

A contratación pública de servizos ás persoas tras a aprobación das directivas europeas de cuarta xeración. Un novo horizonte nas políticas sociais autonómicas

## La contratación pública de servicios a las personas tras la aprobación de las directivas europeas de cuarta generación. Un nuevo horizonte en las políticas sociales autonómicas

Public procurement of services to the person after the passing of fourth-generation public procurement. A new forecast on regional social politics

53 Regap

Regap



NOTAS

JORGE LÓPEZ-VEIGA BREA

Doctorando del programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano

Universidad de A Coruña (Galicia, España)

Investigador del Observatorio de Políticas Públicas en Materia de Discapacidad, Atención a la Diversidad e Igualdad de Oportunidades  
Secretario académico de la Red Iberoamericana de Contratación Pública  
jorge.lopez-veiga @udcc.es

Recibido: 25/04/2017 | Aceptado: 20/06/2017

**Resumo:** A contratación pública social na UE pasa por un proceso de evolución. Tanto a xurisprudencia do TXUE como o *soft-law* foron determinantes para este desenvolvemento, que se recoñeceu nas vixentes directivas de contratación pública de 2014. Estas directivas revelaron que estes servizos ás persoas –ou sociais– teñen características específicas que fan que a aplicación dos procedementos habituais para a adxudicación de contratos públicos de servizos resulte inadecuada. Introdúcense dúas novas posibilidades para a prestación destes servizos: un tratamento contractual diferenciado e fórmulas non contractuais. En España, da análise dos aínda escasos avances normativos autonómicos, destacan a incorporación do “concerto social” e do novo tratamento con entidades sen ánimo de lucro.

**Palabras clave:** contratación pública social, directivas de contratación pública, concerto social, servizos ás persoas, entidades sen ánimo de lucro, terceiro sector.

**Resumen:** La contratación pública social en la UE pasa por un proceso de evolución. Tanto la jurisprudencia del TJUE como el *soft-law* han sido determinantes para este desarrollo, que se ha reconocido en las vigentes directivas de contratación pública de 2014. Estas directivas han revelado que estos servicios a las personas –o sociales– tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada. Se introducen dos nuevas posibilidades para la prestación de estos

servicios: un tratamiento contractual diferenciado y fórmulas no contractuales. En España, del análisis de los aún escasos avances normativos autonómicos, destacan la incorporación del “concierto social” y del nuevo tratamiento con entidades sin ánimo de lucro.

**Palabras clave:** contratación pública social, directivas de contratación pública, concierto social, servicios a las personas, entidades sin ánimo de lucro, tercer sector.

**Abstract:** European social public procurement goes through a process of evolution. The jurisprudence of the CJEU and soft law have been decisive for this development, recognized in the directives of public procurement of 2014. These directives have shown that these services to the people – or social – have specific characteristics that make the application of the procedures of public procurement service are inadequate. Two new possibilities are introduced for the provision of these services: a differential contractual treatment and non-contractual formulas. In Spain, from the analysis of the still scarce regional regulatory advances, stand out the incorporation of the social agreement (“*concerto social*”) and the new treatment with non-profit organizations.

**Key words:** social public procurement, directives of public procurement, social agreement, services to persons, non-profit organizations, third sector.

**Sumario:** 1 Consideraciones previas sobre la contratación pública social. 2 El tratamiento europeo de los aspectos sociales en la contratación pública. 2.1 El pasado. 2.2 El presente: transposición y el efecto directo. 3 Novedades en la prestación de servicios sociales tras las directivas de contratación de cuarta generación. Referencia especial al régimen del “concierto social”. 3.1 Consideraciones introductorias. 3.2 El escenario actual en el Estado español: las comunidades autónomas que han dado el paso al frente. 3.3 La colaboración con entidades sin ánimo de lucro. 3.4 La prestación de servicios a las personas en la Comunidad Autónoma de Galicia. 4 Conclusiones. 5 Bibliografía.

## 1 Consideraciones previas sobre la contratación pública social

Es necesario partir del recuerdo de que la dignidad humana debe ser el centro y la raíz del Estado, y esta debe ser el epicentro de toda Constitución<sup>1</sup>. El contenido básico de tal dignidad son los derechos sociales fundamentales, que de ninguna manera pueden ser vulnerados, y son los que otorgan el sentido real a un Estado social, basado en el interés del colectivo.

MEILÁN GIL ya señalaba que la “buena administración”<sup>2</sup> radica en hacer efectivos los intereses colectivos o generales, en los que se incluyen los derechos fundamentales de la persona, que le vienen predeterminados a la Administración, por iniciativa del Gobierno y el aval del Parlamento<sup>3</sup>.

En este sentido, cuando en las constituciones de los Estados se preceptúa que los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican<sup>4</sup>, no se prohíbe únicamente el desvío de poder, la arbitrariedad, sino que al mismo tiempo se impone el sometimiento a los fines que justifican la intervención de la actuación administrativa: la realización del interés general<sup>5</sup>.

1 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea dedica su primer capítulo a la dignidad. La carta formalmente es proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, se convirtió en jurídicamente vinculante en la UE –teniendo la misma validez jurídica que los tratados de la UE–; se ha incorporado así a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, por todo ello, la carta genera derechos y obligaciones, pudiendo ser invocada ante los tribunales.

En la Constitución española de 1978 es el artículo 10 el que trata la dignidad de la persona.

2 También en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea está reconocido el “derecho a una buena Administración” (artículo 41).

3 MEILÁN GIL, J. L., “El paradigma de la buena administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, n. 17, 2013, pp. 234-237.

4 *Vid.* artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución española de 1978 y artículos 266.1 e 269.1 de la Constitución portuguesa de 1976.

5 RIVERO YSERN, E., y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El compromiso social del derecho administrativo*, 1.ª ed., Editorial Bubok, Madrid, 2016, pp. 9-22.

Centrándonos ya en el campo específico de la contratación administrativa, tenemos que destacar la reciente concepción de que la contratación pública no constituye exclusivamente un medio para la obtención de prestaciones, obras o servicios en las condiciones económicamente de más provecho para la Administración, sino que es, sobre todo, una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines y valores fundamentales, tales como la redistribución de la riqueza, la igualdad y la justicia. Esto contradice una parte de la doctrina clásica administrativista, para la cual la contratación pública debe servir a criterios puramente económicos. Esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, a una neutralidad en la que se deje de contemplar la contratación pública como un instrumento más de política económica.

La Administración, cuando contrata con empresas la realización de obras o servicios de naturaleza pública, dispone de una posición jurídica especial que le permite disponer de una serie de poderes que sólo se justifican en la medida en que previamente estén argumentados en razones de interés común. Por lo tanto, a través de la contratación del sector público es posible, y deseable, que los ahora llamados poderes adjudicadores garanticen que esa forma de prestar los servicios de interés general o de construir obras públicas se realice desde los postulados del servicio objetivo al interés de la ciudadanía. De esta manera, la Administración puede diseñar en la realidad de las condiciones de contratación compromisos éticos o sociales que son de algún modo el reflejo de la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

Alcanzado este punto introductorio, conviene diferenciar la compra pública social de la ética; acerca de la compra pública social, MEDINA ARNÁIZ hace hincapié en la incorporación a los contratos públicos de objetivos de política socio-laboral frente a aquellos otros supuestos en los cuales los elementos a valorar tienen más que ver con el cumplimiento de estándares éticos establecidos en las convenciones internacionales sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos, derechos de los trabajadores o lucha contra el trabajo infantil, y que son exclusivos del concepto de compra ética. Hay que tener en cuenta también el concepto de compra pública sostenible, con el que se hace referencia a la integración de aspectos sociales, éticos y ambientales en los procesos y fases de la contratación pública<sup>6</sup>.

Los sistemas de contratación pública suponen un instrumento adecuado para incidir, de manera positiva, en el desarrollo de las políticas sociales, a través de la introducción en los procedimientos de contratación de cláusulas de contenido social que fomenten que las empresas adopten medidas a favor de una colectividad en riesgo de exclusión, la denominada “responsabilidad social corporativa” (RSC). De este modo, las cláusulas sociales son aquellas estipulaciones que obligan a las empresas adjudicatarias de un contrato público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a determinados objetivos de política social que se estiman de interés general.

Con la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, se buscan dos objetivos: por una parte, la promoción y consolidación de un tejido empresarial sostenible con un fuerte compromiso social y, por otra, la promoción de la inserción laboral de aquellas personas que más dificultades tienen para acceder a un empleo. La incorporación de las cláusulas sociales forma parte de un sistema de contratación pública sostenible, que comprende política social, balance social y redistribución equilibrada de la riqueza, profundizando en las raíces de

6 MORENO MOLINA, J. A., y DOMÍNGUEZ ALONSO, A.P., “Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad”, Pernas García, J. J. (dir.), *Contratación pública estratégica*, 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 187-189.

un Estado de bienestar que promueve la igualdad de oportunidades, pensando en el buen futuro de las siguientes generaciones.

El compromiso social de las empresas y el desarrollo de la propia actividad empresarial en el campo de la sostenibilidad pueden ser plenamente realizables y alcanzables desde parámetros racionales y objetivos que mantengan la inclusión de las cláusulas sociales en los pliegos para la contratación pública, de modo que estas cláusulas respondan objetivamente al cumplimiento de los fines sociales y de interés público a los que deben quedar sometidos los poderes públicos en su recurso a la contratación externa de obras, servicios y suministros<sup>7</sup>.

## 2 El tratamiento europeo de los aspectos sociales en la contratación pública

### 2.1 El pasado

El reconocimiento de políticas sociales en el derecho positivo europeo tiene su origen en varios cuerpos normativos de carácter general, como son: la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>8</sup>, la Carta Social Europea<sup>9</sup> y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea<sup>10</sup>.

Sin embargo, estas normas no hacen un tratamiento específico acerca de la contratación pública social. La cristalización de las cláusulas sociales se construyó, por una parte, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), y, por otra, a partir del *soft-law*.

Así, antes de recogerse la posibilidad de adicionar cláusulas sociales en la normativa de contratación pública del derecho comunitario, el TJUE tuvo que abordar este asunto en la sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Asunto 31/87), caso *Gebroeders Beentjes BV* contra el Estado de los Países Bajos, donde el tribunal se pronuncia a favor de la legalidad de su

---

7 CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMÓN. PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, octubre 2016, pp. 4-5. Consultado el 5 de marzo de 2017, en el siguiente enlace web: <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf>

8 El Consejo de Europa (organización internacional que tiene como objetivo principal la defensa y protección de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos, particularmente los civiles y políticos. Se trata de la institución de este tipo más antigua de Europa, nace en Londres en 1949, y engloba la totalidad de los Estados europeos con la única excepción de Bielorrusia) crea la convención, denominada también como Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en Roma el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953. En España, se ratifica y entra en vigor el 4 de octubre de 1979. El sistema de protección creado con el convenio evolucionó con el paso del tiempo a través de la aprobación de diversos protocolos que lo complementan (para que cada protocolo entre en vigor, es necesario que sea ratificado por un número mínimo de países). Con el fin de permitir un control del respeto efectivo de los derechos humanos, el convenio instituyó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o Corte Europea de Derechos Humanos). La Unión Europea incorporó el mandato de la adhesión al convenio, en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada después de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, y que entró en vigor de forma general y para España el 1 de diciembre de 2009.

9 Elaborada en Turín, el 18 de octubre de 1961, con entrada en vigor el 26 de febrero de 1965 y en España el 5 de junio de 1980. El texto de 1961 tuvo una revisión y ampliación de contenido. Fruto de ello fue la publicación de la Carta social europea revisada, en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, que entró en vigor el 1 de julio de 1999 y sería firmada por España el 23 de octubre de 2000; sin embargo aún no fue ratificada.

10 Fue firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 como Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y desde entonces sobrevivió con diversas reformas y distintas denominaciones: hasta 1992 TCEE, de 1992 hasta 2009 como Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), y desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a la actualidad como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

inclusión, en este caso entre los criterios de adjudicación y con dos requisitos indispensables: la publicidad previa y que no se contravengan los principios del derecho comunitario<sup>11</sup>. Después de este primer paso en el reconocimiento de una contratación social y a pesar de las objeciones de la Comisión, que no se mostró en ese momento muy favorable a esta opción, el TJUE, en ulteriores sentencias, vino consolidando dicha línea jurisprudencial, particularmente en la STJUE de 26 de septiembre de 2000, caso Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa (Asunto C-225/98), conocido como el asunto de la Región Nord-Pas-de-Calais.

Además de la jurisprudencia, como se ha apuntado, tuvo relevancia el *soft-law* (previamente a la llegada de las directivas de contratación pública). De este derecho no vinculante tenemos que destacar el *Dictamen sobre contratación pública*, aprobado el 21 de mayo de 1997 por el Comité Económico y Social de la Unión Europea, donde se exponía la idea de que debería reforzarse el concepto de oferta económicamente más ventajosa, dado que el criterio del precio no era el único determinante y que “*teniendo en cuenta las prioridades comunitarias, especialmente en materia social, las autoridades públicas adjudicatarias podrán integrar estas preocupaciones en los contratos que realicen*”. Este proceso culminó con la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, de 15 de octubre de 2001. Igualmente, destaca la guía de la Comisión Europea, elaborada en octubre de 2010, titulada *Adquisiciones sociales: Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*. Este documento, además de explicar y destacar los aspectos sociales para que no se tengan sólo en cuenta los aspectos economicistas, acuñó el concepto “*compra pública socialmente responsable*” (CPSR), que después sería empleado en las directivas. Tal concepto comprende aquellas operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los aspectos sociales que se citan a continuación: políticas laborales (oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento de los derechos laborales y sociales); inclusión social; derechos de las personas con discapacidad física o mental; accesibilidad universal, crecimiento sostenible, e igualdad de oportunidades. Resumiendo, la CPSR tiene en cuenta la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la contratación de inserción y centros especiales de empleo<sup>12</sup>.

Todas estas consideraciones sociales fueron reconocidas en la derogada Directiva 2004/18/CE<sup>13</sup> y reiteradas en las directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE<sup>14</sup>, respetando,

11 La respuesta que dio el TJUE a la cuestión formulada por el tribunal holandés fue: la condición de emplear para la ejecución de la obra trabajadores en situación de paro de larga duración e inscritos en la oficina regional de empleo es compatible con el derecho comunitario si no atenta contra las libertades comunitarias básicas discriminando a los empresarios de otros Estados, determinación que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los tribunales internos. A partir de esta sentencia va a ser acuñado el término de las “condiciones sociales no discriminatorias”.

El TJUE dice que no hay inconveniente en que a través de esta clase de cláusulas sean perseguidos objetivos sociales distintos del examinado en la sentencia *Beentjes*, como la lucha contra el desempleo juvenil, la formación profesional o, incluso, la eliminación de la discriminación laboral por motivos de raza o de género.

Vid. AYMERICH CANO, C. I., “Condiciones sociales e contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, n. 4, 2000, pp. 53-66.

12 CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMÓN. PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, octubre de 2016, pp. 6-9. <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf> (5 de marzo de 2017).

13 Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Publicada en el DOUE n. 134, de 30 de abril de 2004.

14 Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Publicada en el DOUE n. 94, de 28 de marzo de 2014.

en cualquier caso, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de tratamiento a las personas licitadoras y sin perjuicio de la competencia, transparencia y publicidad que regirán todo proceso de contratación.

Las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE se inspiran en la *Estrategia Europa 2020: para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. Esta estrategia de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, configura la contratación pública como un instrumento que permite incidir en el mercado con el objetivo de implementar políticas para mejorar las condiciones generales que benefician la innovación en las empresas; fomentar la contratación pública con criterios ambientales; mejorar el entorno empresarial, especialmente para las pequeñas y medianas empresas innovadoras, e incentivar la contratación socialmente responsable<sup>15</sup>.

Adicionalmente, la Directiva 2014/24/UE eleva a la categoría de “principio de la contratación” el cumplimiento de las normas obligatorias en materia ambiental, social o laboral en el artículo 18.2, según el cual: *“Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplan las obligaciones aplicables en materia ambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión, en el derecho nacional, en los convenios colectivos o en las disposiciones de derecho internacional ambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”*.

La inclusión y el fomento de estos aspectos en las contrataciones públicas quedarán sujetos, en cualquier caso, al cumplimiento de los principios fundamentales de la Unión Europea y de las directivas de contratación, constituidos, fundamentalmente:

– Por las libertades fundamentales del mercado interior.

– Y por los principios consagrados en la Directiva 2014/24/UE, recogidos en el artículo 18, a cuyo número 2 ya hicimos referencia, por lo que procede citar en este punto su número 1, cuyo tenor literal es: *“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de ser excluida del ámbito de aplicación de la presente directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considera que la*

---

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Publicada en el DOUE n. 94, de 28 de marzo de 2014.

Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores de agua, energía, transportes y servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Publicada en el DOUE n. 94, de 28 de marzo de 2014.

Estas son las denominadas directivas de cuarta generación.

15 Así, los considerados 2 y 3 de la Directiva 2014/24/UE determinan:

*“(2) La contratación pública desempeña un papel esencial en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que se deben utilizar para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando simultáneamente una utilización más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben ser revisadas y modernizadas las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas en conformidad con la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, con la finalidad de mejorar la eficiencia del gasto público, favoreciendo particularmente la participación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública para el apoyo de objetivos sociales comunes. Igualmente, es necesario esclarecer determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública.*

*(3) En la aplicación de la presente directiva se debe tener en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad física o mental, en particular con relación a la elección de los medios de comunicación, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato (aprobado por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, el 26 de noviembre de 2009, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad física o mental)”*.

*competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se concibiese con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente determinados operadores económicos”.*

Precisamente por razón de estas reglas y principios comunitarios, así como por la propia naturaleza de ciertos contratos, muchos aspectos sociales sólo podrán ser incluidos en etapas puntuales del procedimiento de contratación.

Junto con estos objetivos, también se busca una mejora en lo relativo a la transparencia, a la simplificación y a la eficiencia en los procedimientos de licitación, así como medidas dirigidas a dar claridad a los conceptos y definiciones, incorporando a su articulado gran parte de la doctrina que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue estableciendo a lo largo de los últimos años para crear un espacio común en materia de contratación pública<sup>16</sup>.

## 2.2 El presente: transposición y el efecto directo

Todo este conjunto de objetivos, que tienen un gran interés desde la perspectiva económica y de la justicia social, requieren su transposición al derecho interno a través de los instrumentos oportunos. Sin embargo, el plazo fijado para llevarla a cabo terminó el 18 de abril de 2016 sin que se hubiera producido la transposición de estas directivas por la mayor parte de los Estados de la UE. Pocos países adaptaron su normativa interna para incorporar el nuevo derecho de la UE en contratación pública. Así, con los datos facilitados por la propia Unión, sólo hicieron correctamente la transposición el Reino Unido, Dinamarca, Portugal y Francia. En lo que concierne a España, aún no se produjo esta transposición de forma general a la legislación estatal, estando, en la actualidad, en el proceso de tramitación parlamentaria de aprobación del proyecto de ley de una nueva Ley de contratos del sector público<sup>17</sup>.

En este momento es preciso hacer referencia a la institución del efecto directo<sup>18</sup>, el cual implica que, si una directiva no fuera transpuesta en el plazo previsto para ello, o fuera transpuesta incorrectamente, tal efecto permite a un particular invocar directamente sus preceptos frente a los poderes públicos de un Estado miembro, con la primacía sobre cualquier norma interna, garantizándose así la aplicabilidad y la eficacia del derecho europeo en los países de la UE (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –el actual, y denominado

16 VICEPRESIDENCIA E CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS E XUSTIZA (XUNTA DE GALICIA), *Guía para unha contratación pública socialmente responsable no sector público autonómico galego*, 2016, pp. 3-7. [http://cpapx.xunta.gal/c/document\\_library/get\\_file?file\\_path=/portal-cpapx/AsesoríaXurídica/GuiasdeContratacion/guia\\_contratacion\\_socialmente\\_responsable\\_gal.pdf](http://cpapx.xunta.gal/c/document_library/get_file?file_path=/portal-cpapx/AsesoríaXurídica/GuiasdeContratacion/guia_contratacion_socialmente_responsable_gal.pdf) (25 de febrero de 2017).

17 Esto se debió, en parte, a la situación político-legislativa, ya que desde finales del año 2015 hasta finales del 2016 estuvo el Estado español con un Gobierno en funciones.

Es preciso recordar que el Consejo de Ministros del 17 de abril de 2015 aprobó los informes del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. Se trata de los anteproyectos de Ley de contratos del sector público y de contratos en los sectores del agua, energía, transportes y los servicios postales. Actualmente (marzo de 2017) nos encontramos con un proyecto de Ley de contratos del sector público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, presentado por el Gobierno el 25 de noviembre de 2016, en un proceso de tramitación urgente. El plazo de enmiendas al articulado del proyecto de ley tuvo que ser ampliado en numerosas ocasiones (finalizado el 2 de marzo de 2017), llegándose a superar las mil enmiendas.

18 El efecto directo preserva la nota de primacía propia del ordenamiento jurídico de la Unión Europea (establecida por primera vez en la STJUE de 15 de julio de 1964, *Costa-Enel*, asunto C-6/64), y garantiza con el efecto útil del derecho de la Unión Europea, es decir, su funcionalidad, que no se vea desvirtuado por una eventual inejecución de las directivas por un Estado miembro, quedando además reforzada la esfera jurídica de los particulares beneficiarios del contenido de la directiva. Se trata de un criterio ampliamente consolidado en la jurisprudencia del TJUE, tanto con carácter general (ver la STJUE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C-148/78, y la STJUE de 19 de enero de 1982, *Becker* asunto C-8/81), como en expresa referencia a las sucesivas directivas de contratación pública (ver la STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel*, asunto C-76/97, y la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner*, asunto C-15/04).

desde 2009, Tribunal de Justicia de la Unión Europea— de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*). De acuerdo con la doctrina del TJUE, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una directiva resulten, desde el punto de vista de su contenido, claras, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando este no adapte el derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una transposición incorrecta de esta. Una disposición del derecho de la Unión es incondicional cuando establece una obligación que no está sujeta a ningún requisito ni supeditada, en su ejecución o en sus efectos, a que se adopte ningún acto de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros, y esta característica concurre en la mayoría de los preceptos de las nuevas directivas europeas de contratación pública<sup>19</sup>.

En lo referente al Estado español, además del efecto directo de las nuevas directivas, es preciso tener en cuenta la necesidad de realizar una interpretación conforme con las exigencias del derecho de la Unión Europea, del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, TRLCSP), así como del Real decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas y su importante reforma operada por el RD 773/2015; del RD 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, y del RD 814/2015, que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Si una interpretación no es posible conforme a tal diversidad normativa, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el derecho comunitario y proteger los derechos que este confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al derecho de la Unión<sup>20</sup>.

### 3 Novedades en la prestación de servicios sociales tras las directivas de contratación de cuarta generación. Referencia especial al régimen del “concierto social”

#### 3.1 Consideraciones introductorias

Con anterioridad a la irrupción de las nuevas directivas de contratación de cuarta generación, la prestación de los servicios sociales se articulaba mediante fórmulas contractuales (siendo

---

19 Con la finalidad de esclarecer la situación del Gobierno en funciones en España, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Dirección General del Patrimonio, dictó la Resolución de 16 de marzo de 2016 por la que se publica la *Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas directivas comunitarias en el terreno de la contratación pública* (BOE n. 66 de 17 de marzo de 2016). También con la misma finalidad esclarecedora y de una forma mucho más exhaustiva, los tribunales administrativos de contratación pública, en reunión conjunta celebrada en Madrid el 1 de marzo de 2016, aprobaron el documento de estudio titulado *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin una nueva ley de contratos del sector público*.

20 MORENO MOLINA, J. A., “Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué derecho de la contratación pública aplicamos?”, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.241/relcategoria.208/relmenu.3/chk.e51a081ab9aedb01e26c5798ebc766cf> (2 de marzo de 2017).

la figura predominante el concierto), convenios y convenios singulares de vinculación de hospitales privados. El concierto es un subtipo de contratación de la gestión de los servicios públicos que se encuentra regulado en el artículo 277 del TRLCSP. A modo de recordatorio, esta modalidad general supone que se contrata la gestión con una *“persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”*. El concierto presupone que una empresa realice con anterioridad al contrato actividades privadas análogas al servicio público de que se trate. En cualquier caso, el concierto va a suplir la *“incapacidad”* actual de la Administración para la prestación de un servicio, por lo que, por definición, se caracteriza por la nota de interinidad o transitoriedad.

Los ejemplos más destacados se encuentran en la esfera educativa y sanitaria. Cuando la Administración concierta con un colegio la prestación del servicio educativo, o con un hospital la prestación de servicios sanitarios, opta por un modelo de gestión que introduce la competencia del sector privado en servicios tradicionalmente públicos. Será el usuario, el destinatario del servicio, el que podrá decidir entre los colegios y hospitales públicos o por contra los privados concertados, siendo este un instrumento de evaluación objetivo a emplear por la Administración para dilucidar qué modalidad de prestación del servicio es la que resulta más ventajosa.

La evaluación del impacto y la eficacia de la legislación sobre contratación pública de la UE han revelado que los *“servicios a las personas”*, los relacionados con la salud y la educación, tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en esos casos. Estos servicios tienen, por naturaleza, una dimensión transfronteriza muy limitada y se prestan normalmente en un contexto específico que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a la existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas y culturales. Ergo, corresponde a cada Estado miembro, al otorgarles amplias facultades discrecionales para ello, elegir la forma de organización y prestación de dichos servicios. La asimilación del régimen de los conciertos al propio de una determinada modalidad de contrato público en la práctica ha dificultado que en la organización de la prestación de servicios no económicos pero de interés general –como los sociales– pudieran participar en mayor medida las entidades del tercer sector sin ánimo de lucro<sup>21</sup>. Teniendo todo esto en consideración, las nuevas directivas de contratación pública van a introducir dos novedades relevantes en relación con los servicios sociales:

– La primera, un tratamiento contractual específico y diferenciado (de los demás servicios) caracterizado por: a) se aplica únicamente a aquellos servicios individualizados en los anexos IV, XIV y XVII de las directivas europeas 23, 24 y 25 de 2014; b) se establecen umbrales específicos para estos contratos sociales, los cuales, por regla general, son muy superiores a los fijados para los contratos de servicios no prioritarios u *“ordinarios”*<sup>22</sup>; c) la implantación de un régimen muy flexible y simplificado, casi reglas mínimas para la licitación de estos

21 Vid. GIMENO FELIÚ, J. M., *“La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales”*, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/recategoria.208/re/menu.3/chk.fda916418919b4edad19f1025462bf6> (20 de enero de 2017).

22 El artículo 4 letra *“d”* de la Directiva 24/2014 establece: *“esta directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, IVA excluido, sea igual o superior a (...) 750.000 €, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV”*. En relación con los contratos de concesiones, al contrario, los umbrales se encuentran igualados.

contratos sociales<sup>23</sup>. Existe entonces una indicación directa a los legisladores de los Estados miembros para establecer una regulación específica que garantice los valores propios de estos “servicios a las personas” (calidad, continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad), pudiendo además disponer que la elección del proveedor de servicios se realice sobre la base de la “oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y sostenibilidad” (76.2 de la Directiva 24/2014). El legislador europeo no predetermina estos aspectos, sino que otorga libertad para que cada Estado miembro diseñe el marco jurídico que considere más apropiado.

– La segunda novedad, la declaración formal de que tales servicios pueden prestarse igualmente mediante fórmulas no contractuales: “*los Estados miembros 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 el otorgamiento de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unas condiciones establecidas de antemano, sin imponer límites o cuotas y siempre que se garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación*”<sup>24</sup>. Es decir, la propia Directiva 2014/24/UE, en el marco de las previsiones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, afirma expresamente que la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas. En consecuencia, no parece oportuno que se restrinjan las posibilidades de organización de dichos servicios con terceros, admitiéndose únicamente las que derivan de la legislación de contratos del sector público<sup>25</sup>.

### 3.2 El escenario actual en el Estado español: las comunidades autónomas que han dado el paso al frente

La posibilidad de gestionar servicios a las personas al margen de la vía contractual ha sido el elemento determinante para impulsar el proceso de reforma de la legislación autonómica. El cambio es significativo y afecta de lleno a la figura tradicional de colaboración privada con el sistema público de servicios sociales: el concierto. De forma sintética, los puntos más relevantes de la reforma son: a) se ha acuñado una nueva denominación y ahora se habla mayoritariamente de “concierto social”; b) se declara expresa y formalmente que el concierto social está excluido del ámbito de las normas de contratación del sector público; y c) la ausencia de beneficio en la gestión privada irrumpe como elemento clave de la remodelación de los sistemas sociales autonómicos. Dicha remodelación ha exigido la reforma de las correspondientes leyes autonómicas de servicios sociales (el artículo 148.1.20.º de la Constitución española establece que las comunidades autónomas podrán asumir competencias exclusivas en materia de asistencia social)<sup>26</sup>.

23 Vid. artículo 76.1 Directiva 24/2014 “(...) Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión”.

24 Véanse los considerandos 54 de la Directiva 23/2014, 114 de la Directiva 24/2014 y 120 de la Directiva 25/2014.

25 LAZO VITORIA, X., “La figura del «concierto social» tras las directivas europeas de contratación pública”, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/recategoria.208/re/menu.3/chk.3a0dbd2183e053976d3b5e7acf2d0a37> (20 de enero de 2017).

26 *Ibid.*

Algunas CC.AA., ante la falta de transposición de la Directiva 2014/24/UE al ordenamiento jurídico español, decidieron aprobar una legislación que regulase ese nuevo régimen del “concierto social” ante la posibilidad de que, con el marco jurídico vigente, no adaptado a las disposiciones de la citada directiva, pudiera seguir interpretándose que el régimen jurídico de la acción concertada debe equipararse al propio de alguna de las modalidades previstas en la legislación de contratos públicos, resultando perentorio clarificar que el concierto presenta una naturaleza distinta de los contratos públicos, así como determinar los principios a los que deberá ajustarse su celebración. A continuación se relata el proceso temporal del antedicho desarrollo normativo autonómico:

La primera comunidad autónoma en dar un reconocimiento especial al régimen de acción concertada fue el País Vasco, con su Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales del País Vasco. Se puede considerar que el País Vasco fue un adelantado a la hora de incorporar un régimen de concierto diferenciado. En su artículo 61.1 *“se establece un régimen de concierto diferenciado de la modalidad contractual de concierto regulada en la normativa de contratación de las administraciones públicas”*. De la misma manera, se establecerán en su artículo 60.1 las siguientes fórmulas para la prestación de los servicios sociales: *“gestión directa, régimen de concierto previsto en la presente ley, gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las administraciones públicas, y convenios con entidades sin ánimo de lucro”*.

Este germen del nuevo concierto regulador de los servicios sociales, ya con el argumentario y reconocimiento posterior de las directivas y de la jurisprudencia del TJUE, se verá refrendado con la Ley 6/2016, de 12 de mayo, del tercer sector social de Euskadi (véase su artículo 15).

La segunda comunidad fue Baleares, con la Ley 10/2013, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley 4/2009, de servicios sociales de las Islas Baleares. Es la primera vez que se hace referencia a la nomenclatura “concierto social” (aunque no de manera rotunda, sólo lo hace el artículo 89 *ter* en el momento de tratar el objeto de este tipo de concierto), pero sí se establece que el régimen de concierto previsto en esa ley se establece como diferenciado de la modalidad contractual de concierto que regula la normativa de contratación del sector público (artículo 89 *bis* 3)<sup>27</sup>. De la misma manera, se va a introducir una novedosa distinción en la prestación de los servicios sociales, a través de las siguientes fórmulas: *“gestión directa, régimen de concierto previsto en esta ley, gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las administraciones públicas y convenios con entidades sin ánimo de lucro”* (artículo 89.1). Es conveniente destacar el Decreto 18/2015, de 10 de abril, por el que se establecen las normas básicas de los conciertos sociales, que supondrá el desarrollo de los principios establecidos en la Ley 4/2009 y, concretamente, en los artículos específicos sobre este régimen de concertación diferenciado de lo que estipula el TRLCSP (del artículo 89 *bis* al 89 *septies*). Por todo este exhaustivo desarrollo, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares se convirtió en el referente a seguir en este paulatino proceso de reforma de los servicios sociales autonómicos.

27 Diferenciación posteriormente corroborada por la disposición adicional segunda del Decreto 18/2015, de 10 de abril, por el que se establecen las normas básicas de los conciertos sociales, cuyo título ya deja claras las intenciones: diferenciación respecto al concierto previsto en el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público. *“El régimen de concierto regulado en este decreto se establece como diferenciado de la modalidad contractual de concierto que regula el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (...), y, por tanto, está excluido del ámbito de aplicación de este texto refundido”*.

Apenas dos años después, Asturias aprobó su Ley 9/2015, de 20 de marzo, de modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de servicios sociales. Se establece, tras esta modificación, el concierto social como modalidad diferenciada, a modo de una modulación o especialidad con respecto a la modalidad contractual del concierto general recogida en el TRLCSP –toda vez que la aplicación general de la vigente normativa de contratos del sector público no establece ninguna especificidad vinculada a la singularidad de los servicios sociales–, garantizando, a su vez, el cumplimiento de los principios informadores de la normativa estatal y europea en materia de concertación entre la iniciativa pública y la privada.

Ahora bien, hay que destacar la redacción de las formas de prestación de los servicios sociales que aparecen en su artículo 44.1: *“El Principado de Asturias, en el ámbito de sus competencias, puede organizar la prestación de los servicios sociales del Catálogo de Prestaciones o de su planificación autonómica a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, gestión indirecta en el marco general de la normativa de contratación del sector público incluido el régimen de concierto social previsto en esta ley, y convenios con entidades de iniciativa social”*. Se configura el concierto social como una fórmula contractual aunque su régimen jurídico se asemeje al aprobado por el resto de comunidades autónomas para el concierto social, de fórmula no contractual.

En medio de esta paulatina reforma legislativa autonómica, el Estado español aprobó la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social. Esta nueva ley estatal, que deberá respetar la competencia exclusiva de las comunidades autónomas que tengan asumida la misma en la materia de asistencia social en sus estatutos, insta al Gobierno, a través de los ministerios que tengan competencias sobre la materia, a promover actuaciones de fomento, apoyo y difusión del tercer sector de acción social. Por su parte, tanto la Administración general del Estado como las comunidades autónomas y las entidades locales han de colaborar en la promoción de los principios del tercer sector de acción social. Destaca en este punto la letra f de su artículo 7; en este precepto se pretende dar un impulso, otorgando especial atención al uso de los conciertos y convenios, a los mecanismos de colaboración entre la Administración general del Estado y las entidades del tercer sector de acción social, para el desarrollo de programas de inclusión social de personas o grupos vulnerables en riesgo de exclusión social y de atención a las personas con discapacidad o en situación de dependencia<sup>28</sup>.

La Ley 16/2015, de 9 de noviembre, que modifica la Ley 3/2003, del sistema de servicios sociales de la Región de Murcia, va a suponer otro nuevo paso adelante autonómico en adaptar su legislación al tratamiento de los servicios sociales. Se introduce un artículo 7 bis (que posteriormente tuvo una nueva modificación con la Ley 5/2016, de 2 de mayo, que modifica la Ley 3/2003, del sistema de servicios sociales de la Región de Murcia<sup>29</sup>) en el que se organiza la prestación de los servicios sociales a través de las siguientes fórmulas: “a) *Gestión*

---

28 Como aspecto positivo de la nueva ley estatal, se ha de destacar el intento de clarificación que lleva a cabo del ratio competencial a través del cual se distribuyen con nitidez las competencias entre la Administración general del Estado y las comunidades autónomas y el hecho de que se refuerce la consideración de que el papel de las entidades que integran el tercer sector de acción social no puede, en ningún caso, diluir la responsabilidad de la Administración general del Estado.  
CALVO VÉRGEZ, J., “La nueva Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social: un nuevo marco de actuación para las entidades del tercer sector”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2015, parte Tribuna.

29 Se modifica nuevamente el artículo 7 bis, en el sentido de eliminar la exclusividad y establecer la preferencia de las entidades declaradas de interés asistencial en el establecimiento de los conciertos sociales. Ya que la posibilidad de celebrar conciertos debería estar abierta a todas las entidades prestadoras de servicios sociales, y no quedar limitada a aquellas entidades que obtengan, por desarrollar actuaciones de especial interés y trascendencia para los servicios sociales de la Región de Murcia, la declaración de entidades de interés asistencial.

*directa. b) Gestión indirecta en el marco general de la normativa de contratación del sector público. c) Mediante conciertos sociales con entidades privadas con o sin ánimo de lucro, teniendo preferencia las declaradas de interés asistencial según lo establecido en el artículo 7.d.) Y mediante convenios con entidades de iniciativa social, entendiéndose como tales las fundaciones, asociaciones, cooperativas, organizaciones de voluntariado y demás entidades e instituciones sin ánimo de lucro que realizan actividades de servicios sociales, siempre que sobre dichas entidades no ostente el dominio efectivo una entidad mercantil que opere con ánimo de lucro".* También se dejará claro que el régimen de concierto es diferenciado de la modalidad contractual del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público (artículo 25 bis 3).

Se llega así al 18 de abril de 2016, fecha límite para la transposición de las directivas, con un panorama en el que el Estado español no ha realizado una transposición plena de las directivas de cuarta generación y, respecto al tratamiento de la gestión de los servicios sociales, sólo un número insignificante de CC.AA. han adaptado sus leyes a este nuevo régimen otorgado por el legislador europeo. Se instaura la institución del efecto directo –ya tratado anteriormente– con el que las citadas directivas ya producen efecto en los ordenamientos de los Estados miembros de la UE.

En este contexto, destaca el modelo *sui generis* de Cataluña, ya que a través de su Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública de Cataluña (convalidado en julio de 2016), ha introducido entre las figuras no contractuales de gestión de servicios sociales el concierto social sin modificar su Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales. De este modo, en la disposición adicional tercera del citado decreto expone la siguiente formulación: "(...) *los servicios sociales regulados en la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, se podrán gestionar mediante fórmulas no contractuales, tal como se define a continuación: 1. Concierto social: la prestación de servicios sociales de la red de servicios sociales de atención pública a través de terceros titulares de los servicios y establecimientos en los que se presten servicios con financiación, acceso y control públicos. En el establecimiento de los conciertos sociales para la provisión de servicios sociales se tienen que atender los principios de atención personalizada e integral, arraigo de la persona al entorno de atención social, elección de la persona y continuidad en la atención y la calidad. Por eso, se podrán establecer como requisitos, cláusulas, medidas de preferencia o medidas de discriminación positiva, criterios sociales, de calidad, de experiencia y trayectoria acreditada, y otros que se determinen reglamentariamente. 2. Gestión delegada: la prestación de servicios sociales de la red de servicios sociales de atención pública en establecimientos de titularidad de la Administración pública, a través de terceros, en los términos y en las condiciones que le encomiende la Administración pública titular del establecimiento o servicio*".

La Comunidad Autónoma de Aragón modificará la Ley 5/2009, de 30 de junio, de servicios sociales de Aragón, en un primer momento, y con una naturaleza de urgencia, a través del Decreto ley 1/2016, de 17 de mayo, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. Posteriormente también, por medio de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para prestación de servicios de carácter social y sanitario de Aragón (y que deroga al Decreto ley 1/2016).

En el apartado 1 del artículo 21 de la Ley de servicios sociales modificada quedan redactadas las nuevas formas de proveer a las personas de los servicios sociales: "a) *Mediante gestión*

Regap



NOTAS

*directa o medios propios, que será la forma de provisión preferente. b) Mediante gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público. c) Mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas de iniciativa social", formas que serán las mismas que las reflejadas en el artículo 2 de la Ley 11/2016 de acción concertada, con la salvedad de que ya no se le otorga el carácter de preferente a la gestión directa.*

Las formas de prestación de los servicios a las personas de carácter social o sanitario que se establecen mediante esta ley se basan en una concepción equilibrada de gestión directa, indirecta y acción concertada, que garantiza la aplicación de la normativa de contratación del sector público, con la economía que genera, siempre que los operadores económicos actúen en el mercado con ánimo de lucro y, consecuentemente, incorporando a los precios beneficio industrial. La acción concertada se circunscribe, por ello, en el marco de la reciente jurisprudencia del TJUE, a entidades sin ánimo de lucro, limitándose su retribución al reintegro de costes y siempre en el marco del principio de eficiencia presupuestaria. De este modo, la posible prestación de servicios en régimen de gestión directa, objetivando los costes, en gestión indirecta, recurriendo al mercado para la determinación de los precios, y en régimen de acción concertada mediante módulos, permitirá un adecuado control de los costes de las diferentes prestaciones que, además, conforme a esta ley, deberán ser transparentes y publicarse periódicamente. Este sistema de régimen de acción concertada es, en todo caso, complementario y no excluyente del régimen establecido en la normativa sobre contratación<sup>30</sup>.

Galicia y Andalucía, se han convertido en las últimas CC.AA. en adaptar su normativa a las consideraciones de las directivas de 2014. De la primera haremos mención más adelante y, respecto a la segunda, el desarrollo legislativo se produce con la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía. En la citada ley, el concierto social se establece como una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público, siendo necesario establecer condiciones especiales, cumpliendo con los principios informadores de la normativa europea en materia de concertación (artículo 101.3). En su artículo 100.1 se establecen las fórmulas para organizar la prestación de los servicios sociales andaluces: "*gestión directa, régimen de concierto social previsto en esta ley y gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público, garantizando, en todo caso, los principios de igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia*". De la nueva ley se desprende una preferencia clara hacia la figura del concierto social, ya que, salvo un *numerus clausus* de prestaciones contempladas para la gestión directa (artículo 44), en los demás casos se deberá aplicar este régimen de concierto específico, a no ser que motivadamente no sea posible tal aplicación, por lo que habría que recurrir a la gestión indirecta (con clausulado social) y a convenios con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada ("*por razones de urgencia, la singularidad de la actividad o prestación de que se trate, o su carácter innovador y experimental*") artículos 108 y 110, respectivamente.

### 3.3 La colaboración con entidades sin ánimo de lucro

En lo concerniente a la nueva modalidad de gestión de los servicios sociales mediante convenios con entidades sin ánimo de lucro, denominadas también entidades de iniciativa social,

---

<sup>30</sup> Preámbulo de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para prestación de servicios de carácter social y sanitario de Aragón.

las citadas CC.AA. han reconocido la forma de gestión con convenios o acuerdos con este tipo de entidades.

Las Islas Baleares (en su artículo 89 *quinquies* apartado 4 de la Ley 10/2013), Cataluña (en su disposición adicional tercera, apartado 9 del Decreto ley 3/2016) y Asturias (artículo 44 *bis*, apartado 1 de la Ley 9/2015) establecen que, para el establecimiento de conciertos, las administraciones públicas darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, a las entidades sin ánimo de lucro.

Interesa citar también que Asturias (artículo 44 *octies*) y el País Vasco (artículos 69 y 70 de la Ley 12/2008 de servicios sociales) prevén la celebración de convenios con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada en aquellos supuestos en que, por razones de urgencia, la singularidad de la actividad o prestación de que se trate, o su carácter innovador y experimental, aconsejen la no aplicación motivada del régimen de concierto social. También en ambas CC.AA. se podrán establecer con las entidades de iniciativa social acuerdos de colaboración que recojan los conciertos, convenios o cualesquiera otras formas de colaboración que se suscriban respectivamente con cada una de ellas<sup>31</sup>.

Respecto a Andalucía, conviene destacar que las administraciones públicas competentes darán prioridad no sólo en los conciertos, sino también en los contratos de gestión directa y en los de gestión indirecta (cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social) a las entidades de la iniciativa social, a las entidades de economía social, a las cooperativas y a las pequeñas y medianas empresas (artículo 100.4 de la Ley 9/2016 de servicios sociales de Andalucía).

El caso de la Comunidad Autónoma de Aragón presenta la peculiaridad de que su legislación faculta a celebrar conciertos sociales exclusivamente con entidades sin ánimo de lucro.

Por último, hay que comentar que en Murcia existe una regulación algo diferente, debido a que, como ya se señaló anteriormente (artículo 7 *bis* de la Ley 3/2003), para el establecimiento del régimen de concierto social tienen preferencia las declaradas entidades de interés asistencial, que pueden ser entidades privadas con o sin ánimo de lucro (a diferencia de lo establecido en las demás CC.AA.). Ahora bien, el artículo 25.3 señala que las administraciones públicas podrán establecer conciertos, convenios u otras fórmulas de cooperación para la prestación de servicios sociales, en las que darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a los servicios y centros dedicados a la prestación de servicios sociales de los que sean titulares entidades de iniciativa privada sin fin de lucro y atiendan preferentemente a personas de condición socioeconómica desfavorable.

Las entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro, además de encontrar su apoyo en las nuevas directivas de contratación pública (resultando paradójico el reconocimiento de una vía no contractual en una norma propia de contratación –aunque sea en la parte de los considerandos–), gozan ya de jurisprudencia del TJUE al respecto que va a refrendar esta modalidad de gestión. Hay que hacer referencia a la STJUE (sala quinta) del 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros, asunto C-50/14, que abre nuevas perspectivas a la colaboración

31 El País Vasco fue también un pionero en la colaboración y en el reconocimiento de las entidades sin ánimo de lucro, dedicando un capítulo titulado "Apoyo público a la iniciativa social sin ánimo de lucro" (artículos 73 a 75 de la Ley 12/2008 de servicios sociales), además de aprobar el Decreto 424/2013, de 7 de octubre, de declaración de interés social de las entidades sin ánimo de lucro de servicios sociales.

de entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de prestaciones a personas en los sectores sanitarios y sociales<sup>32</sup>.

Sobre la cuestión elevada al TJUE en lo referente a si es posible oponer el derecho de la Unión en el ámbito de los contratos públicos a una normativa nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario a asociaciones de voluntariado, el tribunal advierte que la regla genérica es la de que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público sólo por el hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro. Esto implica que los principios de la contratación pública, a destacar el de la transparencia y publicidad, deben ser esenciales en favor de respetar la libre competencia de las demás empresas de otros Estados miembros. No obstante, según el análisis de cada supuesto, existen un conjunto de aspectos, como son el marco jurídico nacional, la naturaleza de las prestaciones consideradas, la eficiencia económica y el interés general, entre otros, que se tendrán en consideración. Con todo esto, se concluye que los artículos 49 y 56 TFUE no impiden que una normativa nacional habilite a las autoridades locales para atribuir la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado; ello significa que esta clase de adjudicación es compatible con el derecho de la Unión siempre que se cumpla lo siguiente: primero, que el marco legal y convencional en el que se desenvuelve la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y no persigan objetivos distintos de los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan; segundo, que no consigan ningún beneficio directo o indirecto de sus prestaciones, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros; en lo que respecta al reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, debe procurarse que el participante pueda obtener únicamente la devolución de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones; y tercero, si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional<sup>33</sup>.

Admitida así esta posibilidad, el TJUE añade que, cuando concurren todas las condiciones que a la luz del derecho de la Unión permiten a un Estado miembro prever el recurso a asociaciones de voluntariado, se puede atribuir a éstas la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad sin que resulte necesario realizar una comparación previa de las ofertas de varios operadores homogéneos (en su caso, también comunitarios) que puedan obtener la adjudicación directa, con la objeción de que deben ser respetados dos límites: el primero, que tal opción se justifique en el principio de eficiencia, es decir, que ese medio de actuación contribuya efectivamente al objetivo de eficiencia presupuestaria; en segundo lugar, que esas actividades comerciales

32 Esta sentencia resuelve la petición de decisión prejudicial –tiene por objeto la interpretación de los artículos 49 y 56 TFUE– sobre la adjudicación, sin licitación, del servicio de transporte de las personas en tratamiento de diálisis a diferentes centros sanitarios, a varias asociaciones de voluntariado organizadas sobre la base de prestaciones de trabajo no retribuido y a cambio de un reembolso efectivo de los gastos.

33 El TJUE establece una importante cautela de ámbito general y recuerda que el principio general del derecho de la UE de prohibición del abuso de derecho no habilita para una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal.

sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de tales asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de estas.

En conclusión, el derecho europeo de la contratación pública habilita para que, en un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, se pueda adjudicar a entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro (tercer sector) que colaboran con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico de esa colaboración. Esta posibilidad, con los límites ya descritos por el TJUE, exige una norma legal (como se vio, dentro del ámbito competencial español de las CC.AA.) que prevea y regule esta posibilidad. Sin ese marco legal expreso se deberán aplicar las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos no deseables<sup>34</sup>.

### 3.4 La prestación de servicios a las personas en la Comunidad Autónoma de Galicia

El Estatuto de autonomía de Galicia, a través de su artículo 27.23, asumió la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Galicia en asistencia social. Teniendo en cuenta esta premisa, el Parlamento de Galicia manifestó su voluntad de establecer una regulación legal propia en materia de servicios sociales, mediante la aprobación de la Ley 3/1987, de 27 de mayo, de servicios sociales, y posteriormente mediante la Ley 4/1993, de 14 de abril, de servicios sociales. Estas leyes, especialmente la última, posibilitaron el nacimiento y posterior desarrollo de un sistema de servicios sociales con identidad propia, en el que se identificaban niveles y contenidos y en el que se implicaba a las administraciones públicas y entidades privadas, teniendo por objeto estructurar y regular como servicio público los servicios sociales de Galicia para la construcción del sistema gallego de bienestar.

La vigente ley de servicios sociales de Galicia es la Ley 13/2008, de 3 de diciembre. Esta ley tuvo una importante modificación en el ámbito de la contratación pública en julio de 2016, pero antes de abordar esta modificación hay que hacer mención a otra ley que también incorporó medidas en esta temática. Esta fue la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, que bebe directamente del proyecto de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y fue tramitada de manera paralela a esta, la cual impuso a los poderes adjudicadores de todo el sector público autonómico la obligación de realizar, en la medida de lo posible, contrataciones públicas socialmente responsables. En este sentido, el artículo 25 establece que, con el objeto de promover una contratación pública ecológica y socialmente responsable, los poderes adjudicadores de la Administración deberán tener en cuenta criterios sociales y de sostenibilidad medioambiental al diseñar las especificaciones técnicas y administrativas del contrato. Además, estos poderes ponderarán la inclusión de criterios sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato, debiendo tener tales criterios relación directa con el objeto del contrato<sup>35</sup>.

34 GIMENO FELIÚ, J. M., "Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias", en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.232/relcategoria.208/relmenu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f> (20 de enero de 2017).

35 Este precepto debe completarse con los artículos 26 y 27 de la ley. El artículo 26 establece la reserva de contratos a centros especiales de empleo y empresas de inserción sociolaboral, y el artículo 27, por su parte, relata la participación de las asociaciones y fundaciones en los contratos del sector público.

En 2016 la Xunta de Galicia publicó la *Guía para una contratación pública socialmente responsable en el sector público autonómico gallego*. La guía se centra en los aspectos esenciales que se deberán tener en cuenta para diseñar contratos del sector público autonómico y facilita a los adjudicadores llevar a cabo una contratación pública socialmente responsable, mediante una contratación que incorpora criterios sociales como la igualdad de género, la inclusión social y los derechos de las personas con discapacidad, entre otros.

Tras esa acertada incorporación de una “contratación pública socialmente responsable”, llegó la Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia. Se considera necesaria una modificación de la ley de servicios sociales de Galicia con el objeto de potenciar el papel de las entidades de iniciativa social en la prestación de servicios y dotarlas de un nuevo mecanismo que permita impulsar las relaciones entre estas y las administraciones públicas, a la vez que dote de una mayor seguridad jurídica las actividades económicas de este sector.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la regulación comunitaria y a la vista de la legislación de otras comunidades autónomas, en la medida en que corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia la configuración del sistema propio de servicios sociales, se acomete la modificación parcial de la Ley de servicios sociales con la introducción del concierto social como modalidad diferenciada con respecto a la modalidad contractual del concierto general recogida en el TRLCSP, garantizando también el cumplimiento de los principios informadores de la normativa estatal y europea en materia de concertación entre la iniciativa pública y privada, así como la figura de los acuerdos marco para la gestión de servicios sociales con las entidades, con la finalidad de atender la libre elección de la persona destinataria del servicio de que se trate.

En el artículo 29 se regulan las formas de prestación de los servicios sociales en Galicia y se dispone que los servicios sociales los prestarán las administraciones públicas gallegas directamente o, de manera indirecta, a través de las diversas modalidades de contratación de la gestión de servicios públicos establecidas en la normativa reguladora de los contratos del sector público, nombrada mediante la modalidad de concierto<sup>36</sup>.

Dicho artículo 29 tuvo dos modificaciones, una primera con la disposición final 3.1 de la Ley 6/2016, de 4 de mayo, de la economía social de Galicia, en la que se añaden al apartado 2 los tres últimos párrafos, quedando vigente desde el 7 de junio de 2016<sup>37</sup>; la segunda

36 Exposición de motivos de la Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia.

37 “Artículo 29.2. Las personas físicas y jurídicas privadas, de iniciativa social o de carácter mercantil, podrán actuar como entidades prestadoras de servicios sociales y, en consecuencia, crear centros de servicios sociales, así como gestionar programas y prestaciones de esta naturaleza, de conformidad con lo establecido en el presente título.

*Por razones de salud pública directamente vinculadas con la garantía de la adecuada atención y protección de los usuarios de los servicios sociales, siempre que incluyan prestaciones ligadas a la salud de acuerdo con las respectivas normativas sectoriales que los regulan, la prestación de los servicios para personas mayores, con discapacidad y/o con dependencia, de los servicios para la infancia y la adolescencia, y de los servicios de acogida o inclusión está sujeta, con carácter previo al inicio de la actividad, a la correspondiente autorización dictada por el órgano con atribuciones en materia de autorización e inspección de la consejería de la Xunta de Galicia con competencia en materia de servicios sociales, en los términos previstos en la presente ley y en su normativa de desarrollo.*

*La prestación de los servicios que supongan el ejercicio privado de funciones públicas relativas al acogimiento residencial de menores o a la aplicación de medidas judiciales a menores, así como la prestación de servicios de educación infantil sujetos a autorización de conformidad con las leyes en materia educativa que los regulan, está sujeta con carácter previo al inicio de la actividad a la correspondiente autorización dictada por el órgano con atribuciones en materia de autorización e inspección de la consejería de la Xunta de Galicia con competencia en materia de servicios sociales, en los términos previstos en la presente ley y en su normativa de desarrollo.*

*La prestación de los restantes servicios sociales está sujeta, con carácter previo al inicio de la actividad y en los términos previstos en la presente ley y en su normativa de desarrollo, a la presentación de la correspondiente declaración responsable o comunicación previa, de*

modificación del artículo 29 vino de la mano de la Ley 8/2016, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia, y que afectará al apartado 1, entrando en vigor esta modificación el 1 de agosto de 2016. En esta nueva redacción –que modifica la letra c) y añade la letra d)– literalmente se expone que los servicios sociales serán prestados por las administraciones públicas gallegas a través de las siguientes fórmulas: “a) la gestión directa, b) la gestión indirecta en el marco de la normativa reguladora de los contratos del sector público, c) mediante el régimen de concierto social previsto en esta ley, y d) mediante convenios con entidades sin ánimo de lucro”.

La citada Ley 8/2016 incorporó a la ley gallega de servicios sociales en los artículos 33 *bis*, *ter*, *quater*, *quinquies*, *sexies*, *septies* y *octies* la nueva modalidad de concierto social, que se establecerá como modalidad diferenciada de la del concierto general regulado en la normativa de contratación del sector público, dadas las especiales circunstancias que concurren en el ámbito de los servicios sociales.

El concierto social se define como el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades cuyo financiamiento, acceso y control sean públicos, siendo las entidades que ofrecen servicios sociales previstos en las carteras de servicios vigentes las que podrán acogerse a este régimen de conciertos específico.

El objeto del concierto social es, por un lado, la reserva y la ocupación de plazas para uso exclusivo de las personas usuarias de servicios sociales o los colectivos vulnerables, cuyo acceso sea autorizado por las administraciones públicas, y, por otro, la gestión integral de prestaciones técnicas, tecnológicas, de servicios, programas o centros.

En el establecimiento de los conciertos para la provisión de servicios sociales, se atenderán los principios de atención personalizada e integral, arraigo de la persona en el entorno de atención social, elección de la persona y continuidad en la atención en su ciclo vital y la calidad. Por ello, se podrán establecer como criterios para la formalización de los conciertos determinadas medidas de preferencia o medidas de discriminación positiva, criterios sociales, de calidad, y de experiencia y trayectoria acreditada. Específicamente, en la atención a la infancia se tendrá en consideración en la selección del personal la formación específica y la experiencia en atención a menores, en particular derechos de la infancia, maltrato infantil, atención a personas menores de edad, víctimas de violencia de género y abuso sexual.

Además de la obligación al titular de la entidad que concierta a proveer las prestaciones y los servicios en las condiciones estipuladas en la legislación aplicable y en el pliego técnico del concierto social, el concierto social tiene como efectos: que no se les puede cobrar a las personas usuarias por las prestaciones propias del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública ninguna cantidad al margen del precio público establecido. Las prestaciones no gratuitas no podrán tener carácter lucrativo. El cobro a las personas usuarias de cualquier cantidad por servicios complementarios a mayores de los precios públicos estipulados tendrá que ser autorizado por la Administración competente.

---

*acuerdo con lo previsto en la normativa sectorial de aplicación, sin perjuicio de las facultades de control, comprobación e inspección que corresponden al órgano con atribuciones en materia de autorización e inspección de la consejería de la Xunta de Galicia con competencia en materia de servicios sociales. Dichas facultades de control, comprobación e inspección podrán ejercitarse en cualquier momento”.*

Regap



NOTAS

Los requisitos que se establecen para acceder al régimen del concierto social en Galicia son: a) Para poder suscribir conciertos, las entidades tendrán que contar con la oportuna autorización administrativa de sus centros y con la tramitación de la oportuna autorización, declaración responsable o comunicación previa de sus servicios. b) Deben estar inscritas en el Registro Único de Entidades Prestadoras de Servicios Sociales. c) Las entidades tendrán que acreditar, en todo caso, la disposición de medios y recursos suficientes para garantizar el cumplimiento de las condiciones establecidas para cada servicio, así como el cumplimiento de la normativa que con carácter general o específico les sea aplicable. d) Las entidades con las cuales se suscriban conciertos de ocupación o de reserva de plazas tendrán que acreditar la titularidad del centro o su disponibilidad por cualquier título jurídico válido por un período no inferior al de vigencia del concierto.

Los órganos de contratación del sector público autonómico podrán y procurarán concluir acuerdos marco con las entidades prestadoras de servicios sociales al objeto de fijar las condiciones a las cuales habrá de ajustarse la prestación de determinados servicios sociales durante un periodo de tiempo concreto. En particular, el sector público autonómico promoverá la formalización de los acuerdos marco, con la finalidad de atender, de forma prioritaria, y en la medida en que sea posible, a la libre elección de la persona destinataria del servicio de que se trate<sup>38</sup>.

Por último, se abordará el tratamiento a los acuerdos con entidades de iniciativa social. A los efectos de la ley gallega de servicios sociales, las entidades de iniciativa social son aquellas organizaciones o instituciones no gubernamentales que gestionan centros o desarrollan actuaciones y programas de servicios sociales sin ánimo de lucro (artículo 30).

Ya en el artículo 2, apartado 3, se anuncia la obligación a los poderes públicos de fomentar, en el ámbito de los servicios sociales, el desarrollo de actuaciones solidarias por entidades de iniciativa social siempre que se ajusten a los requisitos de autorización, calidad y complementariedad (a mayor abundamiento de esta tendencia, véanse sus artículos 31 y 33 titulados "Fomento de la iniciativa social" y "Fomento de previsiones de índole social en la contratación pública", respectivamente).

Al igual que la mayoría de las CC.AA. que introdujeron la adaptación legislativa en favor de estas entidades sin ánimo de lucro, la ley gallega expone que *"Para el establecimiento de conciertos, las administraciones públicas darán prioridad a las entidades sin ánimo de lucro cuando existan análogas condiciones de efectividad, calidad y rentabilidad social, siempre*

---

38 Se dejan a un posterior desarrollo reglamentario los siguientes aspectos del concierto social del sector público gallego:  
La determinación de principios o medidas de preferencia, siempre que se garantice la libre concurrencia y se respeten los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia.  
Los aspectos y criterios a los que se tienen que someter los conciertos sociales, los cuales preverán siempre los principios establecidos en el punto anterior. Estos aspectos se referirán al cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley, a la tramitación de la solicitud, a la vigencia o duración máxima del concierto y a las causas de extinción, a las obligaciones de las entidades que presten el servicio concertado y las administraciones públicas que hayan otorgado el concierto social, a la sumisión del concierto al derecho administrativo, al número de plazas concertadas y a otras condiciones.  
Las condiciones que permitan establecer precios de referencia para las prestaciones no gratuitas (ya que estas no pueden tener carácter lucrativo).  
Establecer otros requisitos específicos de acceso al régimen de concierto social.  
Las condiciones para la renovación de los conciertos.  
El documento administrativo con la forma y el contenido que implique la formalización de los conciertos.  
Las condiciones de suscripción del concierto único que se permite para cuando la reserva y la ocupación de plazas en varios centros o para a gestión integral de una pluralidad de prestaciones o servicios cuando todos ellos dependan de una misma entidad titular.

*que, en todo caso, se garantice la libre concurrencia y se respeten los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia” (artículo 33 quinquies 5).*

El artículo 33, apartado 3, expone que podrá establecerse una preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga una relación directa con el objeto del contrato en los términos previstos en la normativa de contratación pública. Al final de su exposición se añade al precepto (a través de una modificación hecha a la Ley 13/2008, vigente desde el 1 de agosto de 2016) *“o así figure definido en el concierto social previsto en la presente ley”*, por lo que se establecerá la posibilidad de prioridad a las entidades sin ánimo de lucro en dos vertientes: la contractual y la no contractual (concierto social).

## 4 Conclusiones

Como se puede comprobar, el proceso para instaurar en la contratación pública unas políticas sociales ha sido lento. De hecho, aún está inacabado si se considera que tales políticas deben ser un fiel reflejo del compromiso social del derecho administrativo. La inclusión de consideraciones sociales en los contratos públicos permite que la compra pública, más allá de satisfacer las necesidades del órgano de contratación, pueda ser utilizada para orientar y consolidar actuaciones ventajosas para el interés general. Sin embargo, esta inclusión de objetivos sociales dependerá, por una parte, de los requisitos que establezca el ordenamiento jurídico para su admisión y, por otra, de la intención política en incorporar esta perspectiva transversal a las compras públicas.

En relación con lo establecido en el ordenamiento jurídico, las directivas de contratación pública de 2014 posibilitan expresamente la integración de aspectos sociales en las distintas fases del procedimiento de adjudicación, desde la exigencia de respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia. No obstante, estas vigentes directivas han revelado que los “servicios a las personas” tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en esos casos, correspondiendo a cada Estado miembro, al otorgarles facultades discrecionales para ello, elegir la forma de organización y prestación de dichos servicios sociales. Se introducen dos novedades destacables para este tipo de servicios: un tratamiento contractual diferenciado del propio de los demás servicios y la posibilidad de prestarse mediante fórmulas no contractuales.

Con este nuevo panorama, las CC.AA. –que son las dotadas de competencia en este ámbito en el Estado español–, en función de la intencionalidad política, irán adaptando sus leyes de servicios sociales a esta nueva realidad. Del estudio realizado respecto a los progresivos avances normativos autonómicos hasta el momento actual, solamente las comunidades del País Vasco, Baleares, Asturias, Murcia, Cataluña, Aragón, Galicia y Andalucía han introducido una nueva fórmula para la prestación de los servicios sociales, el denominado “concierto social”, y su nueva relación con las entidades de iniciativa social (refrendada por la STJUE de 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros). Paulatinamente, las restantes CC.AA. van a tomar la determinación de adaptar su normativa al respecto, por ejemplo la Comunidad Valenciana y La Rioja.

Regap



NOTAS

Este cambio de modelo de gestión de los servicios sociales de responsabilidad pública (financiación, acceso y control son públicos), a través de entidades de iniciativa privada que cumplan con una serie de condiciones, tiene el objetivo de: garantizar la calidad de la atención a las personas (sobre todo dirigido a colectivos en exclusión social o más necesitados), mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de las entidades del tercer sector y dotar de más seguridad financiera a dichas entidades, sustituyendo su modelo de financiación basado en la subvención, debiéndose acabar, asimismo, con la discrecionalidad en la concesión de ayudas públicas.

## 5 Bibliografía

AYMERICH CANO, C. I., "Condicions socials e contratación pública", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña*, n. 4, 2000.

CALVO VÉRGEZ, J., "La nueva Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social: un nuevo marco de actuación para las entidades del tercer sector", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2015, parte Tribuna.

CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMÓN. PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*, 2016, <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf>

GIMENO FELIÚ, J. M., "La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales", 2015, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/relcategoria.208/relmenu.3/chk.fda916418919b4edadc19f1025462bf6>

GIMENO FELIÚ, J. M., "Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias", 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/relcategoria.208/relmenu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f>

LAZO VITORIA, X., "La figura del 'concierto social' tras las directivas europeas de contratación pública", 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/relcategoria.208/relmenu.3/chk.3a0dbd2183e053976d3b5e7acf2d0a37>

MEILÁN GIL, J. L., "El paradigma de la buena administración", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña*, n. 17, 2013.

MORENO MOLINA, J. A., "Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué derecho de la contratación pública aplicamos?", 2016, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.241/relcategoria.208/relmenu.3/chk.e51a081ab9aedb01e-26c5798ebc766cf>

MORENO MOLINA, J. A., y DOMÍNGUEZ ALONSO, A. P., "Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad", Pernas García, J. J. (dir.), *Contratación pública estratégica*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

RIVERO YSERN, E., y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El compromiso social del derecho administrativo*, Editorial Bubok, Madrid, 2016.

VICEPRESIDENCIA E CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS E XUSTIZA (XUNTA DE GALICIA), *Guía para unha contratación pública socialmente responsable no sector público autonómico galego*, 2016, [http://cpapx.xunta.gal/c/document\\_library/get\\_file?file\\_path=/portal-cpapx/AsesoriaXuridica/GuiasdeContratacion/guia\\_contratacion\\_socialmente\\_responsable\\_gal.pdf](http://cpapx.xunta.gal/c/document_library/get_file?file_path=/portal-cpapx/AsesoriaXuridica/GuiasdeContratacion/guia_contratacion_socialmente_responsable_gal.pdf)

Regap



NOTAS