

Nº 34
Segundo trimestre
2023

Gabilex

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



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

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

Número 34. Junio 2023

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

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Jaime Pintos Santiago

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

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

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

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



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

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

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

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Beviá

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

D. Jorge Fondevila Antolín

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

D. David Larios Risco

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

D. José Joaquín Jiménez Vacas

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

D. Javier Mendoza Jiménez

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



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 13

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

EL CICLO REGLAMENTARIO LOCAL: UNA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

D. José Manuel Bejarano Lucas 19

2ª Parte: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO Y DE LOS DIFERENTES CONTEXTOS: LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS A NIVEL INTERNACIONAL EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.

D. Angel Corredor Agulló.....93

LOS CONCIERTOS SOCIALES, NOVEDADES JURÍDICAS Y SUS IMPLICACIONES.

D. Javier Mendoza Jiménez

Dª Isabel Otilia Gutiérrez Santana.....159

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Dª. Carolina Sempere Gelardo179



LA REGULACIÓN DEL PRECIO DE LA ELECTRICIDAD Y LA INTERVENCIÓN PÚBLICA ANTE LOS DESEQUILIBRIOS DEL MERCADO	
D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz	227
MARCO LEGAL DE LAS ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY, REMISIONES CONDICIONALES ILEGALES Y ERRORES JURÍDICOS DE JUZGADOS	
D. Salvador Moreno Soldado	301
SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO	
LA GRATUIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS ESTATALES EN MÉXICO	
D. Hilarino Aragon Matias.....	351
RESEÑA DE JURISPRUDENCIA	
EL INCUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS POR PARTE DE LA OFERTA DEL LICITADOR NO SUPONE UNA EXCLUSIÓN AUTOMÁTICA	
D. Jaime Pintos Santiago	
D ^a . María Dolores Fernández Uceda.....	391



CUANDO LA DISCRECIONALIDAD SE VUELVE
ARBITRARIEDAD NO ES CONTROLABLE A TRAVÉS DEL
RECURSO ADMINISTRATIVO ORDINARIO.

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda.....401

BASES DE PUBLICACIÓN 419



EDITORIAL

En el número 34 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a uno de internacional, una reseña de jurisprudencia, y una recensión de un libro, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. José Manuel Bejarano Lucas con el artículo que lleva por título "El ciclo reglamentario local: una revisión jurisprudencial".

Aborda una visión jurisprudencial de los aspectos más relevantes que han de ser considerados en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, y en particular en el hoy conocido como ciclo reglamentario local.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Ángel Corredor Agulló que trata un tema de máxima actualidad "Análisis de derecho comparado y de los diferentes contextos: la necesidad de instrumentos jurídicos a nivel internacional en la maternidad subrogada".

A continuación, D. Javier Mendoza Jiménez y D^a Isabel Otilia Gutiérrez Santana realizan con brillantez un análisis jurídico de "Los conciertos sociales, novedades



<http://gabilex.castillalamancha.es>

jurídicas y sus implicaciones". En concreto estudian dos recientes autos del TJUE que han venido a resolver varias cuestiones fundamentales que se refieren a la posibilidad de restringir la participación solo a entidades sin ánimo de lucro y a la validez de ciertos criterios.

D^a. Carolina Sempere Gelardo analiza minuciosamente "La modificación de los contratos del sector público". La autora hace un análisis de los distintos tipos de modificaciones contractuales en un contrato público, comenzando dicho análisis desde un punto de partida fundamental: las prerrogativas de la Administración Pública. Analiza las modificaciones previstas en los pliegos, las no previstas y la importancia, tanto de su posterior formalización, como de la publicación de las mismas, ya que, como consecuencia de los numerosos cambios que ha sufrido la LCSP respecto de la legislación previa, entre ellos las modificaciones de los contratos, a medida que sus preceptos se han ido poniendo en práctica, han ido generando nuevos retos y dudas.

A continuación, D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz aborda un tema de máximo interés como es "La regulación del precio de la electricidad y la intervención pública ante los desequilibrios del mercado".

El último artículo de la sección nacional corresponde a D. Salvador Moreno Soldado que trata el "Marco legal de las electrocuciones de avifauna: vulneración del principio de reserva de ley, remisiones condicionales ilegales y errores jurídicos de juzgados".



La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Hilarino Aragon Matias sobre "La gratuidad de la educación superior en las universidades públicas estatales en México".

Dentro de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "El incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por parte de la oferta del licitador no supone una exclusión automática" y "Cuando la discrecionalidad se vuelve arbitrariedad no es controlable a través del recurso administrativo ordinario".

El Consejo de Redacción

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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LOS CONCIERTOS SOCIALES, NOVEDADES JURÍDICAS Y SUS IMPLICACIONES

D. Javier Mendoza Jiménez

Profesor Ayudante Doctor

Instituto de la Empresa de la Universidad de La Laguna

D^a Isabel Otilia Gutiérrez Santana

Cabildo de Gran Canaria

Resumen: Los conciertos sociales son un instrumento mediante el cual se pretende articular la contratación de servicios sociales, preferentemente con entidades sin ánimo de lucro. Dos recientes sentencias del TJUE han venido a resolver varias cuestiones fundamentales que se refieren a la posibilidad de restringir la participación solo a entidades sin ánimo de lucro y a la validez de ciertos criterios. En concreto, los asuntos 436/2020 y 676/2020 responden a dos consultas preliminares que se derivan de reclamaciones de ASADE frente a aspectos de decretos de la Comunidad Valenciana y Aragón. Las conclusiones de ambas sentencias afirman el carácter contractual de este tipo de instrumentos, validan la exclusión de entidades con ánimo de lucro y establecen



que los criterios de selección no pueden ser contrarios a los principios de la contratación general.

Abstract: Social agreements are an instrument through which it is intended to articulate the procurement of social services, preferably with non-profit entities. Two recent TJEU sentences have come to resolve several fundamental questions that refer to the possibility of restricting participation only to non-profit entities and the validity of certain criteria. Precisely, the sentences 436/2020 and 676/2020 answer two preliminary questions from ASADE against the regulations in the Comunidad Valenciana and Aragón. The conclusions of both judgments affirm the contractual nature of this type of instrument, validate the exclusion of for-profit entities and establish that the selection criteria cannot be contrary to the principles of general contracting.

Palabras claves: conciertos sociales, TJUE, entidades sin ánimo de lucro, compra pública, jurisprudencia.

Keywords: social agreements, TJEU, non-profit entities, public procurement, jurisprudence.

Sumario:

1.INTRODUCCIÓN; 2 LOS CONCIERTOS SOCIALES EN ESPAÑA; 3; ¿CONTRATOS O NO CONTRATOS? LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE; 4 EL IMPACTO EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS; 5 CONCLUSIONES



1. INTRODUCCIÓN

Tanto la Directiva 24/2014/UE como la Ley 9/2017 de contratos del sector público (en adelante la LCSP) hacen referencia a la prestación de servicios sociales como una parte diferenciada dentro de la compra pública.

La legislación europea recuerda en su considerando sexto que *los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios*. Este carácter especial de los servicios sociales se reafirma en el considerando 114 que justifica un régimen específico para este tipo de contratos con un umbral de interés transfronterizo mayor frente a otro tipo de servicios. En concreto, se ha establecido el umbral SARA en 750.000 € frente a los 214.000 € para el resto de servicios sujetos a la directiva.

La LCSP recoge, como no podía ser de otra manera, esta especificidad y en el artículo 11.6 establece la exclusión de este tipo de servicios de la ley, pero pone una serie de condicionantes que son clave para el uso y reciente evolución de los conciertos sociales. De este modo, se sujeta la adjudicación de este tipo de servicios a la existencia de una publicidad suficiente y al ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Además, parece dejar entrever que no podrá haber beneficio industrial hablando de la *simple financiación* como manera de remuneración de este tipo de servicios. Esto estaría ligado a la naturaleza no lucrativa de las entidades que normalmente prestan este tipo de servicios, lo cual permea en las distintas legislaciones



que regulan este extremo y ha sido una de las causas fundamentales de la litigiosidad que se analizará en este artículo.

Las vías que se han buscado para la financiación de este tipo de servicios van desde las subvenciones (tanto nominativas como en concurrencia), la firma de convenios y, con una mayor prevalencia en los últimos años, los conciertos sociales. Precisamente sobre esta última forma será sobre la que se centre este artículo con el objetivo de caracterizar el panorama actual que afecta a este tipo de procedimientos después de las últimas resoluciones del TJUE y la reciente respuesta a las mismas de Canarias, que puede servir como modelo para las legislaciones en otras CCAA.

Después de esta introducción, se hará un breve repaso a la situación de los conciertos sociales en España incluyendo una visión sobre la presencia legislativa del concierto social en distintas regiones de España. Posteriormente se pasará al análisis de las dos sentencias del TJUE que versan sobre este tema y sus posibles consecuencias, y, finalmente, se ofrecerán las conclusiones y la bibliografía.

2. LOS CONCIERTOS SOCIALES EN ESPAÑA

Los conciertos sociales son la manera en la que las comunidades autónomas han articulado la libertad que dejan las Directivas de contratación a los Estados en



materia de servicios sociales¹. El desigual desarrollo legislativo por comunidades autónomas ha hecho que se haya planteado la búsqueda de otras alternativas como la adjudicación directa en tanto se cuenta con una ley que regule este procedimiento².

Uno de los principales puntos de debate en este instrumento es cómo conciliar cuestiones específicas del tipo de servicios que regulan con los principios generales de la compra pública, es especial la libre competencia. Uno de los ejemplos de ello es la posibilidad de incluir cláusulas de arraigo³, que responde a la necesidad de que las entidades se encuentren previamente instaladas de cara a garantizar una atención más cercana.

La LCSP en su Disposición Adicional cuadragésimo novena parece inclinarse por el carácter no contractual de estas formas de organización de los servicios sociales

¹ Pizarro Nevado, R. (2020) El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (1), pags. 88- 103 DOI: 10.24965/reala.i14.10861

² Martín Egaña, A. (2021). Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (25), pags. 272-375.

³ Garrido Juncal, A. (2017) Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate. *Revista Catalana de Dret Públic*, (55), pags. 84-100, DOI: 10.2436/rcdp.i55.2017.3007.



y deja libertad a las autonomías para su organización cuando recoge 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

Esta visión coincide las dudas expresadas por algunos autores que consideran que la práctica y la jurisprudencia ayudarán a ir resolviendo⁴.

En cuanto a la producción legislativa en el ámbito regional con respecto a los conciertos sociales, el número de comunidades que ha aprobado su propia regulación ha ido acelerándose paulatinamente en los últimos años.

Antes de la entrada en vigor de la LCSP apenas 6 comunidades autónomas habían aprobado regulaciones en este campo⁵. En Baleares, la Ley 10/2013, de 23 de

⁴ Álvarez Fernández, M. (2021). El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos. *Ius et Veritas*, (62), pags. 14-36.

⁵ Lazo Vitoria, X. (2016) La figura del "concierto social" tras las Directivas europeas de contratación pública. *Observatorio de la Contratación Pública*. Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/la-figura-del-concierto->



<http://gabilex.castillalamancha.es>

diciembre, de modificación de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears modificaba el artículo 89 de la Ley de Servicios Sociales e introducía de manera breve lo relativo a la concertación social. Se establecía prioridad para las entidades sin ánimo de lucro, pero no se excluía a aquellas que sí lo tenían, como ha sucedido en otras comunidades.

Una de las legislaciones más discutidas en este sentido ha sido el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social que posteriormente se modificaría por el Decreto 188/2021, de 26 de noviembre, del Consell. El propio nombre del decreto deja claro que la concertación social se dirige exclusivamente a las entidades sin ánimo de lucro.

Este ha sido el camino seguido por otras comunidades autónomas como Navarra o Aragón y, más recientemente, Canarias. Pero pueden encontrarse excepciones como el caso de Madrid, que en el artículo 75 de la Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid dice que podrán presentarse "personas físicas o jurídicas de carácter privado, cualquiera que sea su naturaleza"⁶

[social-tras-las-directivas-europeas-de-contratacion-publica](#)

Fecha de consulta: 25/05/2023

⁶ Lazo Vitoria, X. (2023) Fórmulas de gestión indirectas (contractuales y no contractuales) en la nueva Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de



Una postura intermedia y similar a la de Baleares se encuentra en Decreto 229/2020, de 17 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de conciertos sociales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia que en su artículo 13 establece la prioridad, pero no la exclusividad, de las entidades sin ánimo de lucro.

De lo anterior se deriva que existen modelos dispares para la implementación de los conciertos sociales en lo tocante a la posibilidad de reservar solo para las entidades sin ánimo de lucro la participación. Precisamente, este ha sido dos de los puntos fundamentales de discusión que el TJUE ha tenido que afrontar y que se analizarán a continuación.

3. ¿CONTRATOS O NO CONTRATOS? ¿CON O SIN ÁNIMO DE LUCRO? LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

De manera paralela a lo que sucede con los contratos reservados, la exclusión de entidades con ánimo de lucro de la posibilidad de acceder a este tipo de procedimientos provocó la reacción de las empresas que se dedican a este sector quienes impugnaron - por ahora

Madrid: Primera regulación del "concierto social" en Madrid. *Iustel, Diario del Derecho*. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1229405 Fecha de consulta: 24/05/2023



- los decretos autonómicos de la Comunidad Valenciana y de Aragón.

Esto provocó el planteamiento de dos cuestiones prejudiciales por parte de los Tribunales Superiores de Justicia correspondientes y ha hecho que el TJUE deba pronunciarse al respecto. En concreto, se trata, en primer lugar, del asunto C-436/20 que viene a resolver el litigio de la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) contra la Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana. Posteriormente, el asunto 676/20 versa sobre la disputa de esa misma asociación contra la Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón.

3.1 El Asunto 436/20

Dado que en la primera sentencia sirve como amplia base de la segunda, se analizará en mayor profundidad el asunto que afecta a la Comunidad Valenciana. Las cuestiones en solfa en este caso se traducen en tres aspectos relacionados entre sí⁷:

1 - ¿Son los conciertos sociales figuras contractuales?

⁷ Las tres cuestiones prejudiciales pueden verse más desarrolladas en el exponendo 33 de la sentencia del TJUE que puede encontrarse aquí: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=262937&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15985113>



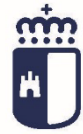
2 - En caso de serlo, es posible limitar su uso solo a entidades sin ánimo de lucro - incluso más allá de las asociaciones de voluntariado.

3 - Si se consideraran contratos, ¿es legal un criterio que valora la implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio anterior a la ejecución del mismo?

Sobre esas preguntas establece sus conclusiones la Abogada General, la Sra. Laila Medina, que aborda en primer lugar la problemática reflejada en el punto anterior de este artículo sobre la naturaleza contractual o no de este tipo de procedimientos.

Para ello se adentra en lo que denomina acertadamente un "laberinto de diferentes problemáticas jurídicas" donde se entremezcla la naturaleza de interés general de los servicios y su sujeción o no a las Directivas de contratación. Después de revisar las características de la legislación valenciana, que incluye el establecimiento de criterios de selección, lo que la acercaría a una contratación en sentido tradicional, resume su postura considerando que "la aplicabilidad de la Directiva 2014/24 no ha de supeditarse a la forma en que los Estados miembros elijan a las entidades seleccionadas, sino que ha de depender del objeto de los contratos".

Complementando lo anterior, concluye también la abogada que, independientemente de que se articule el reembolso de costes como forma de pago de la prestación de servicios y pese a que no exista una remuneración de un beneficio industrial, al hablar de conciertos sociales nos encontramos ante contratos de carácter oneroso. Además de esto, aclara que las



<http://gabilex.castillalamancha.es>

entidades sin ánimo de lucro también se incluyen dentro del concepto de “operador económico” y en base a ello concluye que “se cumple el requisito relativo a que exista un contrato entre un operador económico y uno o varios poderes adjudicadores”.

Por último, en cuanto a la naturaleza de los conciertos sociales como contratos de servicios, remite la Abogada General a la comparación por parte del órgano jurisdiccional de lo recogido en el decreto valenciano con lo establecido en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, teniendo en cuenta además que existe un umbral de 750.000 € a partir del cual se aplica la citada directiva.

Una vez resuelto lo anterior, es turno ahora para dilucidar la legalidad de la exclusión de las entidades con ánimo de lucro de su participación en los conciertos sociales. En este sentido, se apoya en la regulación relativa a los contratos reservados (artículo 20 y 77 de la Directiva) para concluir que el régimen aplicable a los conciertos sociales se encuentra establecido en los artículos 75 y 76 del documento comunitario.

Y aquí se encuentra una de las principales digresiones con respecto a lo que posteriormente resolverá el TJUE, ya que se argumenta que se considera “inconcebible” la exclusión de determinadas entidades por el mero hecho de tener ánimo de lucro y que ello no está justificado de ninguna manera por la aplicación del régimen simplificado que se establece en esos artículos. En concreto, razona la abogada que: “Al aplicar el régimen simplificado, parecería más pertinente centrarse en la capacidad para prestar servicios sociales de calidad y



eficientes en relación con los costes, en lugar de en la naturaleza de la entidad que los presta”.

En lo relativo a la tercera cuestión prejudicial, la validez de un criterio de arraigo como el planteado, la opinión de la Abogada se inclina por la ilegalidad de este tipo de criterios, que trata de manera distinta situaciones comparables.

La sentencia de la Sala Cuarta del TJUE se sustenta sobre razonamientos similares, aunque más resumidos, que los de la Abogada General. Sobre la sujeción o no a la Directiva 2014/24/UE de los conciertos sociales, se recoge que: “la normativa controvertida en el litigio principal parece regular, al menos parcialmente, la adjudicación de contratos públicos sujetos a la Directiva 2014/24”.

Teniendo en cuenta eso, analiza las dos primeras cuestiones prejudiciales en el marco de los artículos 75 y 77 para concluir que permite la exclusividad de las entidades sin ánimo de lucro en estos procedimientos siempre que se cumplan una serie de condiciones que se articulan en las siguientes:

- Haya un examen competitivo previo de las ofertas.
- La remuneración del contrato se haga mediante reembolso de costes.
- El marco en el que se desarrolla la actividad de las entidades contribuya a la finalidad social y a los objetivos de solidaridad y eficiencia presupuestaria.



- Se respete el principio de transparencia.

En cuanto al criterio de selección que constituye la tercera cuestión prejudicial se ratifican las conclusiones de la Abogada General y se considera que no puede aplicarse como condición en la fase previa a la adjudicación del concierto.

3.2 El Asunto 676/20

La segunda de las recientes sentencias del TJUE relativa a la concertación social se deriva de una cuestión prejudicial enviada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón y se presenta en el marco del litigio de ASADE y la Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón sobre la legalidad de varias leyes relacionadas con la concertación socio-sanitaria.

En este caso, se plantean cinco cuestiones prejudiciales, algunas de las cuales coinciden con las ya resueltas en el asunto anteriormente analizado. A modo de resumen, los cinco aspectos que se preguntan son⁸:

1. ¿Es legal recurrir a conciertos sociales con entidades sin ánimo de lucro (no solo asociaciones de voluntariado) mediante el simple reembolso de costes sin acudir a los procedimientos de contratación regulares?

⁸ Al igual que en el caso anterior, se proporciona el enlace para el acceso a la resolución, que en su exponendo 29 recoge las preguntas de manera desarrollada: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62020CO0676>



2. ¿Es compatible con el Derecho Europeo una normativa nacional que permite eludir la normativa de contratación pública mediante el empleo de conciertos aun manteniendo los principios de publicidad, competencia y transparencia?
3. En caso de que sí, ¿puede reservarse este procedimiento solo a entidades sin ánimo de lucro aun respetando los principios de publicidad, competencia y transparencia?
4. ¿La libertad de los poderes adjudicadores de acudir a la concertación con entidades sin ánimo de lucro equivale a condicionar estos servicios en función de la forma jurídica?
5. Si todo lo anterior es válido, ¿puede incluirse entre los criterios de selección la implantación en la localidad o área geográfica dónde vaya a prestarse el servicio?

Cabe destacar que el procedimiento se suspendió hasta que se resolviera el Asunto 436/2020 y que, una vez resuelto el mismo, se preguntó a ASADE si quería mantener las cuestiones prejudiciales, ante lo que la respuesta fue seguir adelante solo con la segunda y la cuarta.

La respuesta a la segunda cuestión prejudicial se apoya en las consideraciones del Asunto 436/2020 y viene a concluir que es correcta la utilización de la concertación social solo para entidades sin ánimo de lucro "cuando la utilización de tales acuerdos persiga satisfacer objetivos de solidaridad, sin mejorar necesariamente la adecuación o la eficiencia presupuestaria de la prestación



<http://gabilex.castillalamancha.es>

de dichos servicios respecto del régimen de aplicación general a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”.

La segunda parte del entrecomillado es importante, toda vez que no se exige una mayor eficiencia económica que la de un contrato general, ya que se apoya en el argumento dado por el Gobierno Español de que las entidades sin lucro sirven al interés general y no se guían por criterios meramente comerciales. Análogamente a lo establecido en el primer asunto, se condiciona lo anterior al respeto del principio de transparencia y a la contribución a la solidaridad social y eficiencia presupuestaria.

En cuanto a la cuarta cuestión prejudicial, razona el TJUE que es “manifiestamente inadmisibles” ya que la información enviada por el órgano jurisdiccional no permite discernir si se encuentran o no excluidos de la Directiva 2006/213, conocida como “Directiva de servicios”, que en su artículo 2.2.j excluye a los “servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado”.

Por lo tanto, las conclusiones a las que llega el TJUE en el Asunto 676/20 vienen a ratificar las referidas en el Asunto 436/2020 y suponen un fortalecimiento de la posibilidad recogida en varias legislaciones autonómicas de reservar exclusivamente este tipo de servicios a



entidades sin ánimo de lucro sin que necesariamente deban ser asociaciones de voluntariado.

4. EL IMPACTO EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS

Además de las consecuencias conceptuales que pueden tener los dos autos referidos en el punto anterior, y que serán analizadas en las conclusiones, lo relativo a la invalidez de un criterio de selección que otorga más puntos a aquellas entidades que ya estén implantadas en el municipio requeriría de una revisión, o al menos la no aplicación en la práctica, de algunas de las legislaciones autonómicas en vigor y que incluyen precisamente ese extremo.

Por razones de espacio y a modo de ejemplo que probablemente pueda extenderse al resto de autonomías que se encuentren en este caso, se tomará el caso del Decreto 144/2021, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del concierto social en el ámbito de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Canarias. Este texto legal, en su artículo 17, incluye entre los criterios de selección "La implantación de la persona o entidad en la localidad donde vaya a prestarse el servicio".

En el informe que formula la Secretaría General Técnica a este respecto, después de una magnífica exposición del contenido del auto del TJUE, se razona, a nuestro entender acertadamente, que ese artículo 17.3, letra f)



<http://gabilex.castillalamancha.es>

es contrario a lo recogido en las Directivas de contratación.

Lo anterior llevaría a una modificación del Decreto en cuestión, pero, como razona el informe, "hasta que esa modificación reglamentaria se produzca y surta efectos en el ordenamiento jurídico, puede transcurrir excesivo tiempo, lo que produciría una inacción para convocar conciertos sociales por las Administraciones públicas canarias, amén de las situaciones de inseguridad jurídica que ello conllevaría".

Por lo tanto, aboga el escrito por simplemente no aplicar el criterio en cuestión tal y como aparece redactado en la actualidad a los conciertos sociales que se celebren hasta que se realice la modificación pertinente, sin perjuicio de que puedan existir otras modificaciones derivadas de otros recursos al TJUE. Ello no impide que pueda valorarse la implementación de las entidades en el lugar de celebración del concierto siempre y cuando se haga en la fase de ejecución de este.

Las conclusiones que recoge el informe también incluyen la necesidad de publicación de los conciertos en el DOUE si superan el umbral comunitario, siendo posible su publicidad a través del Boletín Oficial de Canarias o el Boletín Oficial de la Provincia en su caso si están por debajo de estos.

Lo expresado aquí puede ser de aplicación a otras legislaciones de reciente entrada en vigor como el decreto 229/2020 de Galicia que en su artículo 13.2 recoge una redacción similar a la ya mencionada del decreto de Canarias. Igualmente, para otras



legislaciones en desarrollo como la de Euskadi - que lleva un largo tiempo en discusión - representa un punto de partida para saber qué cosas evitar en la redacción final.

5. CONCLUSIONES: CONTRATOS EN RÉGIMEN ESPECIAL CON ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

Las dos sentencias del TJUE afectan a dos aspectos fundamentales sobre los que se sustenta la legislación de los conciertos sociales. En primer lugar, definen que este tipo de instrumentos se encuentran afectados por las Directivas de contratación, y más en concreto por el régimen de contratación particular del Capítulo I del Título III (artículo 75 a 79).

Por lo tanto, se estaría contradiciendo lo señalado en la doctrina general, las legislaciones autonómicas y la Disposición Adicional cuadragésimo novena de la LCSP que califican este tipo de instrumentos como "no contractuales". Los dos autos analizados parecen inclinarse más por una postura que podría resumirse en que son contratos públicos, pero con otro nombre, sin que ello sea óbice para que sean caracterizados como onerosos, estén sujetos a los principios generales y deban ser publicados de la misma manera que las licitaciones regulares atendiendo a su valor estimado.

Una segunda cuestión, que los empareja con la respuesta que dio el TJUE a la problemática de la exclusión de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa mercantil de los contratos reservados, tiene que ver con la exclusión de las entidades con ánimo de



lucro de la posibilidad de participar en los conciertos sociales. A este respecto, las conclusiones del Tribunal Europeo parecen ratificar el camino que han tomado ciertas autonomías como la Comunidad Valenciana, Baleares o Canarias, que limitan la participación solamente a las entidades cuyo beneficio se reinvierta en su objeto social.

A nivel práctico, las entidades públicas que quieran recurrir al concierto social para aquellos servicios que entren dentro del ámbito definido en las distintas legislaciones deben tener en cuenta que el establecimiento de criterios contrarios al principio de libre competencia parece no estar amparado por la naturaleza especial de este tipo de procedimientos.

Si bien hasta la fecha solamente se ha visto afecta el criterio concerniente a la implantación de las entidades en la localidad donde se desarrollarán los servicios, existen otros criterios como la experiencia de la propia entidad que, de manera análoga, han sido declarados contrarios a la legislación contractual por distintos tribunales, con lo cual podría esperarse que también lo fueran por los órganos ante los que se recurriera en su caso.

Por lo tanto, nos encontramos ante un instrumento alternativo a las licitaciones públicas para el desarrollo por parte de entidades privadas de servicios de carácter social. Sin embargo, ello no significa que no compartan muchos puntos en común con esta, aspecto que harán bien en recordar las administraciones que quieran emplearlo para evitar errores y sus consecuencias posteriores.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 34

Junio 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>
