

---

# Público y privado en la Ley catalana de servicios sociales

Esteban Arimany Lamoglia

Abogado y profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

- 1. Coexistencia e interrelación de lo público y lo privado en el sistema catalán de servicios sociales**
  - 1.1. Contexto del análisis: la iniciativa privada, lucrativa o no lucrativa, en un sector intervenido
  - 1.2. Cuestiones a analizar
  - 1.3. Un megasistema de servicios sociales, públicos y privados, lucrativos y no lucrativos
  - 1.4. El genuino sistema público de servicios sociales, sistema de responsabilidad pública o red pública de servicios sociales
  - 1.5. Principios y reglas propias de un concepto amplio de servicio público con financiación presupuestaria
- 2. Prestaciones privadas no integradas en el sistema público de servicios sociales**
  - 2.1. Hay vida fuera del sistema de responsabilidad pública o servicio público social
  - 2.2. Sin embargo, toda vida fuera del servicio público esta regulada, controlada y, en su caso, fomentada por la Administración
- 3. Acreditación de entidades privadas e integración en el sistema público de servicios sociales. El convenio de integración y financiación**
  - 3.1. La entidad privada, lucrativa o no lucrativa, que cumple tareas de servicios sociales, decide solicitar su integración en el sistema de responsabilidad pública: acreditación y convenio de colaboración
  - 3.2. Integrarse en la Red Pública presupone posibilidad de prestar servicios sociales de la Cartera bajo responsabilidad y financiación públicas
  - 3.3. Previsión de las condiciones de acreditación y silencio absoluto sobre los pormenores del convenio de colaboración
- 4. Gestión indirecta de servicios sociales de responsabilidad pública: convenios de integración en la red pública y contratos públicos para la prestación de servicios de titularidad pública**
  - 4.1. Otra posibilidad de integrarse en la Red Pública consiste en adjudicarse contratos para la prestación de servicios de titularidad pública: el convenio de integración ni es previo al contrato ni es lo mismo que el contrato, sino que es un instrumento distinto de integración
  - 4.2. Principio fundamental: si estamos ante un objeto y una causa contractual no puede elegirse la vía del convenio de colaboración como si se tratara de un instrumento alternativo
  - 4.3. Algunas ideas que pueden manejarse para distinguir convenio de colaboración o integración y contrato público, siempre sin perjuicio del obligado análisis de cada caso particular
- 5. La provisión de equipamientos y servicios sociales mediante contrato público**
  - 5.1. Los contratos públicos de provisión de equipamientos y servicios sociales se someten, en todo caso, a las normas, estatales y comunitarias, de contratación pública
  - 5.2. Contratos incluidos en la LCSP y negocios excluidos: los convenios interadministrativos de colaboración en materia de servicios sociales y los encargos a los denominados medios propios
  - 5.3. La diferencia entre, por una parte, los contratos ordinarios y, por otra parte, las concesiones y contratos públicos CPP, presente también en el ámbito de los servicios sociales
  - 5.4. La utilización de las concesiones, de servicio público o de obra, para la provisión de equipamientos y servicios sociales.
  - 5.5. Sobre la insatisfactoria respuesta de nuestro Derecho interno a las relaciones jurídicas CPP en las que median pagos de la Administración basados en criterios de disponibilidad
- 6. Un último apunte sobre la contraposición de intereses entre las entidades privadas de iniciativa social y las entidades privadas de iniciativa mercantil en el mercado de la provisión contractual de equipamientos y servicios sociales**

## 1. Coexistencia e interrelación de lo público y lo privado en el sistema catalán de servicios sociales

### 1.1. Contexto del análisis: la iniciativa privada, lucrativa o no lucrativa, en un sector intervenido

En el sector de los servicios sociales se aprecia claramente, como sucede en tantos otros campos de la realidad económica y social, la presencia e interrelación de elementos pertenecientes al ámbito de lo público (entes del sector público, disposiciones generales, planes, autorizaciones, contratos públicos, etc.) y de elementos propios del ámbito privado (fundaciones o sociedades del sector privado, prestaciones de servicios privados, etc.). Desde una perspectiva algo más concreta, trabajos como el presente suelen abordarse con una óptica más subjetiva y funcional, esto es, se trata de constatar la presencia en el sector de entidades públicas, o del sector público, y de entidades privadas que desarrollan actividades relacionadas con la asistencia social, y de analizar la dinámica de las relaciones jurídicas que se producen entre todas ellas. Todavía de forma más específica, pero sin perder de vista el enfoque general, se da por supuesto un alto grado de intervención pública en la materia y se pone el acento en el análisis del papel de la iniciativa privada en los servicios sociales. Esta última (“De la iniciativa privada en los servicios sociales”) es, precisamente, la denominación que adopta el título VI de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales (“Ley 12/07”), título alrededor del cual (el “título VI”) van a centrarse las líneas y páginas siguientes.

Superadas históricamente las épocas en las que, desde un punto de vista jurídico, se ponía el énfasis en la beneficencia o caridad –bien fuese pública o privada de carácter no lucrativo–, la acción o asistencia social se aborda, hoy en día, como un elemento fundamental del Estado Social de Derecho, al que normativamente se asocia la exigencia de un intenso intervencionismo administrativo, muy focalizado, además, en la vertiente prestacional. Estamos en un momento que –aunque no exento de voces partidarias de un mayor abstencionismo público, y bajo el impacto de una importante carestía de recursos públicos, propiciada por la crisis económica global– se caracteriza por dos aspectos del máximo interés. Por una parte, la creciente asunción de la garantía pública en la prestación de servicios

sociales, que tiene su correlato en el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos a la prestación en manos de los ciudadanos. Por otra parte, la subsistencia, renovada, de una fuerte presencia privada en la actividad de prestación, dentro de la cual sigue teniendo un protagonismo fundamental la iniciativa privada de carácter social (el denominado “tercer sector”, utilizando una expresión que persigue tanto subrayar su carácter no público como tomar distancias con el sector privado lucrativo), aunque en concurrencia con la intervención, cada vez más intensa, de la iniciativa privada lucrativa, concurrencia que, en ocasiones, provoca situaciones que, digámoslo llanamente, suponen la manifestación de una clara competencia y contraposición de intereses entre los distintos grupos de entidades prestadoras de servicios sociales.

El reconocimiento expreso del papel privilegiado y del peso específico del tercer sector en materia de servicios sociales, lo encontramos claramente reflejado tanto en el preámbulo de la Ley 12/07 [puede constatarlo fácilmente en el párrafo final de su apartado IV: “(...)”, es preciso reconocer el papel esencial de las entidades del tercer sector en la creación del modelo de servicios sociales en Cataluña y de la extensa red que ponen al alcance de las personas en situación de exclusión social, de riesgo o de vulnerabilidad. Es por ello que es preciso garantizar el establecimiento de un modelo de cooperación y concertación público y privado que las fomente y les dé estabilidad (...)], como en una multiplicidad de sus preceptos, de entre los que podemos destacar el artículo 78, que, a modo de cierre del título VI, y bajo la rúbrica “Acción de fomento de la iniciativa social”, proclama, en sus dos primeros párrafos:

“1. Las entidades de iniciativa social son un elemento definitorio del sistema de servicios sociales y un elemento clave en el fomento de los servicios sociales.

“2. La Administración de la Generalidad y los entes locales, a los efectos de lo establecido por el presente título, deben fomentar de modo preferente la creación y participación de las entidades sin ánimo de lucro en la realización de actividades de servicios sociales.”

No obstante, como se ha adelantado, también existe el reconocimiento –cierto que algo más tímido– de la iniciativa privada lucrativa, tanto en el preámbulo de la Ley 12/07 (significativo su apartado IV, cuarto párrafo, “Asimismo, debe avanzarse en el reconocimiento del papel del sector privado (...)”), como, de forma más abierta, dentro de su articulado, especialmente dentro

del repetido título VI que, como veremos, reconoce el derecho de cualquier persona privada a la creación de centros y a la prestación de servicios sociales (artículo 68), y destaca que la iniciativa privada en materia de servicios sociales puede ejercerse por “entidades de iniciativa social y por entidades de iniciativa mercantil” (artículo 69).

## 1.2. Cuestiones a analizar

Pues bien, dentro de este contexto, me propongo exponer, con carácter panorámico, las claves más significativas que se deducen de la Ley 12/07 en relación con la confluencia de la iniciativa pública y privada, no lucrativa y lucrativa, en la prestación de servicios sociales y, por ende, en relación con la inserción de la iniciativa privada en el denominado sistema catalán de servicios sociales: sistema global con preponderancia del sistema público; regulación y control de la iniciativa privada en todo caso; existencia de iniciativa privada no integrada en el sistema público que configura la Ley 12/07; sistema público como servicio público integrado por centros y servicios de titularidad pública y de titularidad privada debidamente acreditados; instrumentos de

colaboración público-privada, con especial detenimiento en la colaboración contractual.<sup>1</sup>

## 1.3. Un megasistema de servicios sociales, públicos y privados, lucrativos y no lucrativos

El artículo 1 de la Ley 12/07 indica que su objeto consiste en regular y ordenar el “sistema de servicios sociales”, entendidos estos básicamente como actividades prestacionales que, con utilización de medios materiales y personales debidamente organizados, se desarrollan para la consecución de las finalidades a las que alude el artículo 3 del propio texto legal.

La idea y concepto de “sistema” adopta inmediatamente un carácter nuclear y conductor en la Ley 12/07,<sup>2</sup> hasta el punto de que, una vez delimitado el objeto de esta por referencia a dicha idea y concepto, el artículo 2 de la Ley 12/07<sup>3</sup> adopta la rúbrica de “Sistema de servicios sociales” y pasa a describirnos los elementos de ese sistema que, en el ámbito catalán, está dispuesto al servicio del cumplimiento de las finalidades anteriormente mencionadas (las consignadas en el artículo 3: “Finalidad de los servicios sociales”). Trascrito a nota el texto literal del citado artículo 2, destacaremos, a continuación, algunos aspectos reseñables relacionados con el mismo.

1. Para una visión general que abarca los aspectos esenciales de las relaciones entre las administraciones públicas y la iniciativa privada, con bibliografía de referencia, puede verse PEMÁN GAVÍN, Juan María, “La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general”, en la obra colectiva *El Derecho público de la acción social*, Documentación Administrativa, 271-272, enero-agosto 2005, p.39 y ss. Un análisis a fondo de la participación del tercer sector en el sistema de servicios sociales en Cataluña, puede encontrarse, a cargo de MOLLEVÍ, Josep, en esta misma obra, lo que nos excusará de profundizar en aspectos que conciernen únicamente a las entidades sin ánimo de lucro.

2. Los conceptos de sistema y de sistema público de servicios sociales, y la atribución de una fuerza nuclear a este último, no son nuevos en la regulación de los servicios sociales, aunque también es cierto que en la Ley 12/07 cobran mayor importancia y virtualidad, habida cuenta del reconocimiento de un verdadero derecho subjetivo a las prestaciones del sistema público. En este trabajo nos ocupamos del concepto, porque solo de ese modo puede entenderse el alcance de la regulación legal sobre la interrelación de la iniciativa pública y de la iniciativa privada en este campo. No obstante, nos limitaremos a los aspectos que resulten imprescindibles a los efectos de dicho entendimiento, remitiéndonos, para profundizar sobre ello, a los estudios que contiene la parte general de esta obra. Para un buen análisis de la misma idea en la precedente legislación catalana de servicios sociales, pueden verse TORNOS, Joaquín, “El sistema catalán de servicios sociales y la atención a la tercera edad. Marco general”, y MALARET, Elisenda, “Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del estado de bienestar”, ambos en la obra colectiva *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 529 y ss. y 265 y ss., respectivamente.

3. Artículo 2. “Sistema de servicios sociales.

“1. El sistema de servicios sociales está integrado por el conjunto de recursos, equipamientos, proyectos, programas y prestaciones de titularidad pública y privada destinados a la finalidad establecidos por el artículo 3.

“2. El sistema público de servicios sociales está integrado por los servicios sociales de titularidad pública y por los de titularidad privada acreditados y concertados por la Administración de acuerdo con lo establecido por la presente Ley. Todos estos servicios configuran conjuntamente la red de atención pública.

“3. Los servicios sociales de titularidad pública garantizan la existencia y el desarrollo de las acciones básicas, así como la equidad territorial, que contribuyen a la justicia y al bienestar sociales, de acuerdo con lo establecido por el título II.

“4. Los servicios sociales de titularidad privada participan en la acción social mediante la realización de actividades y prestaciones de servicios sociales, de acuerdo con lo establecido por la presente Ley, bajo la inspección, el control y el registro de la Generalidad.”

#### 1.4. El genuino sistema público de servicios sociales, sistema de responsabilidad pública o red pública de servicios sociales

A menos que se entienda como sistema todo aquello que es objeto de regulación por parte de la Ley 12/07, el verdadero sistema, o sistema en sentido más propio, es el sistema público de servicios sociales, que es objeto preferente y ampliamente mayoritario de la regulación legal (si se lee con detenimiento la Ley 12/07, se observará inmediatamente que muchos de sus títulos y artículos hacen referencia únicamente a dicho sistema público; *vid.*, por ejemplo, los artículos 5 y 6.3, y la propia rúbrica de todo el título II). Los elementos que no se integran en el sistema público difícilmente componen un sistema entre sí y, por tanto, difícilmente pueden coadyuvar a conseguir un sistema global integrado (público y privado), lo que no es incompatible con una directiva de coordinación del conjunto. En este sentido, el ya citado artículo 78 del título VI, establece, en su apartado 3:

“3. Las administraciones deben velar por que las actividades de servicios sociales se canalicen mediante las fórmulas establecidas por el presente título y deben garantizar su coordinación con el sistema público de servicios sociales.”

Lo importante de la idea de sistema de servicios sociales, más amplia que la de sistema público, reside en la sujeción a regulación y control del sector privado que opera extramuros del sistema público, y con el que, como se ha visto, se establecen también algunos puentes de coordinación.

Dicho esto, no podemos caer en el error de pensar que existe una correlación entre centros y servicios de titularidad pública y el sistema público de servicios sociales, y entre centros y servicios de titularidad privada y un subsistema privado de servicios sociales, toda vez que, como puede verse en el texto del artículo 2 de la Ley 12/07 –transcrito anteriormente en nota a pie de página–, el sistema público de servicios sociales se integra por los centros y servicios de titularidad pública, pero también por los centros y servicios “de titularidad privada

acreditados y concertados por la Administración de acuerdo con lo establecido por la presente Ley.” En parecido sentido, pero sin aludir al requisito de la acreditación, se pronuncia el artículo 14 de la Ley 12/07, cuando, al definir el sistema público, alude, junto con los servicios de titularidad pública, a “los que la Administración concierte con las entidades de iniciativa social o privada” (en realidad, ambas de iniciativa privada, solo que de carácter social las unas y de carácter mercantil las otras, como tendremos ocasión de comprobar).

Posteriormente veremos que, a pesar de la aparente omisión en que incurre este último precepto, la acreditación es, efectivamente, presupuesto necesario de integración en el sistema público de servicios sociales. Veremos también que, además de la acreditación, es necesaria, para tal integración por parte de las entidades prestadoras privadas, la existencia de un convenio de colaboración o de un contrato público, en los términos previstos, respectivamente, por los artículos 70 y 75 de la Ley 12/07. Esto último nos lleva a afirmar que, a pesar de lo que pudiera deducirse de los artículos 2 y 14 antes citados, la acreditación no debe venir necesariamente unida, a efectos de la integración en el sistema público, a un concierto, si es que por concierto entendemos, en sentido estricto, una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos. La norma utiliza, pues, a efectos de definir sistema público de servicios sociales, el término concierto en sentido amplio. Como acabo de señalar, volveré sobre este punto en apartados posteriores.

El concepto de sistema público, integrado por los servicios de titularidad pública y por los de titularidad privada acreditados y concertados, va referido, además, a un catálogo de prestaciones. Se trata de las “Prestaciones del sistema público de servicios sociales” (artículo 20), que se incluyen o inventarían en la “Cartera de servicios sociales del sistema público de servicios sociales” (la “Cartera”, capítulo II del título II de la Ley 12/07).<sup>4</sup> Todo ello determina la existencia de una estructura servicial en red, que recibe la denominación de “Red de Servicios Sociales de Atención Pública”

4. Artículo 24: “La Cartera de servicios sociales. 1. La Cartera de servicios sociales es el instrumento que determina el conjunto de prestaciones de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública. 2. La Cartera de servicios sociales debe incluir todas las prestaciones de servicios, económicas y tecnológicas del sistema público de servicios sociales (...). La Cartera, sobre la base del anexo de la Ley 12/07 (“Catálogo clasificado de servicios y prestaciones sociales del Sistema Catalán de Servicios Sociales”), ha sido, en efecto, aprobada mediante Decreto 151/2008, de 29 de julio, para el periodo 2008-2009.

(la “Red Pública”, artículo 15).<sup>5</sup> En consecuencia, nos hallamos ante un sistema público concebido como conjunto de recursos, establecimientos y prestaciones que conforman la Red/oferta pública de servicios sociales, aunque esta se componga, en parte, por medios privados acreditados y concertados.

### 1.5. Principios y reglas propias de un concepto amplio de servicio público con financiación presupuestaria

La existencia de un verdadero sistema público de servicios sociales se constata y se rubrica legalmente mediante la atribución a dicho sistema de una serie de principios y reglas comunes que lo inspiran y gobiernan, de modo que todos sus componentes, de titularidad pública y privada, quedan sometidos a un régimen jurídico unitario (el régimen jurídico del sistema público de servicios sociales).<sup>6</sup> Este dato puede apreciarse nítidamente a través de múltiples previsiones de la Ley 12/07, como son: las relativas a los “Principios rectores del sistema público de los servicios sociales” (artículo 5); las, ya mencionadas, contenidas en el título II (“Del sistema público de servicios sociales”), referidas a “Disposiciones generales y tipología de los servicios y prestaciones” (capítulo I de dicho título) y a “La Cartera de servicios sociales del sistema público de servicios sociales” (capítulo II del mismo título); la regulación de “Los profesionales de los servicios sociales” (capítulo

V del título III), y el título V (“De la financiación del sistema público de servicios sociales”), por poner solamente algunos de los ejemplos más significativos del mencionado régimen unitario.

Dentro de los principios del sistema público destaca el de responsabilidad pública (artículo 5, apartado c) de la Ley 12/07). En definitiva, el legislador, en cumplimiento de las previsiones constitucionales y, más concretamente, de las contenidas en el Estatuto de Autonomía,<sup>7</sup> quiere garantizar a la ciudadanía un importante elenco de prestaciones sociales (principio de garantía legal), y considera que la mejor forma de hacer efectiva tal garantía consiste en construir un sistema público o de responsabilidad pública, dirigido a satisfacer el derecho universal de acceso, que la propia Ley 12/07 [principio de universalidad, artículo 5.a) de la misma] reconoce a todas las personas que necesitan tales prestaciones por hallarse en situaciones especiales de desventaja social.<sup>8</sup>

Claro está que, a su vez, como indica con meridiana claridad el párrafo segundo del apartado IV del preámbulo de la Ley 12/07, “La efectividad del principio de universalidad del derecho de acceso a los servicios sociales radica en la financiación de las prestaciones”, financiación que, en el sistema público, es fundamentalmente pública, sin perjuicio del posible copago de algunas de las prestaciones por parte de los usuarios, quienes, por otra parte, tienen derecho a escoger el centro proveedor del servicio de entre todos los que se integran en la Red Pública (artículo 26.5).<sup>9</sup>

5. Artículo 15: “1. El sistema público de servicios sociales se organiza en forma de red (...) y se estructura en servicios sociales básicos y en servicios sociales especializados. 2. La Red de Servicios Sociales de Atención Pública está integrada por el conjunto de los servicios y centros de servicios sociales de Cataluña que están acreditados por la Generalidad para la gestión de las prestaciones incluidas en la presente Ley o en la Cartera de servicios sociales.” La idea de Red Pública tampoco es novedosa en el sistema autonómico catalán de servicios sociales. Basta, a estos efectos, con recordar el título del trabajo, anteriormente mencionado (ver nota al pie núm. 2), de MALARET, Elisenda: “Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del estado de bienestar”. Sobre la estructuración del sistema público en base a la distinción entre servicios básicos y servicios especializados, véase AGUADO, Vicenç, en esta misma obra.

6. Que exista un amplio y cualificado círculo de normas comunes aplicables, indistintamente, a los servicios de titularidad pública y privada que se integran en el sistema público, no significa que los de titularidad pública no estén sujetos a normas pensadas únicamente para ellos. En tal sentido puede entenderse, por ejemplo, la competencia que el artículo 28 de la Ley 12/07 (apartado h) atribuye al Gobierno de la Generalidad para “Establecer los criterios básicos sobre el régimen jurídico aplicable a los servicios sociales públicos (...)”

7. El apartado I del preámbulo de la Ley 12/07 destaca cómo el capítulo I del título I del Estatuto de Autonomía catalán ordena a los poderes públicos que “garanticen un sistema de servicios sociales, de titularidad pública y concertada (...) y la gratuidad de los servicios sociales que las leyes determinen como básicos (...)”

8. Véase, sobre el derecho subjetivo a las prestaciones en materia de servicios sociales, la colaboración de TORNOS, Joaquín, en esta misma obra.

9. A mi juicio, es de difícil comprensión la referencia que hace el artículo 26.5 de la Ley 12/07 al derecho de elección entre los centros, distinguiendo entre los “de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública y los gestionados bajo el régimen de servicio público (...)”. Parece que, con tal distinción, quiere afirmarse que, dentro de la Red Pública, existen centros que no se sujetan al régimen de servicio público, o, dando un paso más, que una cosa son los centros de la Red Pública y otra los gestionados en régimen de servicio público. No he sabido encontrar en el resto de la Ley 12/07 mayores concreciones de tal distinción.

Por supuesto, financiación pública, en su caso compartida mediante fórmulas de copago por parte de los usuarios, no resulta incompatible con aportaciones de entidades privadas al sistema público de servicios sociales. En este sentido, el artículo 59 de la Ley 12/07, primero de los que incluye el título V, dedicado a la “financiación del sistema público de servicios sociales”, indica que, además de aportaciones presupuestarias públicas y de aportaciones de usuarios, el sistema se financiará con las herencias intestadas, si corresponde heredar a la Generalidad, y con las aportaciones de entidades privadas, con mención especial a las aportaciones procedentes de las obras sociales de las cajas de ahorro.

Además de los principios y elementos fundamentales que acaban de describirse (garantía, responsabilidad pública, derecho de acceso, universalidad, financiación predominantemente pública), encontramos otros fácilmente reconducibles a la noción comunitaria del Servicio de Interés General (“SIG”)<sup>10</sup> y, dentro de ella, a la más específica e intensa, de corte ya nacional, de servicio público. Se trata de principios, todos ellos contenidos en el

artículo 5 de la Ley 12/07, como los de igualdad, calidad y continuidad [apartados a), p) y q) de dicho precepto], que van encontrando distintas concreciones a lo largo del articulado del propio texto normativo.

Y es que, en nuestro ordenamiento, la institución de servicio público no conecta ya necesariamente, a todos los efectos, con la noción de asunción monopolística, por parte de los poderes públicos, de la titularidad del servicio o actividad de que se trate. Actualmente, el servicio público se asocia también a la noción de actividad prestacional que la Administración garantiza y asume bajo su responsabilidad, con financiación pública si resulta necesario, bajo un régimen jurídico cuyos principios (los vistos anteriormente) están perfectamente identificados.<sup>11</sup> Esta idea de servicio público deja un mayor espacio, claro está, a la iniciativa privada, iniciativa que, al no existir asunción monopolística de la actividad prestacional, o bien se sitúa extramuros del servicio público –como se dijo anteriormente y se insistirá a continuación– o bien se sitúa en la órbita del mismo, mediante su integración en el sistema público, a través de fórmulas diversas de colaboración.

---

Por el contrario, creo que, como indican en el texto, sin perjuicio de las distintas titularidades que puedan recaer sobre los diversos centros o servicios de servicios sociales, la inserción de estos en el sistema público de servicios sociales determina la sujeción a un régimen jurídico con elementos comunes propios del servicio público. Parece corroborar esta última afirmación el apartado 4 del artículo 62 de la Ley 12/07, cuando, en el contexto de la regulación de la financiación de los servicios sociales básicos (entre los que se incluyen las prestaciones propias de la teleasistencia y los servicios de ayuda a domicilio), indica, sin mayor precisión o distinción, que, en determinadas circunstancias, deben adoptarse las “medidas necesarias para la prestación del servicio público.”

Por otra parte, la Ley 12/07 distingue (artículo 24, apartados 4 y 5), las prestaciones garantizadas de la Cartera –exigibles como derecho subjetivo– y las prestaciones no garantizadas, en el sentido de que el acceso a estas últimas se hace “de acuerdo con lo establecido por la Cartera de servicios sociales y de acuerdo con los créditos presupuestarios asignados y aplicando los principios objetivos de prelación y concurrencia.” Entiendo, no obstante, que, también estas últimas prestaciones, en la medida que quedan cubiertas por las previsiones de la Cartera y las disponibilidades presupuestarias para ellas previstas, se integran en el sistema público y se desarrollan en régimen de servicio público. Faltaría, no obstante, el elemento de universalidad.

10. Al escribir este trabajo, el último documento comunitario de interés en la materia es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, de 20 de noviembre de 2007, que acompaña a la Comunicación “Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno” – Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo (la “Comunicación SIG”), en la que se pone de relieve que si bien es cierto que, en línea de principio, solo los Servicios Económicos de Interés General (“SIEG”) resultan concernidos por las normas del Tratado sobre el mercado interior y la competencia, muchos Servicios Sociales de Interés General (“SSIG”), son, a su vez, SIEG. No es cierto, pues, que todo servicio social se pueda identificar, sin más, con Servicio No Económico de Interés General, y, en la medida en que tal identificación no se produzca, aquellas reglas del Tratado son igualmente aplicables a los servicios sociales. De hecho, la Comunicación SIG se ocupa también de la aplicación a los SSIG de las normas comunitarias relativas a la contratación pública y a las ayudas públicas. La Comisión se compromete, en la Comunicación SIG, a seguir dando orientaciones sobre estos puntos. Acompañan a la Comunicación SIG tres documentos, los SEC (2007) 1514, 1515 y 1516, que proporcionan datos de interés acerca de los mismos. Al documento relativo a la contratación pública –SEC (2007) 1514 (“SEC 1514”)– nos referiremos con posterioridad en este mismo trabajo.

11. El concepto amplio de servicio público en materia de servicios sociales al que se refiere el texto, no identificado con titularidad monopolística, puede verse desarrollado en TORNOS, Joaquín, “Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6, octubre de 2004, p. 7 y ss. Coincide en ella la mayoría de los autores citados en este texto. Una voz parcialmente discordante puede encontrarse en BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “La incidencia de la contratación pública en la gestión de los servicios sociales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 29, 2007, p. 11 y 205 y ss., en especial p. 225 a 228, aunque sin consecuencias prácticas aparentemente reseñables.

## 2. Prestaciones privadas no integradas en el sistema público de servicios sociales

### 2.1. Hay vida fuera del sistema de responsabilidad pública o servicio público social

En el marco de los derechos de libre iniciativa económica y de fundación para desarrollar fines de interés general que reconoce la Constitución, el apartado 1 del artículo 68 (“Disposiciones generales”) del título VI de la Ley 12/07 (recuérdese, “De la iniciativa privada en los servicios sociales”) proclama el derecho de cualquier persona privada, física o jurídica, a crear centros y establecimientos de servicios sociales y a gestionar programas y prestaciones de esta naturaleza. Ese derecho puede ejercerse, como acaba de indicarse, fuera del sistema público de servicios sociales.

Ocurre, sin embargo, que, a continuación, en el artículo 69 (“Modalidades de iniciativa privada”), se indica que la iniciativa privada en materia de servicios sociales solamente puede ejercerse por las entidades, de iniciativa social o de iniciativa mercantil, a las que el propio precepto se refiere. En definitiva, personas jurídicas –aunque también se habla de organizaciones y de otros tipos de entidades, con notable imprecisión– que se diferencian unas de otras por la ausencia de ánimo de lucro en las entidades de iniciativa social (“EIS”) y en la presencia de ánimo de lucro por parte de las entidades de iniciativa mercantil (“EIM”). Además, a estas últimas se les exige adoptar una de las formas societarias reconocidas por la legislación mercantil, quizás en una manifestación de excesiva e innecesaria regulación, si tenemos en cuenta que también puede perseguirse el lucro a través de una sociedad de naturaleza civil.

Pudiera pensarse que, en base al reconocimiento del derecho que proclama el artículo 68, las personas físicas podrían prestar servicios sociales de los comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 12/07, mientras que la exigencia de tratarse de personas jurídicas (EIS o EIM) quedaría circunscrita a los casos en que, por ejemplo, se pretendiera el plus de la acreditación al que nos referiremos con posterioridad. Pero lo cierto es que, como diremos inmediatamente, el ejercicio del derecho a la prestación de servicios sociales requiere autorización sectorial previa, y cuando la Ley 12/07 regula la misma, da por supuesto que se autorizará únicamente a entidades (artículo 71.1). Igualmente, el “Registro de entidades de iniciativa privada” se refiere solo a ellas y recoge, en-

tre otros, los datos relativos a sus órganos de gobierno y administración (artículo 72). En consecuencia, habrá que entender que el derecho reconocido a todo tipo de personas en el artículo 68 deberá canalizarse a través de las entidades a que se refiere el artículo 69.

### 2.2. Sin embargo, toda vida fuera del servicio público está regulada, controlada y, en su caso, fomentada por la Administración

En cualquier caso, el hecho de que la iniciativa privada pueda ejercerse fuera del marco del sistema público que perfila la Ley 12/07, y, por tanto, sin la financiación pública que propulsa a ese específico sistema, no puede hacer perder de vista que la actividad de prestación de servicios sociales siempre presenta connotaciones de interés general, y va fundamentalmente dirigida a cubrir necesidades de consumidores y usuarios que se encuentran en situación de debilidad o desventaja social. Por ello no debe extrañar que el artículo 68, en su apartado segundo, indique que el ejercicio del derecho que prevé en su apartado primero queda sujeto al cumplimiento de los requisitos y condiciones que establece la normativa reguladora de los servicios sociales –con mención explícita a los requisitos de calidad y garantía– y a un mecanismo de control presidido por la necesidad de obtener una autorización administrativa previa de carácter sectorial, sin perjuicio de las facultades inspectoras y sancionadoras que también se contemplan en el texto legal (título IX de la Ley 12/07).

La regulación de los requisitos y condiciones que deben cumplir las entidades de servicios sociales cuando, en ejercicio de la iniciativa privada, abordan su actividad fuera del sistema público de servicios sociales, se encuentra en preceptos dispersos de la propia Ley 12/07 y, de forma más completa y estructurada, en el capítulo V del Decreto 284/96, de 23 de julio, sobre el sistema catalán de servicios sociales, modificado parcialmente por el Decreto 176/2000, de 15 de mayo, en vigor en todo lo que no se oponga a la Ley 12/07 y mientras que no se dicte el desarrollo reglamentario de la misma. Lo importante es resaltar ahora que se trata de una regulación que ni debe confundirse con la propia del sistema público de servicios sociales, ni viene presidida por los principios rectores de tal sistema.

En cuanto al régimen autorizador, sus rasgos básicos se contemplan en los artículos 71, 73 y 74 del propio título VI. Con arreglo al artículo 71 de la Ley

12/07, la autorización es necesaria, en general, para “la instalación y el funcionamiento de centros y establecimientos y para la realización de actividades de servicios sociales” (para “crear y gestionar centros y para prestar servicios sociales”, dice el artículo 73.1). Tiene como finalidad esencial “garantizar el cumplimiento de los requisitos de calidad y de los estándares mínimos en función de las actividades cumplidas.” No hay un número limitado de autorizaciones posibles, sino que se otorgarán, o no, en función de si se cumplen, o no, los requisitos legales y reglamentarios que se señalen y, entre ellos, los que se refieren a los aspectos que contempla el propio artículo 71.3.<sup>12</sup>

La autorización, como indica el artículo 73 de la Ley 12/07, es de funcionamiento, de modo que está sujeta al cumplimiento permanente de los requisitos exigidos para obtenerla, requisitos que, si se incumplen, pueden dar lugar a su revocación, previa incoación del correspondiente expediente. Por otra parte, el mismo artículo 73 recuerda que la eficacia de la autorización puede suspenderse como consecuencia de una medida cautelar adoptada de acuerdo con el régimen de infracciones y sanciones que establece el título X.

Corresponde otorgar la autorización a la Generalidad (artículo 71.2) y, más concretamente, al Departamento competente en la materia, que, según el artículo 29.f), cumple “las funciones de registro, autorización, garantía de calidad y acreditación de los servicios sociales.” Ahora bien, el artículo 74 prevé que la potestad autorizatoria pueda delegarse a los entes locales supramunicipales y a los municipios de más de 20.000 habitantes, de acuerdo con lo que establezca la legislación municipal y de régimen local. En este último supuesto, la Generalidad, además de las funciones de dirección y control que tal legislación le reserva, establecerá directrices y criterios para garantizar que el ejercicio de la competencia delegada se adecue a las condiciones necesarias de objetividad e igualdad.

El artículo 72 de la Ley 12/07 regula el “Registro de entidades de iniciativa privada” (el “Registro”). Tal regulación se produce tras el artículo 70 –destinado este último, como veremos, a la regulación de la acre-

ditación– y se inserta entre los preceptos que regulan la autorización sectorial. Se trata de un Registro de entidades autorizadas, sin perjuicio de que en él se hagan constar específicamente los datos que se exijan legal o reglamentariamente y, entre ellos, los relativos a la acreditación de la entidad privada, que no debe confundirse, sin más, con la autorización sectorial de que venimos tratando. La autorización es, en todo caso, necesaria para prestar servicios sociales. La acreditación es, como veremos, presupuesto imprescindible para lograr la consideración de entidad prestadora e integrarse en el sistema público de servicios sociales.

Las entidades que operan fuera del sistema público de servicios sociales, además de estar sujetas a regulación y control, también pueden ser destinatarias de subvenciones y otras medidas de fomento, que se regirán por la legislación propia de este tipo de intervención administrativa. Ahora bien, esta última posibilidad queda circunscrita, si atendemos al contenido de los artículos 76, 77 y 78 de la Ley 12/07, a las entidades sin ánimo de lucro, bien se trate de las EIS, bien de las “Entidades colaboradoras”, a las que se refiere específicamente el artículo 77. No deben confundirse las ayudas y subvenciones contempladas en los preceptos que se acaban de mencionar con la financiación canalizada a través de convenio de colaboración a que se refiere el artículo 70, al tratar de la acreditación y de la integración de entidades privadas en la Red pública. Como veremos inmediatamente, tal financiación y convenio se prevén para EIS y EIM, indistintamente.<sup>13</sup>

Para finalizar con este apartado, aclararemos que el régimen de autorización y registro no es privativo de las entidades privadas que operan fuera del sistema público de servicios sociales. También las que operan dentro de dicho sistema estarán sujetas a dicho régimen. Ahora bien, para integrarse en el sistema público, las entidades privadas precisan de requisitos adicionales, consistentes básicamente en el acto de acreditación de la entidad privada de que se trate y en la suscripción de un convenio de colaboración con la Administración competente. A todo ello nos referimos en el apartado que sigue.

12. 71.3.: “Las autorizaciones solo pueden otorgarse si se cumplen los requisitos a que se refiere el apartado 2, que deben incluir los siguientes aspectos:

“a) Las condiciones materiales, de seguridad y de equipamiento exigibles a los servicios en función de su naturaleza.”

13. Como he dicho anteriormente, el tratamiento legal de las entidades sin ánimo de lucro se analiza por MOLLEVI, Josep, en otro lugar de esta misma obra.



### 3. Acreditación de entidades privadas e integración en el sistema público de servicios sociales. El convenio de integración y financiación

#### 3.1. La entidad privada, lucrativa o no lucrativa, que cumple tareas de servicios sociales, decide solicitar su integración en el sistema de responsabilidad pública: acreditación y convenio de colaboración

Tras el reconocimiento del derecho, de toda persona privada, a crear centros y establecimientos de servicios sociales y a gestionar programas y prestaciones de tal naturaleza (artículo 68), e inmediatamente después de la clasificación de las entidades que pueden ejercer la iniciativa privada, EIS y EIM (artículo 69), el artículo 70 regula las "Entidades de servicios sociales acreditadas."<sup>14</sup>

Constituyen elementos fundamentales del precepto: la acreditación y sus condiciones; la integración en la Red Pública; el derecho a prestar servicios sociales con financiación pública, y, en relación con todo ello, el denominado convenio de colaboración, que también denominaremos de integración y/o financiación. Como se ha dicho anteriormente, hay que entender que presupuesto de todo ello es, también, haberse dotado de la correspondiente autorización sectorial.

El artículo 70 se refiere, indistintamente, a las EIS y a las EIM. Tan solo en la segunda mitad de su apartado 4 hace una referencia especial a las EIS que no resulta significativa a nuestros efectos. Confirma la aplicación indistinta de la acreditación y del contenido del artículo 70 a ambos tipos de entidades de iniciativa privada el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 12/07, puesto que, al definir el sistema público de servicios sociales, lo declara integrado por los servicios de titularidad pública y por todos los de titularidad privada acreditados y concertados, sin distinguir el tipo de entidad de iniciativa privada de que se trate.

A efectos de integración de las entidades privadas en la Red Pública, el artículo 70 no establece directamente ningún criterio preferencial para las EIS. Cosa distinta sucede, como veremos, en el ámbito de la contratación pública. No obstante, no debemos olvidar el carácter de elemento clave y definitorio del sistema, en su conjunto, que el artículo 78.1 predica de este último tipo de entidades, y la directriz de fomento preferente de su participación en el cumplimiento de actividades de servicios sociales que prevé el apartado 2 del mismo artículo 78 de la Ley 12/07, lo que, en determinados escenarios (hipotético exceso de oferta, recursos limitados, etc.), puede desembocar en procesos de concurrencia en los que se primen, mediante justificación suficiente, las características propias de las EIS frente a las de otras entidades privadas igualmente acreditadas.

14. Se trata de un precepto que, al igual que, como veremos, sucede con el artículo 75 ("Régimen de actuación de las entidades de iniciativa privada"), merece una atención especial en este trabajo, de modo que se transcribe literalmente a continuación, con el objeto de facilitar el seguimiento de los comentarios que se realizan en el texto principal.

"Artículo 70. Entidades de servicios sociales acreditadas.

"1. Las entidades de iniciativa privada que lo soliciten pueden formar parte de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública, a cuyo fin previamente deben obtener la correspondiente acreditación de la Administración y deben establecer un convenio de colaboración con la Administración competente en materia de servicios sociales.

"2. La acreditación de una entidad de iniciativa privada comporta el derecho de prestar servicios con financiación pública, de acuerdo con lo establecido por la normativa reguladora de servicios sociales y el convenio de colaboración.

"3. Deben establecerse, por reglamento, las condiciones de la acreditación exigibles a cualquier entidad con independencia de su titularidad. Deben tener en cuenta los siguientes criterios exigibles:

"a) El establecimiento de niveles mínimos comunes para la calidad de los servicios. Estos parámetros mínimos comunes deben definirse en función de los aspectos estructurales y funcionales de los servicios y de los recursos humanos de los centros respecto a la titulación, las competencias y la dimensión de las plantillas.

"b) El establecimiento de unas condiciones laborables homogéneas entre el personal y los profesionales de las entidades integradas en la Red de los Servicios Sociales de Atención Pública.

"c) Las actuaciones y los requerimientos necesarios para garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental.

"d) La participación de la entidad en el Sistema de Información Social, tanto en lo referente a la información que debe aportar como a los informes y a la información individual a la que puede tener acceso.

"e) La información económico-financiera y de gestión y la que permita la evaluación de los centros.

"f) Los protocolos o guías de procedimientos de atención, que se deben definir e implantar de común acuerdo entre las administraciones y entidades de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública.

"4. Las entidades de servicios sociales acreditadas pueden colaborar con la Administración en el desarrollo de equipamientos e instalaciones prioritarios para la provisión de servicios sociales. Las entidades de iniciativa social tienen, además, el derecho a participar mediante sus asociaciones representativas en el Consejo General de Servicios Sociales."

De hecho, el artículo 75.4 de la Ley 12/07 establece, como veremos posteriormente, una determinada preferencia en favor de las EIS “en la adjudicación de los contratos y en el establecimiento de los conciertos”, lo que solo se puede interpretar de dos formas, esto es, o bien como una redundancia legislativa, si se entiende que el concierto a que alude el precepto es también un contrato (que es lo que nos parece a primera vista), o bien entendiendo que una figura es el contrato y otra figura distinta es el concierto, empleado ahora en un sentido impropio –al cual, como hemos visto, no es ajena la Ley 12/07– y más cercano al convenio de colaboración previsto en el artículo 70 ahora analizado.

Las entidades privadas autorizadas (EIS o EIM) pueden recibir la acreditación de la Generalidad. La acreditación persigue fundamentalmente, como se deduce del artículo 15.2 de la Ley 12/07, la posibilidad de integrarse en la Red Pública y de gestionar, dentro de la misma, las prestaciones incluidas en la propia Ley 12/07 y en la Cartera. La estrecha relación que se da entre acreditación e integración en la Red Pública de prestación de servicios sociales, se manifiesta, así mismo, en el artículo 72.2.a) de la Ley 12/07. El artículo 72 regula, como ya nos consta, el Registro de entidades autorizadas de iniciativa privada, y el apartado que acaba de citarse ordena que, en el mismo, se hagan constar los datos relativos a “Las entidades que hayan obtenido la acreditación a que se refiere el artículo 70 y que forman parte de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública.”

La integración en la Red Pública es, lógicamente, voluntaria, puesto que, como dice el artículo 70, depende de la solicitud de la entidad privada que pretenda tal integración. Si la misma no se produce, la entidad operará en el sistema en general, pero no en el sistema público de servicios sociales que disciplina la Ley 12/07. Pero, para estar integradas en la Red Pública, las EIS y las EIM han de obtener previamente la acreditación y, además, han de establecer un convenio de colaboración con la Administración competente en materia de servicios sociales. La acreditación es, pues, presupuesto necesario pero no suficiente para la integración.

Nótese la importancia de esta última previsión en un triple sentido. En primer lugar, porque pone de relieve que la integración puede depender de dos administraciones distintas, esto es, de la competente para acreditar, que es siempre la Generalidad, y de la competente en materia de servicios sociales, que puede ser perfectamente una corporación local, con la que tendrá que suscribirse un convenio de colaboración. En segundo

lugar, porque ello parece conducirnos a la siguiente conclusión: la integración en la Red Pública no es un derecho subjetivo de quien pretende la integración, toda vez que la acreditación puede resultar obligada para la Generalidad, si se cumplen los requisitos para estar acreditado, pero la suscripción de un convenio de colaboración depende también, obviamente, de la voluntad de la Administración competente para suscribirlo. En tercer y último lugar, la previsión es importante por la propia alusión a un convenio de colaboración, cuyo contenido no se regula y cuya distinción, con los instrumentos contractuales a los que se refiere el artículo 75 de la Ley 12/07, no resulta fácil de establecer a primera vista.

Como veremos posteriormente, y en relación con lo que acaba de indicarse, también las entidades acreditadas que gestionan servicios sociales mediante contrato pasan a formar parte de la Red Pública (artículo 75.2, *in fine*), siendo razonable pensar que, en caso de existencia de contrato, no será necesario convenio de colaboración, y que, por otra parte, el legislador ha querido distinguir entre ambos instrumentos: contrato y convenio de colaboración, como instrumentos ambos aptos para integrarse en la Red Pública.

Una entidad privada puede estar acreditada sin necesidad de integración en la Red Pública, pues para esa integración es necesaria, tras la acreditación, la solicitud de la entidad privada de que se trate y el hecho de la existencia del convenio de colaboración. Tampoco puede suscribirse uno de los convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 70 sin previa acreditación.

### **3.2. Integrarse en la Red Pública presupone posibilidad de prestar servicios sociales de la Cartera bajo responsabilidad y financiación públicas**

Si en el apartado 1 del artículo 70 que venimos analizando se pone el énfasis, a través de la acreditación y del convenio de colaboración, en el dato de la integración en la Red Pública, el apartado 2 del mismo precepto pone el énfasis en la posibilidad, por parte de la entidad privada, de recibir financiación pública con la finalidad de prestar servicios sociales, se entiende como integrante de dicha Red y, por tanto, dentro del sistema público de servicios sociales.

El apartado 2 del artículo 70 indica, literalmente, que la acreditación “comporta el derecho de prestar servicios con financiación pública”, pero, más que afirmar

un derecho, parece que lo que persigue en realidad el legislador con dicha afirmación es dejar claro que la financiación pública para prestar servicios en la Red Pública presupone la acreditación, y se realiza de acuerdo con la normativa sectorial y el correspondiente convenio de colaboración. De nuevo, pues, acreditación y convenio de colaboración como presupuestos necesarios de integración en la Red Pública y de financiación pública para prestar servicios en dicha Red.<sup>15</sup>

Debe destacarse, en relación con todo lo indicado en los párrafos y páginas anteriores, que la integración en la Red Pública para prestar servicios sociales de la Cartera con financiación pública, no se asocia, en el artículo 70, a la prestación de servicios de titularidad pública, sino a la prestación de servicios de entidades privadas, bajo responsabilidad y financiación públicas, dentro del sistema de responsabilidad pública, en el sentido de que este ha sido analizado previamente. Es lógico, pues, concluir, si queremos ser congruentes con lo manifestado en su momento, que la prestación a la que se refiere el artículo 70 recoge los principios y las reglas del servicio público de servicios sociales, al que también hemos aludido con anterioridad.

### 3.3. Previsión de las condiciones de acreditación y silencio absoluto sobre los pormenores del convenio de colaboración

De acuerdo con las condiciones de acreditación, que, desde luego, se ubican fuera del convenio de colaboración, el apartado 3 del artículo 70 se remite a un futuro Decreto de acreditación (así lo indica expresamente el artículo 5.1 del Decreto 15/2008, de 29 de julio, por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales 2008-2009). Sin perjuicio de ello, la propia Ley 12/07 establece los criterios exigibles que habrá que tener en cuenta, relativos a: niveles mínimos de calidad de servicios, condiciones laborales homogéneas en la red pública; garantía de cumplimiento de la normativa medioambiental; participación en el Sistema de Información Social; información económico-financiera y de gestión, y la que

permita evaluar los centros, y, finalmente, protocolos de atención, a definir e implantar de común acuerdo entre las administraciones y las entidades de la Red Pública, protocolos concertados por el conjunto de dichas administraciones y entidades, que tampoco deben confundirse con el convenio de colaboración (integración, financiación) al que se refiere el propio artículo 70.

Tales condiciones resultan aplicables, como indica el apartado antes citado, a “cualquier entidad con independencia de su titularidad”, lo que denota que, a pesar de estar ante un precepto que contempla esencialmente uno de los cauces de integración de las entidades privadas en la Red Pública, el dato de la acreditación se aplica a cualquier entidad, pública o privada, y, dentro de estas últimas, como no podía ser de otro modo, a EIS y EIM.

Por lo demás, en el “Registro de entidades de iniciativa privada” deberán hacerse constar algunos extremos relacionados con la acreditación e integración en la Red Pública, como son los relativos a la propia existencia de las entidades que hayan obtenido tal acreditación y que formen parte de dicha Red Pública, las cuentas anuales auditadas de las entidades privadas acreditadas y la relación de convenios de colaboración establecidos con las entidades privadas [artículo 72.2, apartados a), b) y e), de la Ley 12/07].

## 4. Gestión indirecta de servicios sociales de responsabilidad pública: convenios de integración en la red pública y contratos públicos para la prestación de servicios de titularidad pública

### 4.1. Otra posibilidad de integrarse en la Red Pública consiste en adjudicarse contratos para la prestación de servicios de titularidad pública: el convenio de integración ni es previo al contrato ni es lo mismo que el contrato, sino que es un instrumento distinto de integración

De la Ley 12/07 se desprenden dos cauces distintos para que la iniciativa privada se integre en la Red Pública de servicios sociales, lo que, en definitiva, va a suponer

15. En relación con la financiación pública para la prestación de servicios sociales, el artículo 63 de la Ley 12/07, dentro de la financiación relativa a los servicios especializados, indica, en su apartado 3, que “La Generalidad debe financiar los servicios sociales especializados correspondientes a prestaciones garantizadas a todos los titulares de servicios acreditados dentro de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública, de acuerdo con los módulos fijados por el Plan estratégico de servicios sociales y la Cartera de servicios sociales.” En dicha Cartera, la Generalidad fija el módulo social, y, si procede, el copago del usuario. Para fijar el módulo social se tiene en cuenta el coste de los servicios, tomando como coste de referencia tanto el de los centros de titularidad pública como el de los centros privados concertados (artículo 66.2).

prestar servicios sociales bajo responsabilidad y financiación públicas. El primer cauce es el de la acreditación más la suscripción del convenio de colaboración al que se refiere el artículo 70 y que acabamos de analizar. Nos queda, sin embargo, realizar una mayor aproximación al significado de dicho convenio de colaboración, que también hemos denominado de integración y financiación. El segundo cauce es el de la acreditación más la suscripción de un contrato público para la prestación o gestión de servicios sociales. Así de rotundo, y en tal sentido, se expresa el artículo 75.2 de la Ley 12/07.<sup>16</sup>

“2. Las entidades de iniciativa privada, en su condición de entidades prestadoras de servicios sociales, pueden gestionar servicios sociales de titularidad pública, mediante el establecimiento del contrato correspondiente con la Administración competente. En este caso, pasan a formar parte de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública.”

Si bien se mira, no puede considerarse que la acreditación, y el convenio de colaboración para integrarse en la Red Pública, constituyan una suerte de primer paso antes de contratar, ni que el legislador haya utilizado el término convenio de colaboración como sinónimo de contrato, de modo que, en realidad, estemos ante un solo cauce de integración.

Hay, efectivamente, que descartar que lo previsto en el artículo 70 funcione como una suerte de puerta de entrada al tipo de situaciones que se describen en el artículo 75. Y ello a pesar de que, sistemáticamente, pudiera parecerlo, toda vez que el artículo 70 regula,

previamente, las “Entidades de servicios sociales acreditadas”, y el artículo 75, posteriormente, el “Régimen de actuación de las entidades de iniciativa privada”. Hay que descartarlo, según lo adelantado, porque este último precepto no alude (para contratar) a las entidades acreditadas que hayan suscrito un convenio, sino, simplemente, a las entidades acreditadas. Por otra parte, no resulta plausible pensar que el legislador esté pensando en un único cauce de integración en el que sea preciso articular un convenio como antecedente necesario para una relación bilateral contractual (cosa distinta sería pensar en una situación en la que se hubiera perfeccionado un contrato marco del que surgirían contratos derivados). Tampoco cabe deducir que el legislador, en el artículo 70, esté pensando en un contrato público, aunque lo califique, con poco rigor, de convenio de colaboración, máxime si, como se irá viendo, la admisión de dos posibles cauces de integración (convenio y contrato) puede encontrar algún tipo de explicación razonable.

Por otra parte, tampoco debe confundirse el convenio de colaboración, puerta de la integración de las prestaciones de la iniciativa privada a la Red Pública, con las subvenciones y ayudas a que alude la Ley 12/07 en los artículos 76 a 78 de su título VI. Es cierto que tales subvenciones o ayudas, como sucede frecuentemente en el ámbito de la acción de fomento, pueden vehiculizarse a través de convenios. Pero, por una parte, no se trataría, en este último caso, de convenios de integración en la Red Pública. Por otra parte, como

16. Como ocurría con el artículo 70, conviene transcribir a nota el texto íntegro del artículo 75 de la Ley 12/07, para facilitar al lector la comprensión de lo que se pretende explicar en el texto:

“Artículo 75. Régimen de actuación de las entidades de iniciativa privada.

“1. Las entidades de iniciativa social y las entidades de iniciativa mercantil que hayan obtenido la acreditación correspondiente tienen la consideración de entidades prestadoras de servicios sociales a los efectos de la presente Ley.

“2. Las entidades de iniciativa privada, en su condición de entidades prestadoras de servicios sociales, pueden gestionar servicios sociales de titularidad pública, mediante el establecimiento del contrato correspondiente con la Administración competente. En este caso, pasan a formar parte de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública.

“3. Los contratos que las entidades de iniciativa privada celebran con la Administración deben estipular las funciones de control, seguimiento y evaluación de su ejecución. La Administración debe velar especialmente por la garantía de la calidad y de los estándares mínimos de prestación de los servicios.

“4. La contratación de servicios sociales por la Administración se rige por los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no-discriminación de acuerdo con la normativa de contratos de las administraciones públicas. No obstante, pueden establecerse por reglamento, en función de la naturaleza del servicio, criterios de valoración especial respecto a las entidades de iniciativa social y las entidades de servicios sociales acreditadas. Especialmente, los pliegos de cláusulas que rijan la contratación de servicios sociales pueden dar preferencia en la adjudicación de contratos, en condiciones análogas, a las proposiciones presentadas por empresas que empleen personas con discapacidad reconocida o con riesgo de exclusión social o que inviertan los beneficios en finalidades de atención social. En los mismos términos, puede darse preferencia, en la adjudicación de los contratos y en el establecimiento de los conciertos, a entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, de acuerdo con sus estatutos o normas fundacionales, y que estén inscritas en el registro oficial correspondiente, de acuerdo con los supuestos establecidos por la normativa de contratación administrativa.”

vimos anteriormente, este tipo de ayudas están únicamente destinadas a las EIS y a las denominadas entidades colaboradoras, todas ellas sin ánimo de lucro, y la integración mediante convenio en la Red Pública es una posibilidad abierta a EIS y EIM.

Estamos, pues, repitámoslo, ante dos cauces distintos de integración: en el artículo 70 la iniciativa privada quiere integrar sus servicios en la Red Pública y, con tal fin, se acredita ante la Generalidad y suscribe un convenio de colaboración con la Administración competente en función de la prestación de que se trate; en el artículo 75, la iniciativa privada quiere adjudicarse un contrato para prestar servicios sociales de titularidad pública –de la Generalidad o de un ente local– y, previamente acreditada ante la Generalidad, presenta una oferta para que la Administración competente le adjudique el contrato, resultando integrada, como en el caso anterior, en la Red Pública. Es importante observar que, en el segundo precepto, al contrario de lo que sucede en el primero, se trata de contratar “servicios sociales de titularidad pública”, lo que nos abre la puerta a una reflexión sobre posibles puntos comunes y diferencias entre convenio de colaboración y contrato en este contexto.

#### **4.2. Principio fundamental: si estamos ante un objeto y una causa contractual no puede elegirse la vía del convenio de colaboración como si se tratara de un instrumento alternativo**

En cualquier caso, antes de ensayar criterios de distinción, conviene dejar bien sentado que si, en un supuesto concreto, puede identificarse un acuerdo de voluntades con la finalidad de efectuar un cruce de prestaciones entre la entidad privada y la Administración, que puedan identificarse como constitutivas del objeto y causa de un contrato, no cabrá la alternativa de articular la misma relación jurídica a través de un convenio de colaboración.

El artículo 4.1.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (“LCSP”), excluye del ámbito de aplicación de dicha Ley a “Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los

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

Por lo tanto, es posible pensar que el legislador autonómico haya introducido, en el artículo 70, la figura del convenio de colaboración para estar en disposición de integrar –cuando ello sea posible– el presupuesto legal de exclusión (convenios con arreglo a normas específicas que los regulan). Pero, aun así, con toda seguridad dicho legislador parte también del convencimiento de que no se podrá utilizar la exclusión si, en realidad, se está ante un objeto contractual. Como veremos, la propia LCSP, en relación con la legislación de contratación pública anterior, ha allanado, en el ámbito de la gestión indirecta, la posibilidad de estar ante un contrato típico de gestión de servicios públicos cuando de servicios sociales se trata.

Ello es congruente, a su vez, con el Derecho comunitario, originario y, en su caso, derivado, que, como se irá insistiendo, no excepciona a los servicios sociales de la normativa comunitaria de contratación pública. Como indica Julia Ortega:<sup>17</sup>

“Sí rigen para estos servicios las disposiciones del Tratado relativas a los principios de no discriminación y libre circulación de personas. Así como las normas en materia de contratación pública que son aplicables a los bienes, servicios y obras adquiridos por organismos públicos o sus empresas, con independencia de la naturaleza de los servicios que se presten. Lo aclara el punto 43 del Libro Verde sobre los servicios de interés general [COM (2003) 270].”

Como ya se anunció anteriormente, en la nota 10 de este trabajo, en idéntico sentido se pronuncia la última Comunicación SIG y el documento que la acompaña SEC 1514 en versión inglesa. Ahora bien, también es cierto que, en este último documento –relativo a preguntas frecuentes sobre la aplicación de las reglas de contratación pública a los SSIG–, al tratar, en su apartado 2.11., sobre la interacción entre las normas de contratación pública y las de ayudas públicas, señala algunos puntos que pueden resultar de utilidad a nuestro propósito de distinguir, en la legislación

17. ORTEGA BERNARDO, Julia, “Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, en *RAP*, núm. 169, enero-abril 2006, p.75, nota 55.

catalana, convenios de colaboración tendentes a la integración en la Red Pública y contratos públicos.<sup>18</sup>

Así, los Servicios de la Comisión –en términos que adapto para el presente texto– distinguen los contratos públicos de la pura financiación de una actividad privada acompañada de una obligación de reembolso del importe recibido, si este no se ha utilizado para la finalidad que motivó la entrega. En el contrato, el particular se obliga a proveer un servicio de la competencia del poder adjudicador y este, a cambio, se obliga a una contraprestación, que puede consistir en un precio o en la atribución del derecho a explotar la propia prestación del contratista como forma de lograr la remuneración de este. En definitiva, obligación de prestación del servicio social a cambio de contraprestación. En el caso de las ayudas o ventajas financieras no contractuales, no se aprecia ese cruce de prestaciones causalmente enlazadas. Este último supuesto no se ve concernido normalmente por las normas de contratación pública.

Los Servicios de la Comisión reconocen que no siempre es fácil discernir cuándo existe o no obligación de un proveedor que debe recibir la correspondiente contraprestación de la Administración. Señalan, sin embargo, algunos indicadores que, como se advierte expresamente, tampoco son decisivos en sí mismos: el grado de interiorización del servicio por parte de la Administración, esto es, si la actividad de que se trate es de competencia de la misma; el que la Administración fije o no con detalle los términos en que el servicio deba ser prestado, y el hecho de si la prestación es o no íntegramente remunerada por la Administración.

Por lo tanto, sujeción a las normas de contratación pública de la prestación de servicios sociales (a nivel nacional, normas que precedan a la adjudicación, y normas relativas al cumplimiento y extinción del contrato administrativo), pero reconocimiento de situaciones en que la financiación pública, aun articulada, como ocurre

en ocasiones, a través de convenios, no tiene por qué ser sinónimo de contrato. Esta distinción puede ser de utilidad para ensayar algunos criterios que podrían estar en la base de la distinción entre los convenios de colaboración y los contratos públicos previstos, respectivamente, en los artículos 70 y 75 de la Ley 12/07.

### **4.3. Algunas ideas que pueden manejarse para distinguir convenio de colaboración o integración y contrato público, siempre sin perjuicio del obligado análisis de cada caso particular**

Una vez la Administración tiene legalmente atribuida la responsabilidad de garantizar y de financiar prestaciones dirigidas a satisfacer necesidades de determinados grupos de usuarios, aquella puede, en el marco de lo establecido en dicha legislación, cumplir con su responsabilidad bien de forma directa, esto es, con sus propios medios, o bien de forma indirecta, utilizando medios ajenos, normalmente propios de entidades privadas.

En el caso de utilización de medios propios, no podremos hablar de la existencia de contrato público. Por el contrario, en el supuesto de gestión indirecta, todavía podremos distinguir la gestión a través de instrumentos contractuales –muy frecuentemente, el contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto– o mediante instrumentos no contractuales. Nótese bien que, en este momento, se está empleando el término gestión indirecta de una forma amplia y un tanto impropia –como cumplimiento de la propia responsabilidad a través de terceros–, puesto que un concepto propio y estricto de tal término denota, únicamente, gestión contractual.

Así las cosas, tanto en los supuestos previstos en el artículo 70 (convenio de colaboración) como en los previstos en el artículo 75 (contrato público), nos en-

18. También es muy útil, a tales efectos, el artículo de VILLAR ROJAS, FRANCISCO J., “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, en la obra colectiva (Documentación Administrativa) citada en la nota 1 de este trabajo, p. 389 y ss. En dicho artículo, el autor intenta poner orden en el bosque de las diversas legislaciones autonómicas, en relación con la distinción entre lo que debe ser tratado como medidas de fomento y lo que debe ser tratado con arreglo a la normativa de contratos públicos para gestionar servicios sociales. El autor es, con razón, de una clara tendencia contractualista, sin perjuicio de reconocer que hay supuestos discutibles, como es el caso, precisamente, de los convenios de integración o vinculación de entidades privadas a la Red Pública. Por lo demás, el autor insiste, también con razón, en que habrá que analizar a fondo cada concreta relación jurídica, prescindiendo de denominaciones, para concluir si estamos ante uno u otro tipo de medidas.

Es importante insistir en este último punto, porque en realidad la expresión “Convenio de Colaboración”, salvo por su vocación de huir de la legislación de contratación pública, no denota, por sí misma, un contenido concreto, de modo que es posible que, bajo la denominación convenios de colaboración, nos encontremos ante verdaderas relaciones contractuales.

contramos ante EIM o EIS acreditadas que van a realizar prestaciones propias de servicios sociales integradas en la Red Pública, esto es, bajo responsabilidad y financiación predominantemente públicas, y con sujeción a los principios y reglas aplicables al sistema público de servicios sociales (“entidades prestadoras de servicios sociales”, las denomina el apartado 1 del artículo 75). En ambos casos, deberán formalizar un instrumento bilateral, sin derecho subjetivo previo a obtenerlo, con la Administración responsable del servicio de que se trate. Tal instrumento bilateral, que fijará el ámbito de prestaciones ofertadas a los usuarios y las condiciones de prestación, será, en definitiva, el presupuesto de la integración de la actividad privada en la Red Pública.

Ahora bien, a partir de ese punto de partida común, podrían darse estatutos jurídicos diferenciados. Así:

–En el caso del contrato, la Ley 12/07 parte de la premisa de que se están gestionando servicios de titularidad pública (no solo de responsabilidad pública). Se trataría de servicios que, de algún modo, en ejecución de las previsiones legales, delimita, concreta, crea y promueve la Administración competente, quien, con posterioridad al propio acto de creación, decide que ese servicio suyo sea gestionado por su cuenta por una entidad privada a la que va a contratar. Los artículos 29 y 31 de la Ley 12/07 reflejan, de algún modo, esta idea, cuando indican que la Generalidad y los entes locales tienen competencia para crear y gestionar servicios sociales en sus respectivos ámbitos. En tal caso, el servicio se gestiona por un particular, no solo bajo sujeción a un régimen público, propio de un servicio público en sentido amplio, sino bajo el dominio de la Administración, quien ha decidido gestionar su servicio en forma indirecta mediante contrato.

En el caso del convenio de colaboración a que se refiere el artículo 70, parece que la premisa es distinta: estamos ante servicios de titularidad privada, pertenecientes a EIS o EIM, que deciden solicitar integrarse en la Red Pública, previa acreditación, y mediante suscripción del correspondiente convenio de colaboración/integración con la Administración competente del servicio de que se trate. Ese convenio fijará la oferta integrada en la Red Pública y concretará los términos de la prestación, por referencia al estatuto legal de los servicios integrados en dicha Red. El servicio de titularidad privada se prestará bajo responsabilidad y financiación públicas, y con arreglo a un estatuto legalmente predeterminado, pero no por ello dejará de ser un servicio de titularidad privada.

–La estructura de un contrato público responde, inexcusablemente, a la idea de cruce de prestaciones recíprocas entre, por una parte, el contratista, quien se obliga a desarrollar su prestación frente a la Administración –acreedora de la misma, aunque la prestación se ofrezca a los usuarios–, y, por otra parte, la Administración, quien se obliga frente al proveedor-contratista a procurarle una remuneración, en forma de precio o de explotación remunerada. Tales prestaciones resultan recíprocamente exigibles, de modo que la Administración, ante un posible incumplimiento del contratista, podrá exigir el cumplimiento de la prestación o decretar la resolución del vínculo contractual, exigiendo, en su caso, daños y perjuicios derivados de incumplimiento.

En un convenio de colaboración, la estructura íntima de la relación jurídica suele obedecer a otro tipo de parámetros. La Administración puede comprometerse a financiar prestaciones privadas, previamente delimitadas, siempre que el colaborador privado, debidamente acreditado, se comprometa expresamente a poner sus servicios y prestaciones a disposición de los usuarios bajo un determinado régimen jurídico (el predeterminado legal y reglamentariamente para la Red Pública, y concretado a través del convenio de integración). El dominio de la Administración sobre el servicio es menor, y también el grado de compromiso asumido por las partes. Difícilmente podrá la Administración exigir del colaborador privado el cumplimiento en especie de aquello a que se comprometió –o, por lo menos, no sobre la base de un contrato previo–, si bien podrá negarse a liberar la financiación comprometida o podrá exigir la devolución de cantidades ya entregadas, por incumplimiento de las cargas legales y compromisos asumidos por parte del colaborador privado. Este, por su parte, puede tener un margen de renuncia, siempre que, con la misma, no se perjudique a la Administración.

–En el contrato, el futuro adjudicatario concreta una oferta económica que puede incluir un margen de beneficio industrial. Ese margen puede obtenerse incluso por las EIS, pues una cosa es que, como entidades sin ánimo de lucro, no puedan repartir beneficios, y otra bien distinta que no puedan obtenerlos, siquiera sea para aplicarlos a finalidades igualmente no lucrativas. En todo caso, la remuneración fijada es objeto de periódica revisión y, en última instancia, se aplica el principio de riesgo y ventura atemperado con el principio de mantenimiento del equilibrio económico del

contrato, lo que puede obligar a la Administración a ajustar las cláusulas económicas del vínculo contractual en supuestos como la fuerza mayor o, de forma más discutida, el riesgo imprevisible.

En el convenio de colaboración, el compromiso de financiación por parte de la Administración viene referenciado a los módulos sociales previamente establecidos, tomando como referencia el coste de los establecimientos y servicios, públicos y privados, que operan en la Red Pública. Difícilmente puede pensarse, en ese contexto, en la utilización, por parte del colaborador privado, de los mecanismos de reequilibrio económico propios del contrato público.

—El contrato, si de gestión de servicios públicos se trata, es de larga duración, y la Administración debe cumplir sus compromisos hasta el final del término pactado. Tiene, por supuesto, facultades de rescate, pero sobre la base de unos supuestos legales y con claras consecuencias indemnizatorias.

El convenio de colaboración puede no ser de larga duración, y podría tener subordinada su vigencia a la persistencia de las necesidades de responsabilidad pública que motivaron la integración, a la evolución de la planificación pública en materia de servicios sociales o a las disponibilidades presupuestarias de los sucesivos ejercicios.

—En fin, consciente de que se trata más bien de consecuencias de la clasificación que de premisas de la misma, en el convenio de colaboración no suelen estar presentes las prerrogativas públicas, el entrecruzamiento de compromisos, los mecanismos de revisión y reequilibrio económico, la duración y estabilidad en la relación y los modos de liquidación que legalmente se asocian a la existencia de un contrato administrativo.

He tratado, con todo lo anterior, de introducir elementos de reflexión para indagar sobre posibles criterios y consecuencias de la diferenciación entre los convenios de colaboración e integración y los contratos públicos para la prestación de los servicios sociales a que se refiere la Ley 12/07. Un análisis más profundo excede de los objetivos que me he marcado en el presente trabajo y de las posibilidades reales del mismo. El futuro desarrollo reglamentario de la Ley 12/07, forzosamente construido sobre premisas distintas del actualmente vigente, nos dará nuevas pistas sobre toda

esta cuestión. Siempre en el bien entendido, como ya se ha apuntado, de que no está en manos de la Administración —ni siquiera del legislador autonómico— reconducir las relaciones jurídicas que se ajusten a la fisonomía de los contratos públicos con arreglo a las normas de contratación pública —comunitarias o estatales básicas— hacia figuras que, bajo la denominación de convenios de colaboración, conduzcan al efecto indebido de inaplicación de tales normas.

Por lo demás, cuando la fisonomía del contenido de la relación jurídica que se establezca permita utilizar la fórmula de convenio de colaboración, excluido de la aplicación de la legislación de contratación pública, ello no será sinónimo de otorgamiento directo sin cumplir principios y requisitos de publicidad y concurrencia. Cuando los recursos públicos y la posibilidad de suscribir convenios resultan limitados, se impone la aplicación de dichos principios, atendiendo, a tal efecto, al carácter estructurante que la legislación de contratación pública tiene para el conjunto del ordenamiento.<sup>19</sup> Conecta con esta idea el apartado 2 del artículo 4 de la LCSP, al indicar que los negocios y relaciones excluidos se regirán por sus normas especiales, pero “aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.”

## 5. La provisión de equipamientos y servicios sociales mediante contrato público

### 5.1. Los contratos públicos de provisión de equipamientos y servicios sociales se someten, en todo caso, a las normas, estatales y comunitarias, de contratación pública

Como acabamos de ver, el artículo 75 de la Ley 12/07 admite con naturalidad que las administraciones competentes gestionen servicios sociales de titularidad pública mediante contrato (apartado 2), o, más ampliamente, que contraten servicios sociales (apartado 4). Por otra parte, del artículo 61 del mismo texto legal (“Financiación de equipamientos públicos de servicios sociales”) se deduce claramente que dichas administraciones pueden proveerse de equipamientos a través de contrato público.

19. *Vid.*, sobre el significado de este carácter atribuido a la legislación de contratos públicos, el sugerente trabajo de CARLÓN RUIZ, Matilde, “La Ley de contratos de las administraciones públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico-público”, en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Thomson-Civitas, segunda edición, Madrid 2004, p. 1801 a 1823.



Ello nos remite inexcusablemente, desde el punto de vista del derecho interno y como reconoce el propio artículo 75.4 de la Ley 12/07, a la legislación de contratación pública, cuya norma de cabecera es la LCSP, sin perjuicio de aplicar la normativa autonómica que pueda dictarse –sobre idéntica materia en general o sobre contratación de servicios sociales en particular– sin entrar en colisión con las bases estatales.<sup>20</sup>

Por supuesto, la normativa interna deberá respetar las normas pertinentes del Derecho comunitario e interpretarse de conformidad con el mismo. A tales

efectos, resultan esenciales las normas y principios del Tratado (muy especialmente los relativos a mercado interior y competencia), y la Directiva 2004/N18/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 (la “Directiva 2004/18”). Como hemos venido indicando, la Comunicación SIG y el documento que la acompaña, SEC 1514, proporciona criterios útiles sobre la aplicación de las normas comunitarias sobre contratación pública a los SSIG.<sup>21</sup>

---

20. No podemos detenernos en el aspecto relativo a la distribución competencial entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de contratación pública de servicios sociales. Algunos autores se han detenido en este aspecto, mostrándose favorables al reconocimiento de un amplio espacio normativo en favor de las comunidades autónomas. En este sentido, BERNAL BLAY, Miguel Ángel, en el trabajo citado en la nota 11. Este autor –p. 232 de dicho trabajo– resalta, a tal efecto, el Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana núm. 2/2002, de 4 de junio, en el que se reconduce a la figura de contrato administrativo especial un contrato para la atención del programa de teleasistencia domiciliaria a personas de la tercera edad. Por su parte, el Informe 12/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (“JA 17/08”), también aboga por un espacio normativo autonómico propio cuando contesta a la pregunta de si la normativa autonómica podría establecer un procedimiento especial para la contratación de servicios sociales residenciales:

“(…) a juicio de esta Junta, siempre que se utilizara un instrumento normativo con rango de Ley, podría la Comunidad Autónoma de Aragón, en el concreto ámbito de su competencia (…) diseñar, por ejemplo, un procedimiento negociado con publicidad con carácter ordinario que, dotado de la adecuada transparencia, permitiera negociar los aspectos técnicos y económicos del contrato. Igualmente podría optar por configurar de forma distinta la naturaleza jurídica del contrato o modular los plazos del mismo (…)” (p. 4).

El Informe JA 17/08 tiene en cuenta, al realizar tales afirmaciones, que los contratos de servicios sociales y sanitarios presentan un grado de armonización infimo en la Directiva de contratación pública (2004/18) que se cita en el texto.

21. La llamada que se hace en el texto al Tratado resulta oportuna, porque el hecho de que puedan existir contratos que no estén armonizados o no totalmente armonizados por la Directiva 2004/18 (por razón del objeto del contrato y/o del umbral cuantitativo del mismo) no autoriza a los estados miembros a dejar de cumplir con las exigencias del principio de transparencia que dimanen directamente del Tratado. La “Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02)”, resulta elocuente al respecto.

En materia de servicios sociales, este aspecto fue tratado por la sentencia del TJCE, de 13 de noviembre de 2007, asunto Comisión contra Irlanda-An Post.

El Ministro de Asuntos Sociales irlandés suscribió directamente con An Post (el servicio postal irlandés), sin licitación previa, un contrato, en virtud del cual los beneficiarios de prestaciones sociales podrían retirar de las oficinas de correos las cantidades que se les adeudaban. El contrato fue objeto de prórrogas sucesivas.

A raíz de una queja, y tras varias actuaciones de la Comisión, esta interpuso recurso de incumplimiento ante el TJCE. La Comisión solicitó una sentencia por la que se declarase que Irlanda había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, al adjudicar un contrato de servicios sin publicación de anuncio previo.

Ninguna de las partes puso en cuestión que el contrato de que se trataba entraba en el ámbito de aplicación de la Directiva reguladora del contrato público de servicios (en aquel entonces, la 92/50, modificada por la 97/52).

Con arreglo a la misma –al igual que ocurre hoy– la categoría “servicios sociales” estaba sujeta solamente (al contrario de lo que ocurre con otro tipo de servicios) a un régimen muy suave de armonización que, desde luego, no exigía de modo expreso un procedimiento público de licitación.

Ello es así, indica el TJCE, porque el legislador comunitario parte de la presunción de que, habida cuenta de su naturaleza específica, los asuntos relativos a estos servicios no presentan a priori un interés transfronterizo que pueda justificar adjudicar mediante un procedimiento de licitación que produce como efecto permitir a empresas de los diversos estados miembros tener conocimiento del anuncio de licitación y presentar sus ofertas.

A pesar de ello, la Comisión consideraba que Irlanda no había respetado los artículos 43 y 49 del Tratado, ni los principios generales de transparencia, igualdad y no discriminación, disposiciones imperativas para los estados miembros y que se añaden a las obligaciones expresamente previstas por la Directiva de contratación para la categoría “servicios sociales”.

La Comisión recordó que, con arreglo a la lógica del Tratado en materia de mercado interior, el TJCE establece claramente que las disposiciones del Tratado sobre la libertad de establecimiento y de prestación de servicios imponen obligaciones a los estados miembros a la hora de adjudicar contratos públicos no incluidos en el ámbito de aplicación de las directivas. Es lo que sucede, subrayó la Comisión, con los contratos, como las concesiones de servicios, que no se encuentran expresamente amparados en aquellas y con los contratos que, pese a estar previstos en ellas, se refieren a valores inferiores a los umbrales fijados en las directivas. Según el anuncio del litigio contenido en el DOUE (7.2.2004):

## 5.2. Contratos incluidos en la LCSP y negocios excluidos: los convenios interadministrativos de colaboración en materia de servicios sociales y los encargos a los denominados medios propios

La LCSP se aplica a todo contrato oneroso, y con la diversa intensidad que se especifica en la misma, en función de si se trata de contratos de las administraciones públicas (normalmente administrativos en materia de servicios sociales), de los denominados poderes adjudicadores distintos de las administraciones públicas, o bien se trata de contratos adjudicadores. No obstante, tampoco debe perderse de vista que, aun tratándose de sujetos no pertenecientes al sector público, sus contratos pueden caer dentro del ámbito de aplicación de la LCSP, siempre que se trate de uno de los contratos subvencionados armonizados que tienen por objeto el tipo de obras y servicios a que se refiere el artículo 17 de la LCSP, o de un contrato de obras celebrado por un concesionario de obra pública en los supuestos previstos en el artículo 250 de la LCSP. Entre las obras a que se refieren estos últimos preceptos, podrían resultar incluidos algunos equipamientos sociales.

Por el contrario, la LCSP no se aplicará a los "Negocios y contratos excluidos" a que se refiere su artículo 4.1. Hemos hecho ya mención a la exclusión de los convenios de colaboración celebrados con sujetos privados, siempre que su objeto no sea contractual (4.1.d). Conviene precisar ahora que también resultan excluidos, por una parte, los convenios de colabora-

ción interadministrativos, "salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos" sujetos a la LCSP (4.1.c), y, por otra parte, los negocios jurídicos realizados con los denominados medios propios, siempre que se cumplan los presupuestos de exclusión a que se refiere el apartado 6 del artículo 24 de la LCSP, en relación con el apartado 1) del mencionado artículo 4.1., esto es, en lo fundamental, que el ente matriz que realiza el encargo a su ente instrumental tenga sobre este un control análogo al que se tiene sobre sus propios servicios, y que el ente instrumental realice la parte esencial de su actividad solamente para el ente o entes matrices que lo controlan.

Por lo tanto, tales cautelas o salvedades (que devuelven al ámbito de la legislación de contratos públicos algunos convenios interadministrativos y encargos a entes instrumentales) deberán tenerse en cuenta al articular los mecanismos de cooperación y encomienda de gestión que pretendan establecerse al amparo de la Ley 12/07. Se trata, como es bien conocido, de cautelas introducidas en aplicación de la doctrina del TJCE, sintéticamente conocida como doctrina *Teckal*.<sup>22</sup> Tal doctrina, como acaba de indicarse, impacta también fuertemente sobre el alcance de la tradicional exclusión de los convenios interadministrativos, exclusión que quedará pulverizada si, en el concreto convenio de que se trate, pueden reconocerse prestaciones propias de un objeto contractual. Ello es así, obviamente, porque, por definición, entre dos administraciones públicas difícilmente pueden darse los requisitos *Teckal*, empezando por el relativo al de exigencia de control análogo.<sup>23</sup>

---

"En estas circunstancias, la Comisión alega que sería incompatible con la lógica del mercado interior que, pese a que el Derecho comunitario exige un determinado nivel de publicidad en tales situaciones, aun cuando el contrato no se encuentre incluido en el ámbito de aplicación de las directivas por su estructura o valor, los estados miembros fueran libres de no publicar de modo alguno ciertos contratos (cuyo valor supere los umbrales) únicamente por estimar que los servicios a que se refieren se encuentran incluidos en el anexo IB de la Directiva."

El TJCE admitió la bondad de la postura de la Comisión: el Derecho originario no permite una adjudicación directa de contratos de servicios (ni siquiera tratándose de servicios sociales) cuando tales contratos presentan un interés transfronterizo cierto.

Sin embargo, correspondía a la Comisión demostrar tal interés, sin poder basarse en ninguna presunción, de modo que, al faltar la correspondiente prueba, el TJCE se ve obligado a desestimar el recurso de la Comisión, con imposición de costas.

22. Sobre la doctrina *Teckal* y, en general, sobre el alcance de la exclusión, respecto de la normativa de contratación pública, de los convenios interadministrativos y de los encargos efectuados a medios propios, pueden verse el trabajo de MÍGUEZ MACHO, Luis, "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", *RAP*, núm. 175, enero-abril 2008, p. 157 y ss., y la bibliografía allí citada. El último trabajo que me consta sobre tal asunto en la fecha de cierre de estas líneas es el de GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., "Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones *in house* (A propósito de la sentencia *Correos*, de 18 de diciembre de 2007, del Tribunal de Justicia)", en *Revista Española de Derecho Europeo*, Civitas, núm. 26, 2008, p. 193 y ss., también con reseñas bibliográficas.

23. El requisito de control análogo tampoco se da, por definición, en las entidades de economía mixta, que, por tanto, no pueden recibir encargos directos de gestión de la Administración. Ello plantea la cuestión de si podría o no darse un encargo directo a una fundación del sector público constituida con una importante aportación privada (hemos visto antes que tal tipo de aportaciones está previsto en la Ley 12/07, especialmente por parte de la obra social de las cajas de ahorro) y, correlativamente,

Desde luego, una interpretación extensiva de tales requisitos sería susceptible de poner indebidamente en peligro los fundamentos y el funcionamiento de la cooperación interadministrativa, profusamente asumida por la Ley 12/07 (véase, por ejemplo, artículo 27, capítulo IV y, dentro de este, artículo 41 de dicha Ley). Es por esta última razón que, si bien el SEC 1514 proclama abiertamente la aplicabilidad de la doctrina *Teckal* en materia de servicios sociales, también se ocupa de recordar que existen múltiples supuestos de cooperación entre las administraciones públicas en los que no puede identificarse el objeto de un contrato público (algunos ejemplos del SEC 1514: constitución de centrales de compras; gestionar procedimientos de adquisición a través de centros de otra Administración; creación conjunta de entidades para prestar servicios sociales, o establecimiento de estructuras de asistencia mutua sin retribución).

En definitiva, esta es también la doctrina correctora del TJCE, de la que puede verse una muestra reciente en la sentencia de 18 de diciembre de 2007 (asunto C-523/03, Comisión contra Irlanda-DCC). En ella se enjuicia si Irlanda había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 del Tratado, al permitir que una autoridad regional prestara servicios de transporte de urgencia en ambulancia a través de una autoridad local, financiada por la primera, sin publicidad previa. La sentencia desestima el recurso de la Comisión, al no haber aportado esta pruebas contundentes de que se hubiese llevado a cabo la adjudicación de un contrato público. Pero, en su fundamento 37, afirma también lo siguiente:

“(…) no puede excluirse que el DCC prestaba servicios de transporte de urgencia en ambulancia en ejercicio de sus propias competencias, directamente deducidas de la Ley. A ello hay que añadir que la mera

existencia entre dos entidades públicas de un mecanismo de financiación relativo a tales servicios no implica que las prestaciones de servicios de que se trate constituyan una adjudicación de contratos públicos que deban examinarse desde el punto de vista de las normas fundamentales del Tratado.”<sup>24</sup>

### **5.3. La diferencia entre, por una parte, los contratos ordinarios y, por otra parte, las concesiones y contratos públicos CPP, presente también en el ámbito de los servicios sociales**

Dentro del ámbito de aplicación de la LCSP podrán utilizarse, para la provisión de equipamientos y servicios sociales, los distintos contratos típicos previstos en la misma (en su caso, contratos especiales), con tal de que el tipo contractual elegido resulte coherente con las finalidades a cubrir y con la clase de prestaciones que en él se pretenden albergar. Ahora bien, llegados a este punto, interesa detenerse en la distinción entre concesiones y contratos que responden a la categoría de Colaboración Público-Privada (“CPP” y “contratos CPP”), y contratos ordinarios o que no se insertan dentro de tal categoría (“contratos no CPP”). El contrato –cualquier contrato– supone una fórmula de colaboración. Ahora bien, cuando hablamos de contratos CPP, nos estamos refiriendo a un macroconcepto, que abarca todas aquellas figuras contractuales que, al decir de la Comisión Europea, presentan las siguientes características: importancia de la financiación privada; larga duración de la relación; reparto de riesgos entre el sector público y el sector privado, y protagonismo de este último en la concepción y ejecución de las prestaciones, según objetivos y bajo control de la Administración.<sup>25</sup> El nuevo contrato de colaboración entre el

---

con una presencia significativa de patronos privados en el Patronato de la fundación. Creo, a primera vista, que la ausencia de causa onerosa permitiría pensar en un encargo directo, pero, repito, se trata de una cuestión que dejo planteada y que merecería un mayor grado de reflexión. El tema se apunta también en el completo trabajo de MÍGUEZ MACHO, Luis, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, que he citado en la nota anterior, en especial p. 207 a 209. Por las razones ya mencionadas en el texto, deben tomarse con cautela las líneas de exclusión de las reglas de contratación pública, que también apunta el autor citado, basadas en una supuesta radical exclusión de la aplicación de la normativa comunitaria al sector de los servicios de carácter social y asistencial.

24. Esta doctrina parece inspirar las consideraciones que contiene el Informe JA 17/08, citado en la anterior nota 20, en relación con determinadas relaciones jurídicas a establecer entre la Comunidad Autónoma de Aragón y los servicios sociales municipales de su ámbito territorial (p. 5 a 7).

25. Sobre las estructuras CPP, pueden verse los últimos documentos de la Comisión: “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones” (“Comunicación CPP”), de 15 de noviembre de 2005, y “Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la aplicación del Derecho comunitario sobre contratación público-privada institucionalizada” (“Comunicación CPPi”), de 5 de febrero de 2008. *Vid.*, asimismo, el ya citado trabajo de MÍGUEZ MACHO y la bibliografía reseñada por dicho autor.

sector público y el sector privado regulado en la LCSP solo es, como veremos, uno de los contratos que reúnen las características indicadas de los contratos CPP.

Dentro de lo que hemos denominado CPP o contratos CPP, la Comisión distingue, por una parte, entre concesiones y contratos públicos (de las características CPP, claro está), y, por otra parte, entre CPP ordinaria y CPP institucionalizada (“CPPi”). Esta última responde a las características de la empresa mixta. A nivel comunitario, la diferencia entre concesiones (de obra o de servicio público) y contratos públicos (de obras, servicios o suministros, que reúnan las características CPP) reside fundamentalmente en el dato de cómo y por parte de quién se remunera al contratista. Si la remuneración procede del usuario de la obra o servicio que explota el contratista estaremos ante una concesión. Si, por el contrario, la remuneración procede de la Administración a cuya disposición se pone la obra o el servicio que opera el contratista, estaremos ante un contrato público CPP (más en la línea del PFI anglosajón). Como veremos, las cosas no suceden exactamente así en nuestro Derecho interno.

Las operaciones CPP suelen tener un tratamiento beneficioso desde el punto de vista de la exigencia de mantenerse en situación de estabilidad presupuestaria y de no incurrir en endeudamientos excesivos que, a nivel comunitario, incumbe a los estados miembros. Eurostat permite, en efecto, no computar en las cuentas públicas la deuda vinculada a la inversión que se acomete con ocasión del contrato, si tal inversión la financia el contratista y se transfieren al mismo, de forma sustancial, tanto el riesgo de construcción (aumentos de coste de materiales o mano de obra, consecuencias económicas de retraso, eventos exteriores desfavorables, salvo fuerza mayor, etc.) como el riesgo de explotación u operación de la obra o servicio de que

se trate, bien en forma de riesgo de frecuentación o demanda (cuánto se utiliza la obra o servicio), bien en forma de riesgo de disponibilidad (cuánto se penaliza al contratista por no poner en condiciones óptimas a favor de la Administración la obra o servicio de que se trate, durante la fase de operación).<sup>26</sup>

Puede, pues, concluirse, en esta apretada síntesis, que, con las operaciones CPP, suelen perseguirse –aparte de la propia eficacia y eficiencia que pueda aportar el sector privado y la traslación de riesgos hacia el mismo– los beneficios del diferimiento del pago al contratista (quien normalmente verá satisfecha su remuneración durante un número de años posterior a la puesta en servicio de su prestación) y del no cómputo del endeudamiento en las cuentas públicas. Por lo tanto, desde la óptica de la consecución de tales objetivos, resulta que no permiten cumplirlos los contratos no CPP (los contratos ordinarios de obras, servicios, o suministros), entre otras razones porque la LCSP prohíbe, como regla general, el pago aplazado (artículo 75.7), y porque, al no existir en ellos riesgo de operación o explotación, no es posible que los endeudamientos no computen en las cuentas públicas.

#### **5.4. La utilización de las concesiones, de servicio público o de obra, para la provisión de equipamientos y servicios sociales**

Como hemos dicho, las concesiones de servicio público y las concesiones de obra pública pueden considerarse, siguiendo los parámetros comunitarios, una vez ajustados a nuestro Derecho interno, contratos CPP.<sup>27</sup>

En realidad, responden a tales características todas las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, previstas en el artículo 253 de la LCSP. Las

26. *Vid.*, por todos, GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Desde el punto de vista más específico, referido a equipamientos y servicios sanitarios y sociales, el excelente trabajo de VILLAR ROJAS, F. José, “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en *RAP*, núm. 172, enero-abril 2007, p. 141 y ss.

27. La concesión de servicio público no es un contrato armonizado a nivel europeo. Sin embargo, hay supuestos fronterizos que pueden considerarse concesiones de servicio en nuestro Derecho, y que, en cambio, pudieran ser considerados contratos de servicios desde un punto de vista comunitario (por ejemplo, si la remuneración del contratista no procede del usuario). En este último caso, podría darse alguna contradicción entre la normativa comunitaria y la normativa interna, contradicción que, en línea de principio, no sería relevante, habida cuenta que el contrato de servicios sociales y sanitarios es objeto de armonización europea en grado mínimo, y, en cambio, la concesión de servicio público es, en nuestro Derecho, un contrato administrativo sujeto al máximo rigor, en cuanto a su preparación y adjudicación se refiere. Por otra parte, como ya hemos avanzado, el dato de la no armonización no implica que el Estado miembro pueda desconocer las exigencias que deriven directamente del principio de transparencia presente en el Tratado, lo que podría comportar algún problema para la legislación interna, al haberse limitado a reconducir hacia los recursos ordinarios todos los contratos de gestión de servicios públicos que no puedan ser objeto de recurso especial en materia de contratación, con arreglo al artículo 37 de la LCSP.

actuaciones preparatorias y premisas son, en lo esencial, las mismas para todas ellas (especialmente, el establecimiento del régimen jurídico del servicio en el que, entre otros extremos, se declare la asunción del mismo por parte de la Administración, artículos 116 y 117 de la LCSP). Y también es común a cualquiera de dichas modalidades la estructura esencial del objeto contractual: gestión o prestación de un servicio público, o cambio del derecho a su explotación por parte del contratista (artículo 257.1 de la LCSP).

Es cierto que la modalidad de concierto (entendiendo ahora en sentido estricto) encuentra precisamente en materia de servicios sociales –como también ocurre con los conciertos sanitarios– su ámbito de proyección natural, pero ello no excluye la posibilidad de otorgar concesiones de servicio público para la gestión de servicios sociales, ni la posibilidad de constituir, a tal fin, empresas de economía mixta.<sup>28</sup>

La LCSP facilita la afirmación de tal posibilidad, al haber suprimido, en su artículo 251, la exigencia, presente en la legislación anterior, consistente en que se tratara de servicios de contenido económico susceptibles de explotación por empresarios particulares. Tal exigencia había propiciado interpretaciones en el sentido de que, en materia de servicios sociales, solo era posible la modalidad de concierto. Hoy basta, sin distinción entre modalidades, que se trate de servicios “susceptibles de explotación por particulares”, entendiendo el artículo 258.1 de la LCSP que la efectividad de ese derecho a la explotación del servicio consiste en la posibilidad de percibir “una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.”<sup>29</sup>

La diferencia entre contrato de gestión de servicios públicos y contrato de servicios, con tener importantes consecuencias jurídicas (por ejemplo, en el plazo de duración del contrato), no siempre es fácil, y menos en nuestro Derecho, en el que, como se viene diciendo, se admiten con naturalidad supuestos de contratos de gestión de servicios públicos en los que la retribución no procede de los usuarios. Sin embargo, en el ámbito de los principios, la distinción es clara: En el contrato de servicios, el contratista realiza una prestación en favor de la Administración que no coincide con la gestión del servicio público por cuenta de la misma, ni genera como contraprestación el derecho a la explotación de la propia prestación del contratista, sino el derecho a percibir un precio por parte de la Administración. No se da, en el contrato de servicios, una segunda relación jurídica entre el contratista y el usuario del servicio público. En el contrato de gestión de servicios públicos, la prestación consiste, precisamente, en esa gestión del servicio público por cuenta de la Administración. La contraprestación, a cargo de esta, consiste en la explotación de la propia prestación del contratista, y suele existir una relación jurídica distinta entre este y el usuario, relación esta última que resulta excluida de la LCSP en el artículo 4.1.b) de la misma.<sup>30</sup>

El contrato de gestión de servicios públicos puede incluir –o no– la ejecución de una obra o equipamiento que sirva de base material para la prestación del servicio público. A pesar de la posible existencia de obra previa, el dato de la prestación del servicio público comportará que la relación jurídica siga calificándose como contrato de gestión de servicios públicos y no como concesión de obra pública.<sup>31</sup> Los

28. Sobre la aplicación práctica de la concesión de servicios públicos en el ámbito de los servicios sociales catalanes, pueden verse los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña 5/98, de 30 de octubre (prestación de servicios sociales de ayuda domiciliaria y servicios sociales de rehabilitación), y 1/05, de 5 de mayo (gestión de viviendas con servicios para la gente mayor, entre otros). Sobre la posibilidad de aplicación de la CPPi o empresa mixta en este mismo ámbito de los servicios sociales, nuestro ordenamiento no desmiente la afirmación expresa que de tal posibilidad realiza tal Comunicación CPPi. Finalmente, en relación con la utilización de las fórmulas concesionales como modalidades de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales, resulta obligado citar de nuevo y recomendar la lectura del excelente y crítico trabajo de VILLAR ROJAS, F. José, citado en la nota 26 anterior.

29. Por supuesto, lo que no ha suprimido la LCSP es la interdicción de que se gestionen, mediante contrato, servicios que impliquen ejercicio de autoridad (artículo 251.1), lo que no debe perderse de vista ante la prestación de servicios sociales que puedan estar vinculados de una forma especialmente intensa con dicho ejercicio. Pensamos, por ejemplo, en servicios ligados a la protección de menores. Sobre ellos, puede verse la colaboración de DE PALMA DEL TESO, Ángeles, en esta misma obra.

30. Para una amplia reflexión sobre la diferencia entre contrato de servicios y concesión de servicio público, puede verse MÍGUEZ MACHO, LUIS, en su trabajo sobre las “Formas de colaboración público-privada (...)”, antes citado.

31. En el trabajo de VILLAR ROJAS a que se refiere nuestra anterior nota 26, se pone énfasis en la prioritaria aplicación de la normativa reguladora del contrato de gestión de servicios públicos, frente a la propia de la concesión de obra pública, cuando se trata de explotar un servicio público que comporta la ejecución de obra previa, *vid.* p. 180 a 183. Por otra parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 2/2008, de 4 de abril, en relación con un

equipamientos destinados a la prestación de servicios sociales pueden ser objeto de contrato de concesión de obra pública, pero la explotación de la obra construida se materializará de ordinario mediante su puesta a disposición del gestor del servicio, sin que coincidan explotación de la obra y gestión del servicio público en manos del concesionario de obra pública. El artículo 61 de la Ley 12/07 se refiere a la provisión de equipamientos públicos de servicios sociales, pero desde la óptica de su financiación, y no, directamente, desde la perspectiva de su posible contratación. No obstante, la amplia formulación del precepto no excluye ninguna de las posibilidades que nuestro ordenamiento ofrece al respecto.

También en la concesión de obra pública, el concesionario se retribuye con la explotación de su propia prestación, esto es, a través de la explotación de la obra misma, y ello genera un derecho de retribución a su favor por la utilización de la obra, que podrá ser íntegramente abonada por la Administración y no forzosamente por los usuarios de la obra (artículo 238, apartados 1 y 4 de la LCSP).

### **5.5. Sobre la insatisfactoria respuesta de nuestro Derecho interno a las relaciones jurídicas CPP en las que median pagos de la Administración basados en criterios de disponibilidad**

Llegados a este punto, debemos detenernos, aunque brevemente, en un aspecto que, a mi juicio, es del máximo interés. Formularé directamente la cuestión: con arreglo a nuestro ordenamiento, cuyas bases acaban de exponerse, ¿existe concesión cuando es la Administración quien satisface la retribución del contratista y lo hace por la utilización del servicio o de la obra, pero con independencia del grado de frecuentación o demanda? Dicho de otro modo, ¿existe concesión cuando, en tal situación de retribución por la Administración, se atiende solamente al grado de calidad de la prestación ofrecida por parte del contratista?

Estamos aludiendo, en definitiva, a pagos vinculados a una buena operación o disponibilidad de la infraestructura o servicio procurado por el contratista, de suerte que, por debajo de estándares predeterminados en el contrato, la retribución del mismo sufra las correspondientes mermas. Se trata de un escenario que puede darse perfectamente en la contratación de equipamientos y servicios sociales.

La cuestión no es pacífica. Ello provoca que, por lo que a la provisión de equipamientos se refiere, algunas administraciones públicas recurran –para lograr los objetivos de una operación CPP– a figuras distintas de la concesión, tales como los arrendamientos operativos, precedidos, en su caso, de derechos de superficie sobre terrenos de titularidad pública, que permiten la construcción y el mantenimiento de una propiedad separada por parte del contratista mientras tales derechos no se extinguen. En este último caso, el esquema sería el siguiente: derecho de superficie en favor del contratista; financiación, proyección y construcción del equipamiento de servicios sociales por parte del mismo; arrendamiento operativo de la propiedad separada en favor de la Administración, y pago o cánones periódicos a cargo de esta última en función de parámetros de calidad o rendimiento, todo ello hasta la extinción del derecho de superficie, momento en el cual el equipamiento pasa a ser propiedad de la Administración sin mayores costes (se entiende que, durante todo el periodo contractual, el contratista ha amortizado la inversión, ha cubierto costes y ha logrado su beneficio industrial).

Pues bien, hasta la fecha, órganos tan cualificados como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se han mostrado reacios a la legalidad de tales figuras, negando, desde el punto de vista de la concesión, que, en tales supuestos, exista explotación económica por parte del contratista, y afirmando, en cualquiera de ambos supuestos (concesiones con pagos vinculados a disponibilidad y arrendamientos operativos del tipo de los descritos), que, en realidad, a través de tales figuras, se acaban conculcando normas imperativas de la legislación de contratos públicos, como la

---

contrato de gestión de servicios públicos de atención a personas mayores en centros residenciales de día, en el que el contratista debe constituir previamente los equipamientos, analiza el alcance de la remisión que realiza el artículo 117.2 de la LCSP a los preceptos de la concesión de obra pública para los casos en que la gestión del servicio público viene precedida de la ejecución de obra por parte del concesionario. Dicho Informe concluye que la aplicación, en tal caso, de los preceptos de la concesión de obra pública, no debe realizarse de una forma automática e íntegra, sino que tales preceptos deben atemperarse a las características y condiciones de las obras a ejecutar por el concesionario, comprendidas en el contrato de gestión de servicios públicos.

prohibición de pago aplazado, el tipo de aptitud que deba exigirse al contratista, o la duración máxima del contrato (no es lo mismo, por ejemplo, a tales efectos, un contrato de obras seguido de un contrato de servicios que un contrato de concesión de servicios públicos con obra previa o una concesión de obra pública).<sup>32</sup>

El artículo 4.1.p) de la nueva LCSP parece haberse dictado con el designio de cerrar la puerta –salvo en circunstancias muy restrictivas– a la posibilidad de utilizar contratos de tipo patrimonial (como es el arrendamiento) para conseguir prestaciones que sean propias de las previstas por la LCSP (servicios, obras).

Por lo demás, tampoco parece que el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, introducido en la LCSP, vaya a solucionar definitivamente la cuestión planteada.<sup>33</sup> Es cierto que, a través de dicho contrato, se logra la financiación del contratista, unida a una de las prestaciones propias de los contratos típicos de la LCSP. Es cierto también que la financiación y prestación del contratista se retribuyen mediante un precio que paga la Administración durante el curso de la ejecución del contrato, contrato que, por otra parte, es de larga duración. Finalmente, es cierto que suele existir un desplazamiento suficiente de riesgos hacia el contratista (artículos 11 y 120 de la LCSP). Todo ello permite, potencialmente, cubrir los objetivos, antes mencionados, de diferimiento de pago y no cómputo de deuda en las cuentas públicas. Ocurre, sin embargo, que el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ha sido legalmente concebido como un contrato, en cierto modo, subsidiario. Por una parte, puede utilizarse únicamente cuando se acredita la mayor idoneidad y ventaja de esta fórmula frente a los restantes tipos contractuales. Por otra parte, y adicionalmente, debe tratarse de prestaciones que presenten un grado de complejidad tal que la Administración, si bien conoce perfectamente las necesidades a satisfacer, no es capaz de determinar por sí misma los medios más adecuados para lograr dicha satisfacción.

Es por ello que la adjudicación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado debe venir precedida de unas actuaciones preparatorias especialmente gravosas, en las que resulten acreditadas tanto la complejidad de la prestación como la mayor idoneidad de esta fórmula contractual sobre las restantes, y tal adjudicación debe realizarse a través del nuevo procedimiento de diálogo competitivo, precisamente previsto para casos en que deben contratarse prestaciones de gran complejidad (se conocen las necesidades, pero no los medios más idóneos para satisfacerlas). En tales circunstancias, y salvo en algún caso muy singular, nos parece sumamente difícil encajar, en el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, prestaciones propias de provisión de equipamientos y servicios sociales.

En suma: en aquellos supuestos en que se pretende obtener las ventajas de un contrato CPP mediante pagos realizados al contratista por parte de la Administración, basados en criterios de rendimiento o calidad en la disponibilidad y no de frecuentación o grado de demanda del equipamiento y/o servicio social de que se trate, subsiste en nuestro ordenamiento un umbral de inseguridad jurídica que no parece vaya a despejarse en un futuro próximo.

## 6. Un último apunte sobre la contraposición de intereses entre las entidades privadas de iniciativa social y las entidades privadas de iniciativa mercantil en el mercado de la provisión contractual de equipamientos y servicios sociales

El artículo 75.4 de la Ley 12/07 prevé que, en condiciones análogas, puede darse preferencia, en la adjudicación de los contratos y en el establecimiento de los conciertos, a entidades sin ánimo de lucro, debidamente inscritas, cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, de acuerdo con los supuestos que establece la normativa de contratación administrativa.<sup>34</sup>

32. Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 72/04, de 11 de marzo de 2005, equipamiento para usos sociales y culturales del Ayuntamiento de Santa Margalida, y 70/04, también de 11 de marzo de 2005, mismo tipo de equipamiento del Ayuntamiento de Alcodia. He tratado de esta cuestión en "La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 11, junio de 2006, p. 23 y ss.

33. Sobre dicho contrato, *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., "Contrato de colaboración público-privada", *RAP*, núm. 170, 2006, p. 7 y ss., y CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, p. 609 y ss.

34. No nos ocupamos de criterios especiales de valoración ni de otros tipos de preferencia que establece el propio artículo 75.4, no vinculados al requisito de la ausencia de ánimo de lucro. Sin embargo, apuntemos que no parece fácilmente compatible con la legislación básica estatal la preferencia que otorga aquel precepto en favor de las empresas "que inviertan los

Esta previsión resulta perfectamente alineada y, por tanto, compatible con la que establece la disposición adicional sexta de la LCSP: ante dos ofertas análogas, procedentes, respectivamente, de una EIM y de una EIS, se acaba adjudicando el contrato de que se trate a esta última. La legislación estatal y autonómica resuelve, de esta forma, la contraposición de intereses que se da entre las distintas entidades privadas (inicialmente empatadas) que pretenden adjudicarse el contrato.

No se llega, sin embargo, a reservar la posibilidad de adjudicar los contratos relativos a servicios sociales únicamente en favor de las EIS, o, si se quiere, a excluir a las EIM de tal tipo de contratos. Para el SEC 1514 (p. 11) una exclusión de tal tipo podría vulnerar las normas comunitarias del mercado interior. Según tal documento, la exclusión debería establecerse, en su caso, por la legislación nacional (no quedar a decisión de cada autoridad que decidiese adjudicar un contrato), y debería contemplarse como una posibilidad excepcional que, además, requeriría una cumplida justificación.

La posibilidad, excepcional, de excluir a las entidades con ánimo de lucro, encuentra apoyo en la sentencia del TJCE de 17 de junio de 1997 (asunto C-70/95, SODEMARE). En tal Sentencia del TCJE, enjuiciaba si era compatible con el Derecho comunitario una legislación –la italiana, en dicho caso– que contemplaba un sistema de asistencia social de responsabilidad pública en el que se integraban, a través de conciertos, entidades privadas, que prestaban los servicios bajo determinadas pautas de calidad y con reembolso público del coste de los mismos. Ahora bien, tal posibilidad de concierto se reservaba a las entidades sin ánimo de lucro. Una sociedad luxemburguesa que había establecido sociedades en Italia para explotar residencias de ancianos, consideró que, entre otros principios y preceptos, la legislación italiana vulneraba el derecho de establecimiento previsto en el artículo 52 del Tratado. El Estado italiano indicó que solamente las entidades sin ánimo de lucro eran operadores idóneos para cumplir con las finalidades sociales del sistema, puesto que, según dicho Estado, tales entidades no estaban influenciadas por la exigencia de obtener beneficios.

El TJCE dio, en tal caso, la razón al Estado italiano, al entender que se trataba de un sistema de asistencia social basado en el principio de solidaridad, y que el Estado italiano, en ejercicio de su competencia para ordenar dicho sistema, podía considerar legítimamente que la mejor forma de alcanzar los objetivos del mismo era, precisamente, mediante la imposición del requisito de la ausencia de ánimo de lucro para acceder al otorgamiento de los correspondientes conciertos.

Algún autor ha destacado que, pudiendo el Estado español acogerse a la doctrina sentada por la sentencia que acaba de citarse, ha decidido no hacerlo, toda vez que la legislación básica en materia de contratación pública ha incorporado únicamente la preferencia descrita con anterioridad (esto es, la prevista en la disposición adicional sexta de la LCSP, con la que coincide la Ley 12/07).<sup>35</sup> Ello cerraría el paso a posibles normas autonómicas que quisieran llegar a excluir de la contratación de servicios sociales a las entidades con ánimo de lucro. Sin embargo, la cuestión no parece cerrada, puesto que el reciente Informe JA 17/08, anteriormente citado, llega a una conclusión distinta:

“Nada impide que la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante norma con rango legal, reserve determinados contratos en el ámbito de los servicios sociales a instituciones de iniciativa social siempre que la finalidad sea una mejor prestación de los fines públicos y se articule una adecuada concurrencia entre esas entidades de iniciativa (social)” (conclusión III, p. 10).

Con todo, utilizando una cierta línea correctora o moderadora de su conclusión principal, el propio Informe JA 17/08 (p. 9) advierte que:

“En todo caso, parece que, de regularse esta modalidad se prevea que el importe de los contratos no supere determinado umbral a efectos de evitar una indeseable distorsión de la competencia (...)”

Para finalizar con este trabajo, apuntaré que no solamente en el escenario descrito (pretensión de conseguir contratos públicos de equipamientos y servicios sociales) se están poniendo de manifiesto situaciones de contraposición de intereses entre las EIS y las EIM. Estas últimas reprochan, ya con cierta frecuencia, a las

---

beneficios en finalidades de atención social”. Son muchas las dudas que genera esta última previsión: ¿de los conseguidos a través del contrato o a través de otras fuentes?, ¿de todos o de parte de los que consigue la empresa?, ¿qué se entiende exactamente por inversión en finalidades de atención social? En otro orden de cosas, el SEC 1514 admite –aunque cautelosamente– que, si resulta objetivamente justificado por el tipo de servicio social de que se trate, puedan exigirse del contratista perfiles determinados (por ejemplo, ser operador de carácter local) que coadyuven a prestar un servicio más adecuado al usuario, p.10 y 11.

35. VILLAR ROJAS, en su trabajo citado en la nota 18.



primeras –y ante los órganos de defensa de la competencia–<sup>36</sup> que las EIS compiten en el mercado de servicios sociales o sociosanitarios, mediante percepción de contraprestación satisfecha por los usuarios de dichos servicios, prevaliéndose de las ventajas que obtienen en el sistema como tales EIS. Sin embargo, no es posible, en este momento, abordar el análisis de esta relevante y última cuestión, que, forzosamente, deberemos posponer para otro trabajo sobre la misma materia. ■

---

36. *Vid.*, por ejemplo, *Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia*, de 26 de julio de 1995 (Expte. R 123/95); 29 de enero de 1997 (Expte. R 179/96); 24 de abril de 1997 (Expte. R 192/96), o 14 de febrero de 2000 (Expte. R 383/99).