servicio, como los servicios postales, los servicios de interés económico general o los servicios no económicos de interés general, o una combinación de ambos. Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva"

Estos servicios sociales de interés general (no económicos) sirven a la satisfacción de necesidades básicas de la población, por lo que en su prestación los poderes públicos se encuentran vinculados por los principios de universalidad,

igualdad de acceso, equidad, continuidad en la prestación, transparencia y calidad. El tratamiento de estas actividades de servicio público no se caracteriza por su dimensión económica o de mercado, resultando por ello carentes de interés transfronterizo desde el punto de vista económico.

En este sentido el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE establece que "Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada.

Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios"

Y añade al final del mismo considerando que "Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación"

Por su parte la Directiva 23/2014/UE (Directiva de concesiones) aborda igualmente en su Considerando 6 esta tipología de servicios conforme al siguiente tenor "Cabe recordar que los Estados miembros son libres, dentro del respeto de los principios del TFUE sobre igualdad de trato, no discriminación, transparencia y libre circulación de personas contemplados en el Tratado, de decidir organizar la prestación de servicios, ya sea como servicios de interés económico general, como servicios no económicos de interés general, o como una combinación de ambos. Cabe recordar asimismo que la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales para definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, los servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad del servicio, con el fin de lograr sus objetivos de interés público. Tampoco menoscabará la competencia

de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y financiar los servicios de interés económico general, de acuerdo con el artículo 14 del TFUE y el Protocolo no 26 sobre los servicios de interés general, anejo al TFUE y al Tratado de la Unión Europea (TUE).

Asimismo, la presente Directiva no aborda la financiación de servicios de interés económico general ni los sistemas de ayuda concedidos por los Estados miembros, en particular en el ámbito social, de conformidad con las normas de la Unión en materia de competencia. Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva.”

Luego, de lo anteriormente expuesto se colige que las Directivas de contratación o de concesiones no reconocen interés transfronterizo a los servicios a las personas de carácter social, educativo o sanitario, ya que en el caso de que la externalización de los servicios no implique transferencia de riesgo operacional al contratista se articulará a través de un contrato de servicios que habrá de someterse a las normas de la Directiva 2014/24/UE si el importe del valor estimado del contrato es igual o superior a 750.000,00€, por el contrario si de la prestación del servicio se deriva la asunción por parte del contratista del riesgo operacional derivado de la prestación del mismo, estaríamos ante un contrato de concesión de servicios y quedaría sometido al cumplimiento de la Directiva 2014/23/UE cuando la cuantía de su valor estimado fuere igual o superior a 5.350.000,00€ (Orden HFP/1499/21 de 28 de diciembre).

Por debajo de los umbrales indicados el poder adjudicador podría conforme a las disposiciones de ambas Directivas acudir a procedimientos de reserva de servicios a determinadas entidades sin ánimo de lucro o a procedimientos restringidos o incluso a procedimientos negociados en los que el poder adjudicador pudiera negociar los aspectos de calidad y precio de la actividad ya que como se ha indicado ambas Directivas no encuentran en esta tipología de contratos de cuantías inferiores a las indicadas características definitorias de la dimensión transfronteriza de los mismos, pudiendo optar incluso por formulas de tipo no contractual como el concierto o la mera financiación de servicios.

Veamos a continuación como se han incorporado al Ordenamiento Jurídico interno las disposiciones de ambas Directivas de contratos y de concesiones, circunscribiéndose el estudio a la concreta materia de la prestación de servicios a las personas.

3.3.- Ley 9/2017 de 8 de noviembre Contratos del Sector Publico, 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.

Para contextualizar en el ámbito de aplicación de la LCSP las modalidades de contratación que pueden emplearse por parte de los poderes adjudicadores en primer termino parece oportuno delimitar el ámbito de actividad que objetivamente constituyen los servicios a las personas, esto es, qué se entiende por servicios a las personas. Ni las Directivas de contratación y de concesiones ni la propia LCSP ofrece un concepto claro y definitorio de esta tipología contractual si bien la Comisión Europea en Comunicación de 26 de abril de 2006 realiza una aproximación a esta tipología concreta de servicios a las personas, concretamente a los servicios sociales aduciendo que son aquellos servicios de interés general que ocupan un lugar específico como pilares de la sociedad y la economía europeas, tanto por su contribución a varios objetivos y valores esenciales de la Comunidad como por el carácter vital de las necesidades que han de satisfacer, garantizándose la aplicación de derechos fundamentales como la dignidad y la integridad de la persona. Atendiendo a estas características tan singularizadas los servicios sociales presentan las siguientes características organizativas:¹¹

- Funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad, lo que implica la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones.
- Carácter polivalente y personalizado, que integra respuestas a necesidades diferenciadas con el objeto de proteger a las personas más vulnerables.
- Ausencia de ánimo de lucro.
- Participación de voluntariado, expresión de la respuesta ciudadana a la demanda de servicio.
- Integración marcada en una tradición cultural local, lo que genera gran proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que redundo además en una mayor atención a las necesidades específicas del beneficiario.
- Relación asimétrica entre prestadores de servicios y beneficiarios, lo que requiere con carácter habitual el pago por un tercero.

¹¹ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión-Aplicación del programa comunitario de Lisboa-Servicios sociales de interés general en la Unión Europea de 26 de abril de 2006.

Atendiendo a estas peculiares características se puede afirmar que los contratos de servicios a las personas de carácter social pivotan sobre el eje central de la persona, primando en la organización de los mismos los criterios de solidaridad y cohesión social y no resultando por tanto relevante el principio de eficiencia económica, ya que en esta tipología concreta de servicios la eficiencia se ha de ponderar como estándar de calidad de prestación del servicio y no en clave económica¹².

La prestación de servicios sociales responde a principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad en la atención, transparencia y calidad.¹³

En la LCSP tal y como ya se hiciera en las Directivas de contratación y de concesiones se afirma en su Exposición de motivos que “En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras” Añadiendo más adelante que “incide la regulación de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como se ha dicho antes, quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.

Este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley. Por ello, determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía

¹²Gimeno Feliu, José María “Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de los servicios locales” en *La Gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, LRJSP la LRSAL*. Editorial Wolters Kluwer. Abril 2019

¹³ Domínguez Martín, Mónica “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público” *Revista General de Derecho Administrativo* nº 50, Iustel enero 2019.

el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio.

Por esta razón, en la medida que la diferencia entre el contrato al que se refiere el párrafo anterior y el contrato de concesión de servicios es la asunción o no del riesgo operacional por el empresario, es preciso que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar. Por ello, se ha introducido un artículo, el 312, donde se recogen las normas específicas del antiguo contrato de gestión de servicios públicos relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, lo que será el caso más general, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio.

Para identificar a estos contratos que con arreglo a la legislación anterior eran contratos de gestión de servicios públicos y en esta Ley pasan a ser contratos de servicios, se ha acudido a una de las características de los mismos: que la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio, por ello se denominan contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos.”

Y en relación a la tipología específica de servicios a las personas de carácter social que constituyen el objeto del presente trabajo dispone la Exposición de motivos de la LCSP que “debe señalarse 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 este sentido el art. 11.6 de la LCSP al regular los contratos o negocios

excluidos del ámbito de aplicación de la Ley determina que en relación a esta tipología de contratos específicamente considerados se entenderán excluidos en los siguientes términos "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"

Con independencia de la posibilidad de las leyes autonómicas reguladoras de la prestación de servicios sociales puedan establecer la exclusión de la prestación de tales servicios del régimen contractual previsto en la LCSP siempre que no se superen los umbrales cuantitativos que ya se expusieron con anterioridad para los servicios y para las concesiones de servicios, la prestación de servicios a las personas se regulan junto con los servicios especiales previstos en el Anexo IV de la LCSP responderán en cuanto a su regulación a una serie de disposiciones de carácter particular que sin ánimo de exhaustividad se exponen a continuación:

- Los contratos de servicios se someten a un umbral mas elevado que el resto para sujetarse al procedimiento contractual propio de los contratos sujetos a regulación armonizada, siendo dicho umbral el de cuantía igual o superior a 750.000€ (art. 22.1 c) LCSP)
- Las concesiones de servicios incluidos en el Anexo IV han de someterse a un régimen específico de publicidad derivado de la DA. 36ª que exige que por parte del poder adjudicador se realice un anuncio adicional de información previa en DOUE sin perjuicio de la exigencia de anuncio de licitación y el anuncio de la adjudicación de la concesión.
- La duración del servicio puede verse ampliado conforme a lo dispuesto en el art. 29.4 de la LCSP que dispone que "podrá establecerse en los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas un plazo de duración mayor cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente"
- El procedimiento de adjudicación también presenta peculiaridades puesto que el art. 131.2 de la LCSP dispone que "La adjudicación se realizará,

ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento” admitiéndose incluso la contratación a través de procedimiento negociado en las circunstancias expresadas en el art. 167 f) de la LCSP, esto es “Cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio”

- Además de lo anteriormente indicado se han de tomar en consideración el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el art. 312 de la LCSP ya que la prestación de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía han de contemplar las siguientes prescripciones:

“a) Antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

b) El adjudicatario de un contrato de servicios de este tipo estará sujeto a las obligaciones de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

c) Los bienes afectos a los servicios regulados en el presente artículo no podrán ser objeto de embargo.

d) Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar el secuestro o intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

e) La Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía de que se trate.

f) Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.

g) Además de las causas de resolución del contrato establecidas en el artículo 313, serán causas de resolución de los contratos de servicios tratados en el presente artículo, las señaladas en las letras c), d), y f) del artículo 294.”

De las peculiaridades regulatorias que se han indicado con carácter general y que posteriormente se particularizarán para cada tipología de contrato a través del cual se presten los servicios a las personas se puede extraer ya la conclusión de que tras la derogación de la figura contractual de la concesión de gestión de servicio público prevista en la normativa de contratos de 2011 se ha visto incorporada a la nueva concesión de servicios y que además se ha incorporado además a una determinada parte de servicios, los servicios a las personas, entendiéndose por tales todos los contemplados en el Anexo IV de la LCSP y no solo y únicamente los de carácter social, sanitarios o educativos, sino que este régimen especial de contratación se aplica a otros servicios con contraprestaciones directas a la ciudadanía que se incluyen igualmente en anexo IV de la LCSP tales como servicios de socorrismo, actividades deportivas,

comedor escolar o transporte colectivo urbano de viajeros.

3.4.- Los servicios a las personas en materia de servicios sociales, los servicios del cuarto pilar del Estado del Bienestar. Normativa autonómica reguladora de las fórmulas de prestación de los servicios sociales

Al analizar la naturaleza de los servicios a las personas hemos de detenernos por su especial singularidad en aquellos servicios que implican prestaciones de servicios sociales a la ciudadanía. Son servicios que aunque conllevan prestaciones directas a la ciudadanía no pueden confundirse con aquellos a los que se refiere el art. 312 de la LCSP, ni con aquellos que se integran en el Anexo IV de la misma LCSP ya que, aunque pudieren verse incluidos, su concreto régimen jurídico puede quedar al margen de la propia aplicabilidad de la LCSP tal y como argumentaba anteriormente, esto es, la UE parece mostrar cierta indiferencia por las formulas de prestación de esta concreta tipología de servicios atendiendo a su limitado interés transfronterizo. En este sentido también se pronunciaba la Exposición de motivos de la LCSP en relación a los contratos de carácter, social, sanitario o educativo, tal y como se expuso anteriormente, sin embargo, el art.11.6 de la LCSP únicamente excluye de su ámbito de aplicación la "prestación de servicios sociales por entidades privadas" esto es, no se hace alusión a las prestaciones de tipo educativo o sanitario a los que sí se alude en la Exposición de Motivos de la propia Ley. También excluye de su ámbito de aplicación la LCSP los servicios que se presten en el ámbito de convenios de colaboración o de encomiendas de gestión (art. 6 LCSP).

No obstante, lo anterior, esto es, con independencia de su posible exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP y con carácter previo a realizar el análisis de los medios de los que disponen las Entidades Locales para la organización, gestión y prestación de esta especial tipología de servicios, es preciso analizar el alcance de la competencia que ejercen las Entidades Locales en la materia que nos ocupa. El art. 148.1. 20ª de la Constitución Española contempla la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman a través de sus Estatutos de Autonomía como propia la competencia en materia de asistencia asistencial, facultad esta que ha sido asumida como propia por la totalidad de las Comunidades autónomas de España, de manera que en los primeros años de los ochenta se fueron aprobando por parte de las Comunidades Autónomas leyes reguladoras de la prestación de

servicios sociales. En el caso de Andalucía se aprobó la Ley 2/1988 de 04 de abril de Servicios Sociales de Andalucía.

No obstante, no se puede desconocer que el Estado no queda totalmente excluido de la materia que nos ocupa en cuanto al régimen de reparto de competencia puesto que conforme al título competencial previsto en el art. 149.1.1º de la Constitución Española el Estado ostenta la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de deberes constitucionales, es sin duda éste un título competencial de carácter transversal que difícilmente no encontrará reflejo en la materia que nos ocupa. De este modo el Estado aprobó la ley 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia precisamente arguyendo el título competencial previsto en el art. 149.1. 1º de la CE.

Hecha esta salvedad es admisible afirmar que la competencia en materia de prestación de servicios sociales en una competencia netamente autonómica habiendo reconocido las Comunidades Autónomas un margen competencial propio a las Entidades Locales de su ámbito territorial que obviamente variará en cada caso en función de lo que disponga su propia normativa reguladora en la materia o como es el caso de Andalucía en su propia norma reguladora de la Autonomía local. Sin perjuicio de ello es posible afirmar que el modelo suele ser bastante parecido en todas las Comunidades Autónomas. De este modo el Estatuto de Autonomía para Andalucía prevé como competencia propia de los Ayuntamientos (art. 92 EAA) la "gestión de los servicios sociales comunitarios" así como la "cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del medio ambiente y de la salud pública" todo ello en los términos que determinen las leyes, que en el ámbito de Andalucía resulta ser en el ámbito de la Ley 9/2016 de 27 de diciembre de Servicios Sociales de Andalucía (LSSA) que deroga la Ley 2/1988 de 04 de abril anteriormente citada.

La asunción de competencias en materia de servicios sociales por parte de las Entidades Locales ha resultado ciertamente controvertida y polémica ya que en el art. 25.2 e) de la LRBRL en su redacción dada por la LRSAL se contempla que "El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: ...e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social"

recordemos que la redacción anterior del precepto de referencia incluía como competencia propia del municipio la prestación de servicios sociales y la promoción y reinserción social, por lo que la intención del legislador de 2013 es sin duda devolver esta competencia a las Comunidades Autónomas de manera que si se determinan la conveniencia de implantación de servicios sociales en el ámbito local será la Ley de cada Comunidad Autónoma la que prevea la dotación y recursos necesarios para garantizar la suficiencia financiera de las Entidades locales evitando en todo caso un mayor gasto para las Administraciones públicas. Por su parte el art. 27 de la LRBRL prevé de manera expresa la posibilidad de que las Entidades locales ostenten la competencia de en materia de prestación de servicios sociales por “delegación” de las Comunidades Autónomas, delegación que en todo caso habrá de tener una duración mínima de 5 años debiendo acreditarse en todo caso que de la misma redunda una mejora de la eficiencia en la gestión pública.

Asimismo, y como mecanismo de cierre se disponía en la Disposición Transitoria Segunda de la LRSAL que disponía lo que sigue:

“1. Con fecha 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.”

Esta Disposición fue declarada inconstitucional por la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016 de 03 de marzo que como ya se expuso fue la primera que se dictó en relación a la LRSAL, la misma Sentencia declaró inconstitucionales y nulos las disposiciones siguientes: art. 57 bis LRRL, Disposición Adicional Undécima, y Disposiciones Transitorias Primera, segunda y Tercera, además de determinados incisos de la DT. 4ª y 11ª, en definitiva se declara que incurre en vicio de inconstitucionalidad atendiendo a que se invaden competencias propias de las Comunidades Autónomas, ya que dichas Entidades pueden atribuir dentro del ámbito de su competencia a los entes locales competencias en materia de servicios de asistencia social atención primaria a la salud como competencias propias locales. Esto es, no solo se pueden atribuir competencias propias a las Entidades locales por legislación estatal sino que las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de sus competencias propias, también pueden atribuir a las Entidades Locales responsabilidades propias dentro del ámbito de sus intereses propios.

Recordemos que el art. 9.3 de la LAULA otorga a los municipios andaluces competencia propia en la materia de gestión de servicios sociales comunitarios, todo ello de conformidad con lo que disponga el Plan y Mapa Regional de Servicios sociales de Andalucía, las prestaciones que se incluyen en el ámbito de los servicios sociales comunitarios en el ámbito de Andalucía son: 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 distintos colectivos dentro del ámbito territorial del municipio.

Además de lo indicado hemos de recordar que las Entidades locales podrán asumir otras competencias distintas de las propias, que son las que hemos indicado o las atribuidas por delegación de la Comunidad Autónoma, siempre que se acredite el cumplimiento de las condiciones previstas en el art. 7.4 de la LRBRL al que ya nos hemos referido anteriormente, pudiendo incluso prestarse servicios sociales especializados, acreditando la correspondiente suficiencia financiera para dicha prestación, y sin perjuicio de que pudieren establecer a tal fin convenios de cooperación económica por la correspondiente Comunidad Autónoma.

Contextualizado ya el ámbito material de la competencia municipal en materia de prestación de servicios sociales es procedente analizar las diferentes formas o vías procedimentales con los que cuentan las Entidades Locales para la prestación de servicios tan trascendentes dentro de la colectividad local como los servicios de ayuda a domicilio, residencia de ancianos, centros de día, etc.

4. FORMULAS CONTRACTUALES DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES POR PARTE DE LAS ENTIDADES LOCALES.

En primer término hemos de recordar, sin ánimo de incurrir en redundancias innecesarias, que los servicios a las personas con valores inferiores al umbral de 750.000€ no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros por lo que los Estados pueden organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos (considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE) recordemos que en idénticos términos se expresa la Exposición de motivos de la LCSP y que el Art. 11.6 de la LCSP excluye de su ámbito de aplicación a la prestación de servicios por entidades privadas. Luego, sensu contrario hemos de afirmar que los servicios sociales así como otros servicios a las personas incluidos en el Anexo IV de la LCSP cuya umbral sea igual o supere los 750.000 euros se han de considerar sujetos a regulación armonizada y por tanto se encuentran a la Directiva de contratos y por tanto a la propia LCSP y ello con independencia de que aquellos contratos que no superen el umbral puedan igualmente sujetarse a la normativa contractual si el poder adjudicador voluntariamente así lo asume. En todo caso, esto es, se articule la prestación de tales servicios a través de formulas contractuales o no, en todo caso habrá de darse cumplimiento en todo caso a los principios de igualdad de trato, transparencia y no discriminación.

Veamos a continuación cuales son las fórmulas contractuales de prestación de los servicios a las personas de carácter social.

4.1.- El contrato de Gestión de Servicios y el contrato de servicios.

La diferencia entre una modalidad contractual u otra no obedece al objeto del contrato, esto es, al servicio que constituye el objeto del contrato sino a la eventualidad de que se asuma por parte del contratista el riesgo operacional derivado de la prestación con las particularidades que ya se han examinado con anterioridad y que se dan aquí por reproducidas, esto es, que el contratista se exponga de manera real a las incertidumbres del mercado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 14.4 de la LCSP. Por lo que, las especialidades de contratación se pueden examinar de manera conjunta ya que como se ha indicado el objeto del contrato es idéntico en un caso o en otro.

Las principales peculiaridades que podemos reseñar en la contratación de

servicios o de concesión de servicios a las personas de carácter social se pueden sintetizar en las siguientes:

- Las disposiciones especiales que la LCSP establece para esta categoría de servicios se aplica únicamente a los servicios previstos en el Anexo IV de la LCSP, además en el caso que nos ocupa son contratos que implican prestaciones directas a la ciudadanía por lo que habrá de verificarse el cumplimiento de las exigencias previstas en el art. 312 de la LCSP, exigencias propias de la "publicatio" del servicio (establecimiento del régimen jurídico del servicio, derechos de los usuarios, etc...)
- y ello con independencia de que la forma de prestación sea la de contrato de servicio o contrato de concesión de servicio.
- Estos contratos se considerarán sujetos a regulación armonizada si el umbral iguala o supera la cantidad de 750.000,00€, lo que supone un sensible incremento cuantitativo frente a la cantidad que se indica en el art. 22.1 c) de la LCSP para el resto de servicios ya que por debajo de tal umbral no se considera que el contrato revista una verdadera dimensión económica cediendo en caso de que se le reconociera dicha dimensión ante la verdadera trascendencia social de la actividad ¹⁴
- La duración de esta tipología de contratos igualmente representa un régimen especial, de este modo se parte del plazo de duración general de los contratos de servicios que podrá alcanzar como máximo 5 años, incluidas las prórrogas que se puedan prever por parte del órgano de contratación. No obstante, se puede prever un plazo de duración superior cuando lo exija el periodo de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el objeto del contrato siempre que dichas inversiones no se pudieran utilizar en el resto de la actividad productiva del contratista, dicho uso resultara antieconómico y las amortizaciones de la inversión representen un coste relevante. Asimismo, el art. 29.4 de la LCSP prevé para los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas que se podrá establecer un plazo de duración superior cuando fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente sobre los usuarios. Por lo que respecta a la concesión de servicios se establece igualmente

¹⁴ Paricio Rallo, E. "El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales" Cuadernos de Derecho Local, nº 32 (2013)

con carácter general el plazo de duración de 5 años, no obstante, el plazo ha de resultar vinculado a la recuperación de las inversiones realizadas junto con un rendimiento del capital invertido. Se pretende con ello evitar que plazos excesivamente largos menoscaben o restrinjan de manera injustificada la libre competencia de mercado.

- En los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales el art. 107.1 de la LCSP prevé que por parte del órgano de contratación se exima al adjudicatario del servicio de la prestación de garantía definitiva.
- En relación al procedimiento de contratación es preciso igualmente poner de manifiesto que conforme a lo dispuesto en el art. 131.2 de la LCSP frente al procedimiento abierto y restringido que rige con carácter general en el procedimiento de concesión de servicios incluidos en el Anexo IV de la LCSP el procedimiento habrá de ser necesariamente el procedimiento restringido en lugar del procedimiento abierto. Existe no obstante cierta resistencia por parte de los poderes adjudicadores en la tramitación de tales expedientes a través del procedimiento restringido ya que con carácter general suelen ser procedimientos que se dilatan más en el tiempo
- El art. 135.5 de la LCSP prevé para la concesión de servicios especiales del Anexo IV la obligatoriedad de realizar anuncio de información previa en el DOUE (DA 36ª LCSP) con independencia del resto de anuncios de carácter obligado con carácter general esto es, anuncio de convocatoria de la licitación, adjudicación, modificación, etc.
- Se requiere para su adjudicación la ponderación de varios criterios de adjudicación, no únicamente el precio (art. 145.3 g) LCSP) debiendo además ponderar los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146 (art. 145.4 LCSP).
- Asimismo, y en cuanto a las especialidades procedimentales es procedente citar la posibilidad de adjudicación de tales servicios a través del procedimiento con negociación previsto en el art. 167 f) de la LCSP, que prevé la utilización de tal procedimiento para los contratos sociales personalísimos que se caractericen por 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 resultaban ser beneficiarias de dichos servicios.

Por último, es procedente señalar que conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 47ª de la 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."

4.2.- La reserva de contratos a Entidades del Tercer Sector

La reserva de contratos es una modalidad de prestación de servicios propiamente contractual a la que se refiere la Disposición Adicional cuadragésima octava de la LCSP. En idénticos términos se pronunciada el art 77 de la Directiva de contratación (D. 2014/24/UE) en este sentido dispone la Disposición invocada que:

"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.”

Lo verdaderamente relevante de esta modalidad de contratación es a la posible reserva de las categorías contractuales a las que alude el apartado 1 a una serie de entidades cuya característica común es su pertenencia al Tercer sector, esto es, se trata de reserva de contratos a entidades sin ánimo de lucro. Las formas de adjudicación de los contratos que atiendan a la reserva establecida serán las formas genéricas que se contemplan en la LCSP, pero es sin duda una fórmula estratégica para la consecución de políticas sociales, redundando en lo que desde la Unión europea se califica de compra pública responsable ya que la contratación se erige en un fin social en sí mismo y no en un instrumento medial al servicio de otros fines públicos.

Desde la doctrina se defiende la ventaja de la contratación de contratos sujetos a reserva atendiendo a las ventajas que se derivan de la obtención de beneficios sociales y de empleo atendiendo a la actividad que desarrollan empresas de inserción y los centros de iniciativa social que trabajan con colectivos especialmente desfavorecidos¹⁵

Pese a las bondades de la Disposición son escasas las muestras de reservas de servicios publicadas en la Plataforma de Contratos del Sector Público.

¹⁵ Mendoza Jiménez, Javier “Los contratos reservados, política social a coste cero” <https://www.jaimepintos.com/los-contratos-reservados-politica-social-a-coste-cero/>

5. FORMULAS NO CONTRACTUALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOCIALES POR PARTE DE LAS ENTIDADES LOCALES. LAS LLAMADAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR.

Analizadas ya la formulas contractuales propiamente dichas de prestación de servicios a las personas, servicios de carácter social, es procedente analizar las formulas de prestación que no se sujetan a formulas contractuales previstas en la LCSP y que por tanto se han de entender excluidas de su ámbito de aplicación, debiéndose entender por tanto que tales servicios no podrán superar en ningún caso el umbral cuantitativo que implica que tales servicios revistan interés transfronterizo y que por tanto hayan de quedar sujetos a la Directiva de contratación y por tanto a la LCSP.

5.1.- El convenio de colaboración como medio de prestación de servicios sociales

Desde que las Comunidades Autónomas asumieron por la vía de sus Estatutos de Autonomía los servicios sociales como competencia propia de carácter autonómico y con las primeras normas de desarrollo de tales competencias de la década de los ochenta proliferaron para la prestación de tales servicios los convenios de colaboración interadministrativa entre las Comunidades Autónomas y las entidades Locales (Ayuntamientos y Diputaciones provinciales), participando en tales convenios incluso la Administración del Estado que asumía participación en la financiación de tales servicios, eran los conocidos como convenios tripartitos para la gestión y financiación de determinados servicios de carácter social tales como la gestión de los servicios de protección de menores, de mayores, de drogodependientes, etc.

La figura del convenio era fácilmente admisible ya que la normativa de contratos vigente en este momento temporal la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Publicas determinaba que los convenios de colaboración quedaban fuera de su ámbito de aplicación, resultando además un tanto laxa la normativa reguladora de la actividad convencional de las Administraciones públicas, esto es, la entonces vigente Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento administrativo Común regulaba los convenios interadministrativos en los artículos 6 y 8 de una forma genérica y poco detallada, extendiéndose además la forma del Convenio de colaboración con entidades privadas sin ánimo de lucro que

desempeñaban determinada actividad de carácter social que resultaba previo convenio de colaboración subvencionada por la Comunidad Autónoma como responsable de la prestación de tales servicios.

Esta dinámica de mantenimiento de convenios de colaboración tan extendida se mantuvo en el tiempo hasta la entrada en vigor de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público que en su art. 4.1d) condiciona la exclusión de su ámbito de aplicación de los convenios celebrados con personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado a la circunstancia de que "su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales"

La disposición reproducida viene a arrojar luz sobre la posibilidad de suscribir convenios para la prestación de tales servicios y las Administraciones comienzan a licitar los servicios anteriormente convenidos con arreglo a las normas propias de la contratación de gestión de servicio público, acudiendo principalmente a las modalidades del concierto o la concesión de gestión de servicio público.

Determinadas normas autonómicas reguladoras de servicios sociales contemplan la figura del convenio de colaboración como fórmula de prestación de servicios sociales, si bien dicha fórmula como en el caso de la LSSA reviste en todo caso un carácter puramente residual y subsidiario al resto de fórmulas contractuales o no contractuales de prestación.

5.2.- El concierto social. Análisis comparativo de la regulación del concierto social en la legislación autonómica española.

La fórmula no contractual de prestación de servicios sociales por excelencia es la acción concertada o el llamado concierto social. La LCSP ha admitido sin rodeos la articulación de este tipo de procedimiento de concertación con arreglo a las disposiciones legislativas que en cada caso prevean las Comunidades Autónomas. Así dispone la Disposición Adicional 49ª de la LCSP que lleva por rúbrica: legislación de las Comunidades Autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social que "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." La conjugación de esta Disposición

con el art. 11.6 de la LCSP llevan a admitir sin ambages la posible prestación de servicios a las personas de carácter social sin necesidad de celebración de un contrato propiamente dicho, sino a través de la acción concertada, aunque la LCSP no alude de manera directa a esta concreta fórmula de prestación es la que se ha contemplado de manera extendida en la normativa autonómica reguladora de los servicios sociales. De este modo se ha definido la acción concertada como “aquel instrumento organizativo por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos”¹⁶

Las formulas para la concertación de servicios dependerán de las disposiciones que en cada caso rijan en la cada Comunidad Autónoma, pero podemos afirmar que se dan dos posibles fórmulas, siempre previo pronunciamiento del ente de cuya responsabilidad dependa la prestación del servicio en relación a la declaración de aptitud de la entidad para acceder a la acción concertada:

- En régimen de libre concurrencia: En este caso se procederá a la valoración de las solicitudes de concertación previamente admitidas, habiendo establecido criterios de adjudicación o preferencia en caso de igualdad de condiciones entre dichas entidades admitidas
- Mediante adjudicación directa a entidades sin animo de lucro y sin sometimiento a procedimiento sujeto a convocatoria pública. La Unión europea ha admitido esta posibilidad siempre que concurren determinadas condiciones; un condicionante de tipo objetivo, que se trate de los servicios contemplados en el Anexo IV de la LCSP y un condicionante de tipo subjetivo y es que las entidades concertadas han de ser entidades sin animo de lucro, esto es, entidades que no obtengan beneficios de la realización de la acción concertada y que en el caso que se produzcan sean reinvertidos en la acción social que desarrollan.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha referido a estas cuestiones en la Sentencia dictada en fecha 21 de marzo de 2019 en el asunto C-465/17 así como en la Sentencia dictada en fecha 17 de junio de 1997 en el asunto C-70/95, arguyendo en este último pronunciamiento que la inexistencia de animo de lucro resulta ser el medio más coherente

¹⁶ Martín Egaña, A. “Los servicios a las personas: La Adjudicación directa como alternativa al concierto social” Revista Gabinete Jurídico Castilla-La Mancha n 25, marzo 2021

para la satisfacción de las finalidades exclusivamente del sistema.

Las condiciones admitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han desarrollado con cierto nivel de detalle en la Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2014 dictada en relación al asunto C-113/2013 en la que se concluye que las condiciones que han de verificarse para que la adjudicación directa a estas entidades resulte acorde al Derecho de la Unión Europea son las que se exponen de manera sucinta a continuación:

- El recurso a entidades sin animo de lucro debe contribuir a la finalidad social y a los objetivos de solidaridad y eficacia presupuestaria.

- Se ha de garantizar el respeto a la normativa laboral de protección de los trabajadores y evitar practicas abusivas de organizaciones de voluntariado o de los miembros de la entidad.

- En el reembolso de los costes se ha de velar para que no se persiga animo de lucro, ni de manera indirecta, el participante tan solo puede obtener el reembolso de los costes efectivamente soportados.

- Las actividades comerciales que realicen estas entidades concertadas han de tener en todo caso carácter marginal en relación con el conjunto de actividades que lleven a cabo.

La vulneración de tales condiciones tendría como consecuencia la vulneración de los principios de la contratación pública y de defensa de la competencia, siendo por tanto contraria a los principios de funcionamiento de la Unión.¹⁷

Establecidas ya con carácter general las peculiaridades de la acción concertada en la prestación de servicios sociales resulta oportuno analizar, aunque sea de una forma somera con objeto de no extender más allá de lo estrictamente necesario en el presten trabajo las principales peculiaridades de la normativa autonómica en la regulación del concierto social como modalidad de prestación no contractual de servicios sociales.

Determinadas comunidades autónomas determinan de manera expresa que tales formas de prestación carecen de naturaleza contractual como son las comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón, Valencia y Asturias, frente a otras comunidades autónomas como es el caso de Andalucía a la que haré referencia con mayor detenimiento a continuación que califica al concierto social como un

¹⁷ Gimeno Feliu, José María “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales” Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 52 (2018)

contrato administrativo especial, afirmando de este modo su naturaleza contractual.

La normativa autonómica analizada en el presente trabajo que atiende en cada caso a la regulación del concierto social y que a título indicativo se expone es la siguiente:

Aragón: Ley 11/2016 de 15 de diciembre de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.

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

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

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

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

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

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

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

A continuación, expondremos de manera sucinta y del análisis de las normas invocadas los elementos más singulares de la concertación social en cada ámbito territorial que se exponen a continuación en relación a aspectos tales como ámbito subjetivo de la acción concertada, objeto y principios, requisitos de acceso al sistema o procedimiento de concertación y criterios de prelación en relación a las entidades admitidas.

En relación a las condiciones subjetivas para el acceso a la acción concertada la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas admiten el acceso de entidades

privadas con o sin ánimo de lucro, si bien priorizan a esta últimas en condiciones de análoga eficacia, calidad y rentabilidad social (Galicia, Cataluña, Baleares y Extremadura) no obstante otras Comunidades como Aragón Valencia y Asturias únicamente admiten la concertación con entidades públicas o privadas de iniciativa social y sin ánimo de lucro ya que si la Entidad aspira a tener un beneficio empresarial habrá de concurrir en un proceso de contratación propiamente dicho.

El objeto de la concertación también varía de una región a otra, ya que en determinadas comunidades autónomas se determina el objeto del concierto de una manera muy amplia atendiendo al conjunto de prestaciones incluidas en el Catálogo de prestaciones y servicios sociales de la región frente a otras comunidades que circunscriben el concierto a prestaciones muy singularizadas tales como alojamiento y manutención de personas en situación de dependencia o protección de menores (Aragón, Valencia o Asturias).

Por lo que respecta a los requisitos de acceso al sistema de concierto se establece con carácter general la necesidad de contar con autorización administrativa acreditativa de la actitud para la prestación de los servicios del concierto social de que se trate, así como la necesidad de disponer de los medios personales y materiales para la prestación de tales servicios, si bien las exigencias suelen ser miméticas de una región a otra la forma de acreditación varía sensiblemente ya que mientras en algunas comunidades basta con la presentación de declaración responsable en otras como en la Región de Murcia se exige la presentación de un proyecto técnico descriptivo de las instalaciones con las que cuenta la entidad que pretende acceder al concierto. Sin perjuicio de la acreditación de estos requisitos mínimos de solvencia otras Comunidades exigen con carácter adicional contar con Planes de Igualdad en el caso de que cuenten con más de 250 trabajadores (Andalucía) o contar con certificados de calidad del centro o del servicio en cuestión (Valencia)

En relación al procedimiento de concertación con carácter general se realiza en régimen de pública concurrencia con sujeción a los principios de publicidad y transparencia, se establecen con carácter general criterios de priorización de Entidades atendiendo a criterios de implantación de calidad, de arraigo y similares, criterios que atienden a priorizar las entidades con mayor capacidad e idoneidad. Criterios que una vez ponderados el órgano concertante resolverá de manera motivada la concertación de los servicios con las Entidades admitidas, en

relación al orden de concertación en determinadas comunidades autónomas rige el criterio de la libre elección de la persona solicitante del servicio como es el caso de la Región de Murcia frente a otras comunidades como la andaluza que incorpora de manera mimética a la adjudicación contractual la fórmula de la LCSP. Por último y en relación al régimen de financiación éste también varía en función de qué normativa autonómica rija, en este sentido y aunque con carácter general se atiende al sostenimiento de los gastos asociados a dichos servicios para garantizar su correcto desarrollo, el nivel de desarrollo de algunas normas frente a otras permiten incluir en el coste del servicio partidas de amortizaciones de bienes muebles o inmuebles o posibles desequilibrios entre la compensación y los gastos financiados (Asturias).

La concertación social es como vemos una fórmula de prestación de servicios con perfiles muy variados en función de la normativa autonómica que resulte en cada caso aplicable, aunque a la vez con una esencia muy semejante en todos los casos, como fórmula de prestación de servicios de carácter social a través principalmente de entidades del tercer sector, con carácter exclusivo o en su defecto con carácter prioritario.

5.3.- Especial referencia a la regulación del concierto social en Andalucía. Análisis de la frustrada experiencia en su implantación en el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería).

El caso de la regulación del concierto social en la Comunidad Autónoma de Andalucía presenta perfiles muy particulares cuyo análisis merece su consideración de manera individualizada.

Se encuentra regulado en la LSSA, que lo define en su art. 101.1 tal y como lo hace el resto de las normas autonómicas analizadas anteriormente en los términos siguientes "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" estableciendo en el apartado 3 del mismo precepto la modalidad del concierto como una modalidad de prestación diferenciada a la modalidad contractual que en el momento de promulgación de la ley (2016) estaba vigente.

El ámbito objetivo del concierto social en la normativa andaluza es de régimen amplio previendo gestión integral de prestaciones, servicios o centros,

admitiendo incluso la posibilidad de suscribiré un único concierto que aglutine varios servicios o centros con un mismo ente o titular de dichos centros.

En atención a los requisitos subjetivos el concierto no se limita a las entidades de iniciativa social pero el art. 101 de la LSSA otorga prioridad a tales entidades en condiciones análogas de eficacia, calidad y rentabilidad social.

Se exige la previa inscripción en el Registro de Entidades, centros y Servicios sociales para poder acceder a la concertación de servicios, así como otros requisitos adicionales tales como experiencia previa acreditada, presencia previa en la zona en la que se vaya a prestar el servicio, acreditación de contar con los medios materiales necesarios para la prestación del servicio como son la titularidad del centro o el derecho real de uso disfrute sobre el mismo así como las condiciones que de manera adicional se dispongan en la convocatoria de concierto.

En desarrollo de la LSSA se aprobó el Decreto 41/2018 de 20 de febrero por el que se regula el concierto social en Andalucía.

Esta norma reglamentaria con dudoso criterio califica en su art. 1.2 el concierto social como un contrato administrativo especial de acuerdo con lo previsto en el art. 25.1 b de la LCSP.

Esta calificación contraviene claramente el tenor de lo dispuesto en el art. 101.3 de la LSSA anteriormente invocado, ya que de dicho precepto se colige que no se pretende configurar el concierto social como un contrato, sino que pretende desvincularlo absolutamente de la normativa contractual vigente en el momento de promulgación de la ley.

Pero es que además llama poderosamente la atención que no lo califique simplemente como un servicio, o como un servicio especial, sino que acude en la calificación del mismo a una figura contractual que se define de manera residual al resto, cual es la del contrato administrativo especial. Esta calificación no obstante fue avalada por el Dictamen del Consejo consultivo de Andalucía 58/2018 de 07 de febrero, aunque sí afirma en el antedicho Dictamen el Consejo Consultivo de Andalucía que resulta recomendable llevar a cabo una "reforma legal" luego de manera velada se admite el carácter "contra legem" del propio reglamento.

Además la configuración del concierto como un contrato administrativo especial, esto es, como un contrato regulado en la LCSP como aquel cuyo objeto este vinculado al giro o trafico de la Administración contratante o con el que se

satisfaga una finalidad pública, tiene como consecuencia directa que las posibles impugnaciones que se planteen por los licitadores de dicho contrato administrativo especial podrán plantearse en función de la cuantía ante el Tribunal Administrativo de Recursos contractuales de Andalucía.

El resto de la regulación del concierto social que se desprende del Decreto 41/2018 no difiere sensiblemente del resto de normativa autonómica analizada si bien generará la complejidad de acomodar dichas disposiciones a las propias de la LCSP en la regulación de las condiciones de licitación, criterios de adjudicación, condiciones de solvencia, condiciones especiales de ejecución, etc, ya que la normativa de contratación propiamente dicha resulta de difícil encaje con la normativa social en materia de prestación de servicios sociales a las personas tal y como hemos venido expandiendo a lo largo de estas páginas.

Un claro ejemplo de esto que se aduce es la frustrada experiencia del Ayuntamiento de Roquetas de Mar en su intento de implantar el servicio de ayuda a domicilio a través de la concertación social.

El Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería) publicó en fecha 03 de febrero de 2020 en el perfil del contratante alojado en la Plataforma de contratos del sector público y en el DOUE anuncio de licitación, PCAP y PPT para la contratación del contrato administrativo especial del Servicio de Ayuda a domicilio en el municipio de Roquetas de Mar mediante concierto social” con un valor estimado de 8.574.783,72€, contra el anuncio de licitación se formuló recurso administrativo especial por parte de la Federación empresarial de Dependencia que solicita al TARCA la anulación de los pliegos por la exigencia de “presencia previa en la zona, esto es, en el municipio de Roquetas de Mar” así como haber prestado servicio a ayuda a domicilio previamente en dicho ámbito, entendiéndose la recurrente que dicha exigencia vulnera la Ley 20/2013 de 09 de diciembre de Garantía de Unidad de Mercado, considerando que la definición de ámbito que establece el Ayuntamiento en el Pliego impugnado resulta un obstáculo a la licitación. Por su parte el Ayuntamiento se opone al recurso planteado arguyendo que las disposiciones contenidas en el PCAP no son otra cosa que la reproducción de las condiciones de la LSSA y de la DA 47ª de la propia LCSP, argumentaciones que a criterio de quien suscribe son plenamente oponibles tal y como hemos venido exponiendo a lo largo del presente trabajo.

No obstante el TARCA en su Resolución nº 132/2020 de fecha 28 de mayo de 2020 concluyó que la exigencia establecida por el Ayuntamiento de Roquetas de

Mar relativa a la necesidad de presencia previa en la zona y la exigencia de haber prestado servicios durante al menos tres años en el ámbito territorial al que alude el contrato resultaba contrario a las normas de contratación pública, estimando el recurso interpuesto y anulando por tanto la cláusula del PCAP impugnada anulando por tanto la licitación convocada por el Ayuntamiento.

Posteriormente en fecha 28 de septiembre de 2020 el Ayuntamiento de Roquetas de Mar publicó anuncio de licitación, PCAP y PPT para la contratación del servicio de ayuda a domicilio en el perfil del contratante del Ayuntamiento y previamente en el DOUE.

En fecha 19 de octubre de 2020 se presentó recurso administrativo especial contra los Pliegos de la licitación convocada por la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia, aduciendo como motivos de impugnación la inviabilidad económica del contrato, la nulidad del criterio de arraigo territorial o local, así como una aparente contradicción entre las condiciones de admisión y la condiciones de prioridad en el acceso a la licitación ya que el Ayuntamiento priorizaba en el acceso a la adjudicación del servicio a las entidades de iniciativa social de conformidad con lo estipulado en el art. 3.7 de la LSSA.

El Ayuntamiento elevó al TARCA informe en virtud del cual se oponía al recurso planteado arguyendo nuevamente las disposiciones de la LSSA y del Decreto 41/2018 regulador del concierto social en relación a la inclusión en los Pliegos impugnados de los requisitos de arraigo y de las condiciones de prioridad de las entidades de iniciativa social, arguyendo igualmente la plena exigibilidad a las Entidades licitadoras de contar con los medios materiales necesarios para la prestación del servicio en el caso que nos ocupa del centro de trabajo, todo ello conforme a la normativa autonómica analizada anteriormente. El TARCA en su Resolución nº 93/2021 de fecha 18 de marzo de 2021 vuelve a resolver anulando los Pliegos aprobados por el Pleno municipal para la licitación convocada y anulando la licitación, aduciendo que las cláusulas contenidas en el PCAP vulneran la normas de concurrencia y que las exigencias previstas por la LSSA en modo alguno pueden configurarse como requisitos de acceso a la licitación tal y como se recogen en la propia norma y que en su caso podrían contemplarse como condiciones especiales de ejecución.

El Ayuntamiento que actualmente presta el Servicio de Ayuda a Domicilio mediante una Resolución de contratación de Emergencia, situación que se ha visto excesivamente prolongada a la vista de las circunstancias expuestas ha

desistido definitivamente de la prestación del servicio a través de la acción concertada y ha optado por licitar el servicio a través de un contrato de servicios SARA conforme a las disposiciones de la LCSP. La licitación actualmente en fase de evaluación no ha sido objeto de recurso alguno por el momento.

6. CONSIDERACIONES FINALES

De la exposición realizada a lo largo de estas páginas se puede concluir que la prestación de servicios a las personas por parte de las Entidades Locales en materia de servicios sociales responde a una competencia propia de las Entidades Locales por atribución de la normativa autonómica reguladora de la materia en cada Comunidad Autónoma sin perjuicio de las competencias que los municipios asuman voluntariamente por la vía del art. 7.4 de la LRBRL.

De igual modo se puede afirmar que la prestación de servicios sociales es una actividad con escaso interés transfronterizo siempre que no se supere el umbral previsto para los servicios de carácter especial previstos en el Anexo IV de la LCSP, resultando perfectamente posible la prestación de tales servicios por modalidades de prestación de naturaleza no contractual de acción concertada o incluso de adjudicación directa sin que de ello se infiera vulneración alguna de los principios de libre mercado de la Unión Europea, atendiendo a la peculiar naturaleza de tales servicios y de las entidades que los prestan.

Se puede concluir igualmente que pese a la especial vinculación existente entre la concreta actividad prestacional de servicios sociales a la ciudadanía y las Entidades de iniciativa social pertenecientes al Tercer Sector tanto la reserva de servicios a tales Entidades como la concertación social de dichos servicios con Entidades sin ánimo de lucro es del todo marginal con relación a la prestación de dichos servicios a través de fórmulas propiamente contractuales.

Y por último, se puede concluir que en el ámbito territorial de Andalucía la configuración del concierto social a través del Decreto 41/2018 como contrato administrativo especial y por tanto como fórmula de prestación plenamente sujeta a la normativa de contratación de servicios ha hecho inviable la armonización de los criterios contemplados en la normativa reguladora de los servicios sociales en Andalucía con los principios del procedimiento de contratación de tales servicios que se desprende de la LCSP hasta tal punto que desde la aprobación del Decreto 41/2018 hasta la fecha ninguna Entidad Local del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha acogido al régimen especial del concierto social para la prestación de servicios sociales, sin

que podamos concluir que ello responda a una incorrecta trasposición de la Directiva de contratación sino más bien a un fallido desarrollo reglamentario de la LSSA para la regulación del concierto social en Andalucía, y buena muestra de ello lo encontramos en el Excmo. Ayuntamiento de Roquetas de Mar de Almería que, habiendo desistido tras varios intentos fallidos de la prestación del servicio de ayuda a domicilio mediante concierto social, finalmente ha optado por la prestación de servicios sociales de su competencia a través del contrato de Servicios entendiendo por tal los que define el art. 17 de la LCSP y no como prestación excluida (art. 11.6 LCSP) ni como contrato administrativo especial (art. 25 LCSP).

7. BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS REFERENCIAS

- 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* nº 88, 2014.
- Bernal Blay, M.A. "La contratación de los servicios a las personas" en *Tratado de contratos del Sector Público*. Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- Caraza Cristin, M "El Singular modelo de gestión de los servicios sociales en Andalucía: el Concierto social" *Revista del Instituto Andaluz de Administración Pública*, Sevilla 2020
- Carlos Ruiz, M. "La gestión de los servicios públicos: sus condicionantes desde el derecho europeo en el contexto de la transposición de las directivas sobre contratación pública" *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 59, 2016
- Castro López, P. "El régimen Jurídico administrativo de los servicios sociales en Andalucía: principales aportaciones de la nueva Ley 9/2016, de 27 de diciembre" en *Servicios de Interés General y protección de los usuarios*, Dykinson, 2018
- Cuba Vila, B. "Adjudicaciones directas y tercer sector: STJUE de 28 de enero de 2016" *El consultor de los Ayuntamientos* vol. Nº 12, Ref. 1446/2016 Editorial Worters Kluwer.
- Del Guayo Castiella, Íñigo, "Nuevo Régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la reforma de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local" *El consultor de los Ayuntamientos*, nº 5, 2014.
- Domínguez Martín, M. "Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras la Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del sector público" *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 50, enero 2019
- Gallego Córcoles, I. "Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación" *El Consultor, Contratación Administrativa Práctica*, nº 152, Sección informe de jurisprudencia, noviembre-diciembre 2017 Wolters Kluwer, La Ley14739/2017.
- Gimeno Feliu, J.M. "La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades" *Seminario sobre la reforma del Estado. Nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017*. INAP 18 de octubre de 2017.
- Gimeno Feliu, J.M. "La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales"

Observatorio de contratación pública, 2015.

-Gimeno Feliu J.M. "La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales" Revista Aragonesa de Administración Pública. Vol. Nº 52

-Gimeno Feliu J.M. "Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios locales" en *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, LRJSP y la LRSAL*. Editorial Wolters Kluwer abril 2019

-Hernández González, F. "La adjudicación directa de contratos públicos a las entidades sin ánimo de lucro". Derecho Administrativo e integración europea. Estudios en homenaje al Prof. José Luis Martínez López-Muñiz. Reus Editorial. 2017.

-Hernández Gonzáles, F. "La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios" en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018

-Martínez-Alonso Camps, José Luis "Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y Gestión de los Servicios públicos locales: propuestas y alternativas" Revista General de Derecho Administrativo nº 40, 2015.

-Martin Egaña, A. "Los servicios a las personas: La Adjudicación directa como alternativa al concierto social" Revista Gabinete Jurídico Castilla-La Mancha n 25, marzo 2021

- Mellado Ruiz, Lorenzo, "Genesis y realidad de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económica local? CEMCI, Granada, 2014.

- Villalba Pérez, Francisca, "La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho comunitario. Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión" REALA, nº 2, 2014.