

INFORME¹

El concierto social para la prestación de los servicios sociales: Crónica de su reconducción a la legislación de contratos

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales (LSSA), contempla, como fórmulas para la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, los de “gestión directa, régimen de concierto social previsto en esta ley y gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público” (artículo 100.1).

Claramente, es el concierto social la figura que destaca en la enumeración precedente. En efecto, vigente en el momento de la aprobación de la LSSA el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y hoy ya derogado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), los términos del artículo 100.1 LSSA sugieren el propósito de regular, de forma novedosa en nuestra Comunidad Autónoma, un modo de prestación indirecta de los servicios sociales al margen de la legislación de contratos. De este modo, Andalucía se sumaba a otras Comunidades Autónomas que ya habían previsto el concierto social como modalidad diferenciada del concierto regulado en el TRLCSP o, más abiertamente, como un instrumento no contractual².

¹ Esta sección ha sido elaborada por MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO, Catedrática de Derecho Administrativo, Centro de Investigación en Patrimonio Histórico, Cultural y Natural, Universidad de Huelva.

² Así, País Vasco (Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales), Castilla y León (Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales), Islas Baleares (Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 10/2013, de 23 de diciembre), Murcia (Ley 3/2003, de 10 de abril del Sistema de Servicios Sociales, tras la modificación llevada a cabo por el Decreto-Ley 2/2015, de 6 de agosto), Aragón (Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales, tras la modificación llevada a cabo por el Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario), Cataluña (Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública), Galicia (Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales, tras la modificación efectuada por la Ley 8/2016, de 8 de julio), Comunidad Valenciana (Ley 5/1997, de 25 de junio, de la Generalitat, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana, tras la modificación llevada a cabo por la Ley

Pues bien, tras la entrada en vigor de la LCSP, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ha procedido al desarrollo reglamentario de la figura que nos ocupa mediante el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales³ (BOJA núm. 39, de 23 de febrero de 2018) y que caracteriza el concierto social como un contrato administrativo especial. Si la intención del legislador fue escapar de la legislación de contratos, poco ha durado la huída.

En este informe examinaremos cómo se ha producido el giro que evidencia el Decreto. Previamente prestaremos atención a algunos elementos que permiten sostener la intención de soslayar la aplicación de la legislación básica de contratos del sector público.

II. APUNTES DE FUGA DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El primer elemento que induce a considerar el propósito de huir de la legislación de contratos es la propia LSSA, que define el concierto social como “el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos”⁴ (artículo 101.1). Según señalé al comienzo, el artículo 100.1 LSSA lo caracteriza como una fórmula distinta de la gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público. En la misma línea, el artículo 101.3 expresa que “[e]l concierto social se establece como una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público, siendo necesario establecer condiciones especiales, dadas las especificidades de los servicios sociales debiendo cumplir los

13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat) y Navarra (Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales). En cambio, la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias ha encuadrado el concierto social en el ámbito de la legislación de contratos (artículo 44.1 de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, modificado por el artículo único.1 de la Ley 9/2015, de 20 de marzo).

³ La remisión al reglamento se contiene en el artículo 101.4 LSSA: “Reglamentariamente se establecerán los aspectos y criterios a los cuales han de someterse los conciertos sociales, que contemplarán siempre los principios recogidos en la presente ley. Estos aspectos y criterios se referirán al cumplimiento de los requisitos previstos, a la tramitación de la solicitud, a la formalización, condiciones de actuación de las entidades concertadas, a la vigencia o la duración máxima del concierto y sus causas de extinción, a las condiciones para su renovación o su modificación, a las obligaciones de las entidades que presten el servicio concertado y de la Administración Pública otorgante del concierto social, a la sumisión del concierto al derecho administrativo, y otras condiciones necesarias en el marco de lo previsto en la presente ley”.

⁴ Obviamente, la financiación, acceso y control públicos se predicen de la prestación de los servicios sociales, no de las entidades. Contrasta con esta defectuosa redacción, por ejemplo, la del artículo 44bis.2 de la Ley de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias 9/2015, de 20 de marzo, de Servicios Sociales, añadido por el artículo único.2 de la Ley 9/2015, de 20 de marzo.

principios informadores de la normativa europea en materia de concertación”. Con mayor rotundidad dispone el artículo 108 que “[c]uando por la naturaleza o por el carácter del tipo de prestación de servicios sociales, de responsabilidad pública, que se pretende concertar con la iniciativa privada no sea de aplicación motivada el régimen de concierto social previsto en la presente ley, se podrá recurrir a la gestión indirecta prevista en la legislación general de contratación del sector público”. A mi juicio, el segundo párrafo del artículo 101⁵, contradictorio ciertamente con el primer párrafo del referido artículo⁶, revela también el propósito referido. Finalmente, tanto la Memoria Justificativa del Decreto como la Memoria Justificativa del Trámite de Audiencia parecen compartir esta interpretación de lo querido por la LSSA, pues ambas subrayan que la Ley ha regulado el concierto social “sin por ello interferir en la competencia exclusiva del Estado para dictar la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas previstas en el artículo 149.1.18 de la Constitución”⁷.

La misma consideración del concierto social se encuentra en la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de Derecho y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. Su artículo 17.4 señala que “[l]a prestación del servicio de atención infantil temprana se podrá organizar a través de conciertos sociales, como modalidades

⁵ “Excepcionalmente, en ausencia de entidades de iniciativa social que cumplan las condiciones establecidas en esta ley, las administraciones públicas podrán concertar con entidades privadas con ánimo de lucro”.

⁶ Tras definir el concierto social, añade: “Las Administraciones Públicas de Andalucía con competencias en materia de servicios sociales, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, darán prioridad a las entidades de iniciativa social para la gestión de los servicios previstos en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía mediante el régimen de concierto social”. El Informe del Gabinete Jurídico sobre el Proyecto de Decreto salva la contradicción interpretando que “la prioridad establecida en el apartado segundo del artículo 101 de la Ley exigirá, en cualquier caso, para su efectividad, que las solicitudes concurrentes o entre las que se estableciera la comparación, presentaran análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social”. Con todo, lo cierto es que se ha destacado que solo en ausencia de entidades de iniciativa social se podría concertar con entidades privadas con ánimo de lucro [Vid. por ejemplo el Informe de Evaluación del impacto de género del Proyecto de Decreto por el que se regula la prestación de los servicios sociales a través de la figura del concierto social en la Comunidad Autónoma de Andalucía (https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/06/informe%20evaluaci%C3%B3n%20impacto%20g%C3%A9nero_0.pdf); el Informe de Valoración de las alegaciones presentadas en fase de audiencia e información pública, de 1 de septiembre de 2017 (https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/06/Informe%20valoraci%C3%B3n%20alegaciones%20en%20audiencia%20e%20inf%20pbca.pdf); y la Memoria Justificativa sobre la adecuación a los principios de buena regulación (https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/06/Memoria%20justificativa%20adecuaci%C3%B3n%20ppos%20buena%20regulaci%C3%B3n.pdf).

⁷ Respectivamente:
https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/06/memoria%20justificativa.pdf
https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/06/Memoria%20justificativa%20tr%C3%A1mite%20de%20audiencia.pdf

diferenciadas de las recogidas en la normativa de contratación del sector público, y conforme a lo establecido en el artículo 34 de esta ley”. A tenor del artículo 34.4, “[l]os servicios sociales destinados a las personas con discapacidad que sean prestados por la iniciativa privada podrán llevarse a cabo a través de conciertos sociales como modalidades diferenciadas de las recogidas en la normativa de contratación del sector público”.

En trance de dar cumplimiento al mandato de desarrollo reglamentario contenido en el artículo 101.4 LSSA, los trámites previos a la apertura del procedimiento de elaboración del Decreto también muestran evidencias de la consideración del concierto social como una figura situada extramuros de la legislación básica de contratos.

Así, destacan los siguientes datos básicos de la consulta pública⁸:

“Dado que los servicios sociales presentan per se, unas características y una naturaleza distinta a la contractual, pero siempre respetando sus principios inspiradores, se pretende evitar que la aplicación estricta de las actuales figuras contractuales, lleven a una prestación del servicio no acorde con las garantías y derechos reconocidos a la ciudadanía y en último extremo a la imposibilidad de prestación del servicio. La aplicación del régimen de contratación de servicios en la gestión de determinados servicios sociales pues, podría hacer que no se pudiera cumplir el deber de la Administración de posibilitar una atención integral, manteniendo el mejor nivel de autonomía personal y calidad de vida, tanto de la persona usuaria de los servicios como de su entorno socio-familiar, posibilitando, en la medida de lo posible, la permanencia de aquélla en su entorno habitual”.

También la Memoria Justificativa del Decreto apunta en la dirección de excluir la aplicación de la legislación de contratos. Como ya he señalado antes, subraya que la LSSA ha regulado el concierto social sin interferir en la competencia exclusiva del Estado para dictar la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas. Ahora interesa destacar también que argumenta que la Directiva 2014/24/UE impone

“solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato, asegurando que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de quienes provean los servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social”.

Y añade, transcribiendo literalmente el considerando 114 de la Directiva que

⁸ <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/participacion/normativa/consulta-previa/detalle/102861.html>

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

Por otra parte, la circunstancia de que se cumplimentase en términos negativos el Cuestionario de Evaluación para determinar la incidencia del proyecto en las actividades económicas, en la competencia efectiva y en la unidad de mercado, con la consecuencia de no recabar el preceptivo informe del artículo 3.i) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía⁹, es indicativa de cuanto venimos exponiendo¹⁰.

Puede considerarse también la Memoria Económica¹¹, en la que se lee que la relación entre “la Administración encargada de la gestión de los Servicios Sociales y las entidades que normalmente vienen colaborando con la misma (entidades de iniciativa social o privadas) [...] pasará de regularse por la normativa de contratos del sector público a hacerlo por la del concierto social”.

Por último, el borrador del Proyecto de Decreto sometido a información pública confirma cuanto se viene exponiendo. Por una parte, no mencionaba entre los títulos competenciales de la Comunidad Autónoma los correspondientes a contratos (primer apartado del artículo 47, número 4 del Estatuto de Autonomía; y segundo apartado del mismo artículo 47, número 3), como tampoco lo hace la LSSA. Por otra parte, la disposición transitoria primera parecía partir de la premisa de que accederían al concierto social las entidades que a la fecha de entrada en vigor del Decreto

⁹ https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/06/test%20evaluaci%C3%B3n%20competencia.pdf

¹⁰ Téngase en cuenta que el concierto social ya había suscitado la atención de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (Informe 09/14, sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Andalucía; e Informe 09/15, sobre el Anteproyecto de la Ley de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía). En este orden de cuestiones, la Memoria sobre el no establecimiento de restricciones ni a la libertad de establecimiento ni a la libre prestación de servicios partió de la base de que el Proyecto regulaba cuestiones organizativas y de gestión procedimental, de modo que concluyó que no se establecían restricciones (https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/06/memoria%20no%20restricciones.pdf).

¹¹ https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/06/Memoria%20Econ%C3%B3mica_0.pdf

fueran parte de un convenio o un contrato¹². Finalmente, preveía la aplicación supletoria de la normativa en materia de contratación pública (excepto el régimen de recursos, regido por la normativa general del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas), tanto para lo no previsto en el Decreto como para resolver dudas o lagunas (disposición final primera).

III. LA SUJECCIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL A LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Si el borrador del Proyecto de Decreto sometido a información pública se refería al concierto social como “una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público”, el enviado para Dictamen del Consejo Consultivo, en cambio, lo configura como “un contrato administrativo especial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014” (artículo 1.3). Esta caracterización, como sabemos, es la que finalmente ha prevalecido en el texto finalmente aprobado (artículo 1.3).

Pues bien, la modificación experimentada entre uno y otro texto trae causa del Informe del Gabinete Jurídico al Proyecto de Decreto, respecto del cual bien puede decirse que “a la tercera va la vencida”¹³.

¹² Así lo indica el Informe del Gabinete Jurídico:

https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/06/Informe%20Gabinete%20Jur%C3%ADdico_1.pdf (firma el informe Antonio Lamela Cabrera).

El tenor literal de la disposición (Renovación de los conciertos actuales) era el siguiente:

1. Los convenios o contratos entre la entidad pública concertante y las entidades prestadoras de servicios sociales, que se encuentren vigentes a la fecha de entrada en vigor del presente decreto, se mantendrán vigentes hasta el primer acceso al régimen de concierto social, al objeto de que las entidades se adecuen al marco normativo previsto, de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias y en un plazo máximo de dos años.

2. Esta previsión deberá ser comunicada por la entidad pública concertante a cada una de las entidades, indicándoles expresamente que el régimen jurídico aplicable durante este período y hasta el primer acceso al régimen del concierto social, será el del contrato o convenio del que trae causa.

3. La concesión del primer régimen del concierto social supondrá la extinción del concierto a que se refiere el apartado 1 de esta disposición.

¹³ En el citado informe se indica que con anterioridad, en los informes SSPI0017/2015 y SSPI0039/2015, evacuados respecto del Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales, se había advertido que no había en el texto informado “característica alguna del aludido concierto social que lo distinga sustantivamente del regulado en la normativa contractual estatal, sin que tampoco se confirmen sus diferencias respecto al contrato de concesión introducido en la Directiva 2014/23”, concluyéndose que “no cabría contemplar el concierto social como ajeno a la normativa de contratación pública, por no constatarse su

El informe, en efecto, plantea de inmediato la cuestión de la sujeción a la legislación básica de contratos, desde la premisa de que no se aprecia ni en la LSSA ni en el borrador “que el concierto social se haya configurado como una relación jurídica que no reúna las notas definitorias de todo contrato”. Tal premisa obliga, lógicamente, a salvar la dificultad que entrañan los términos literales del artículo 101.3 LSSA, a cuyo efecto, con cita del Dictamen 39/2015, de 27 de diciembre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, se subraya que se trata de una “terminología que puede considerarse ambigua”.

Seguidamente se efectúa una sucinta referencia a la legislación de otras Comunidades Autónomas que con anterioridad han abordado la figura del concierto social con la misma orientación que la andaluza. El informe destaca que el Estado no ha impugnado las normas autonómicas y llama la atención sobre el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado en relación con el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública¹⁴. En concreto, extrae del Acuerdo el criterio interpretativo consistente “en la salvaguarda de la necesaria compatibilidad entre la normativa autonómica [...] y la legislación básica estatal contractual”.

A continuación, se repasa el marco normativo europeo y español de la contratación del sector público, poniendo el acento en las dudas e incertidumbres que suscita en esta materia la LCSP, en particular a la vista tanto del Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, citado, como de la propia tramitación parlamentaria de la Ley.

Por lo que respecta al marco europeo, el informe

“recomienda que en el Decreto proyectado se prevea la obligada aplicación de las Directivas y de los principios comunitarios en las condiciones expuestas para cuando el concierto social que pretendiera establecerse quedara incluido en su ámbito de aplicación o en el del TFUE, respectivamente”.

Desde la perspectiva de la LCSP, el informe considera que

“[...] la falta de claridad de la norma debe llevar a la interpretación más prudente, según la cual, los contratos de servicios sociales estarían sometidos, no sólo

no sujeción a la misma, debiendo por ello suprimirse el régimen singular previsto para esta institución” (fragmentos del informe SSPI0039/2015, reproducidos en el informe SSPI0055/17, sobre el borrador de Proyecto de Decreto sometido a información pública).

¹⁴ Publicado mediante Resolución de 14 de marzo de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales (BOE 73, de 14 de mayo de 2017).

a las Directivas y principios comunitarios en las condiciones antes expuestas, sino también a la LCSP, aun teniendo en cuenta también las normas especiales que ésta prevé para dichas figuras, y ello resultando indiferente el nomen iuris que el legislador autonómico empleara para identificar estos contratos, si es que responden al concepto delimitado como tal en la norma estatal [...]”¹⁵.

En consecuencia, recomienda

“desarrollar en el Decreto proyectado el régimen jurídico de concierto social aplicando las reglas de aquella [la LCSP] que correspondan, según su objeto estuviera o no comprendido en su Anexo IV, y lógicamente [...] salvo que consista en una relación jurídica cuyas características no respondan a las propias de un contrato”.

Así las cosas, el Informe de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de 24 de noviembre de 2017, de Valoración del Informe del Gabinete Jurídico, aceptó la reconducción del concierto social a la figura del contrato¹⁶.

La fórmula elegida al efecto es la del contrato administrativo especial. En un documento de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales se explica que la expresión de la disposición adicional 49 LCSP “articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”, permite “un amplio abanico de posibilidades”, entre las que se encuentran “los contratos no típicos”. Al efecto, se razona que

“la LCSP es una norma que se orienta a unos determinados tipos contractuales (obras, suministros, servicios, concesión) la dedicación que presta a los restantes negocios bilaterales es puramente residual, lo mínimo para remitirlos a sus propias normas reguladoras, más allá de la afirmación de la aplicabilidad de los principios que inspiran la propia LCSP a todo tipo de contratos o convenios. Por consiguiente, no es en absoluto irracional pensar que esta Adicional se refiera -también- a la posibilidad

¹⁵ Destacan los dos siguientes párrafos:

“Esta conclusión la alcanzamos tomando muy en consideración que no constan aquellas razones por las que, a través de la aplicación de las normas de contratación, europeas y estatales, no fuera posible lograr la regular adjudicación de las prestaciones de servicios sociales susceptibles de ser objeto de lo que se denomina como concierto social, de manera que se atribuyeran al operador capaz de prestar el servicio originando <<el menor coste para la colectividad>> (apartado 65 de la Comunicación de la Comisión de 2006) y de la forma más idónea para satisfacer los intereses generales y de los colectivos destinatarios presentes en esa materia, todo ello en adecuado equilibrio con los principios de transparencia e igualdad de trato.

Precisamente, si el legislador estatal ha establecido reglas especiales para los contratos de servicios sociales, será porque ha considerado que a través de la fórmula contractual es posible atender satisfactoriamente los fines propios de este ámbito de actuación pública”.

¹⁶ https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/06/Informe%20valoraci%C3%B3n%20del%20Informe%20Gabinete%20jur%C3%ADdico.pdf.

que tienen las CCAA de aprobar leyes reguladoras de contratos administrativos no típicos a través de normas sectoriales de servicios sociales”¹⁷.

En consecuencia, se recabó informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa¹⁸. El Informe, aprobado en sesión de 5 de diciembre de 2017, contiene una precisión que merece ser destacada:

“Ahora bien, el que el concierto social sea una <<modalidad diferenciada de la del concierto general recogido en la norma general de contratos del sector público>> no impide, tal y como se establece en el artículo 100.1 de la Ley de Andalucía 9/2016, gestionar los servicios sociales en el marco de la normativa de contratación del sector público y esta es la opción que en Andalucía se ha elegido al considerar, en el proyecto de Decreto objeto de informe, al concierto social como contrato administrativo especial”.

En mi opinión, la argumentación de la Consejería de la que he dado cuenta antes y esta precisión de la Comisión Consultiva evidencian que, si antes del Informe del Gabinete Jurídico había que justificar el diseño del concierto social al margen de la legislación de contratos del sector público, tal y como la LSSA había predeterminado, después del citado informe los esfuerzos se dirigen a justificar la finta que supone la sujeción a dicha legislación dejando a salvo simultáneamente la literalidad de la Ley. Por eso, con escasa coherencia, se afirma, por una parte, que un contrato administrativo no típico encuentra amparo en la posibilidad que enuncia la LCSP de articular instrumentos no contractuales (Consejería de Igualdad y Políticas Sociales)

¹⁷ El documento añade: “En este escenario, conocemos que la normativa (legislación sectorial) de servicios públicos crea y regula una figura que no es un contrato de servicios, pero que -como indica el Decreto en tramitación- se asienta en el esquema contractual por el que la Administración crea una relación jurídica de subordinación, ostentando una posición de autotutela en ejercicio de su imperium y las correspondientes prerrogativas. Al regularse esta figura directamente por su normativa propia, se incardina en el concepto de “contrato administrativo especial; ello ofrece una figura jurídica que cuenta con una regulación ad hoc, lo que garantiza la satisfacción de las concretas necesidades públicas de este sector, pero al tiempo, también permite contar con la normativa reguladora de la contratación pública como red de cobertura ante posibles lagunas de la normativa sectorial, a la vez que permite desarrollar el concierto social sobre esquemas harto conocidos y -por consiguiente- dotados de la mayor seguridad jurídica, asegurando así la publicidad y concurrencia, la objetividad en la adjudicación y empleo de fondos públicos y la satisfacción del interés general a partir del empleo de las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución del contrato”. No hemos tenido acceso al documento original. La cita procede del Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa:

https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/17/06/Informe%20Com%20Cons%20Contrataci%C3%B3n%20Admva.pdf.

¹⁸ El Informe del Gabinete Jurídico insistió en la necesidad de recabar este informe, incluso si a la postre se optaba por interpretar que la Comunidad Autónoma puede orillar la normativa sobre contratación pública. Y ello por dos razones: la primera, por “la propia dificultad que genera esta cuestión”; la segunda, por el carácter supletorio que el borrador atribuía a la legislación estatal.

y, por otro, se da a entender que el concierto social que se regula no es el concierto social que menciona el artículo 100.1 LSSA sino una forma de gestión en el marco de la normativa de contratación del sector público.

Finalmente, el Consejo Consultivo (Dictamen 58/2018, de 7 de febrero¹⁹) puso también el acento en la compatibilidad de la fórmula del contrato administrativo especial con la configuración del concierto social que luce en la LSSA, advirtiendo que la eventual contradicción “[s]implemente puede poner de relieve que determinadas categorías doctrinales no se han empleado con puridad y rigor”. Para el Consejo,

“la calificación contenida en el Proyecto de Decreto no desvirtúa la finalidad esencial perseguida por la regulación de la Ley 9/2006, pues la conceptualización del concierto social como contrato administrativo especial no empaña la visión de las singularidades propias de esta figura ni anula la necesidad de configurar un régimen jurídico ad hoc, sino que reconduce la disciplina del concierto social a una categoría conocida, con perfiles propios, en el seno de la cual pueda satisfacerse los requerimientos que llevaron a concebir el concierto social como una <modalidad diferenciada>> de las recogidas en la normativa de contratos del sector público.

Más allá del nomen iuris empleado por el legislador, volvemos a insistir en que la clave para dilucidar esta cuestión está en la verdadera naturaleza del concierto social. La inaplicación de la normativa de la LCSP no está justificada por la simple voluntad del legislador autonómico, y menos aún si el concierto social objeto de regulación responde, por naturaleza, a un auténtico contrato que no haya sido excluido como tal de la LCSP por el legislador básico, y no lo ha sido, pues lo que la LCSP indica es que sólo deja de aplicarse a las prestaciones de servicios que no se instrumentan por vía contractual”.

IV. CONCLUSIONES

El Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, caracteriza la figura como un contrato administrativo especial, lo que contribuye a clarificar su sujeción a la legislación de contratos del sector público. El Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía recabado en el procedimiento de elaboración de la norma ha resultado, sin duda, decisivo a tal efecto, como también lo ha sido el Dictamen del Consejo Consultivo.

Como consecuencia de ello, en la disposición finalmente aprobada se han corregido extremos que figuraban en el borrador de Proyecto de Decreto sometido a información pública y cuyo ajuste con la legislación de contratos del sector público

¹⁹ Ponentes: Juan Gorelli Hernández y José Luis Martín Moreno.

era más que dudoso o, cuando menos, no eran plenamente correctos o adecuados²⁰. En el Informe del Gabinete Jurídico se incluyen orientaciones valiosas para sortear la literalidad de la LSSA, fielmente reproducida en el citado borrador y causa de algunas de las objeciones suscitadas²¹.

²⁰ Por ejemplo, en se sustituyen las expresiones relativas al establecimiento de conciertos por otras relativas a la convocatoria y adjudicación de conciertos (entre otros, *vid.* los artículos 5 y 12). En el artículo 8 se cambia la alusión a “entidades solicitantes” y se incluye la referencia a “entidades licitadoras”. En el artículo 11, en lugar de las prohibiciones para concertar, se regulan las prohibiciones para contratar. En el artículo 16.2 se incorporan a la comisión de valoración un representante del órgano encargado del asesoramiento jurídico de la Administración o entidad concertante y un representante de la respectiva intervención, en sintonía con la LCSP.

En otro orden de cuestiones, se ha matizado el requisito de acceso al régimen del concierto social consistente en acreditar la presencia en la zona en la que se vaya a prestar el servicio (artículo 8.1.b). Este requisito lo exige el artículo 105.1.b) LSSA y fue objeto de atención en el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, publicado por Resolución de 26 de octubre de 2017, de la Secretaría General de Coordinación Territorial (BOE 273, de 10 de noviembre de 2017). En el acuerdo se estipuló que “[l]a «presencia previa» se entiende en su sentido más literal como mera existencia, real o hipotética, de la entidad en el área territorial en su sentido más amplio, es decir, no supone una implantación funcional o prestación efectiva del servicio objeto de prestación como requisito previo de acceso al concierto social. No implica exigir una experiencia prestadora de servicio social de forma necesaria, ni siquiera que haya estado operando en el momento de acceder al concierto”; añadiéndose que “[d]e la misma manera, la «zona» es un concepto genérico sin significado técnico preciso, por lo que no se entiende como zona acotada específica que pueda significar una restricción territorial”. El Informe del Gabinete Jurídico recordó lo establecido en el acuerdo y finalmente el artículo 8.1.b expresa, tras la observación efectuada por el Consejo Consultivo, que “[e]llo no implicará acreditar la implantación funcional o prestación efectiva del servicio objeto de prestación en dicha área”.

²¹ Así, se suprime la mención de que se podría concertar con el resto de entidades privadas con ánimo de lucro solo en ausencia de entidades de la iniciativa social, entidades de la economía social, cooperativas y pequeñas y medianas empresas (se establecía la preferencia de las entidades de iniciativa social sobre las entidades de economía social, cooperativas y PYMES; y en defecto de las primeras, la preferencia de éstas por el orden referido). Como ya indiqué, el Informe del Gabinete Jurídico interpretó que “la prioridad establecida en el apartado segundo del artículo 101 de la Ley exigirá, en cualquier caso, para su efectividad, que las solicitudes concurrentes o entre las que se estableciera la comparación, presentaran análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social”. La dicción literal del precepto es, finalmente, la siguiente: “En análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, y en ausencia de las anteriores, las Administraciones Públicas podrán contratar con el resto de entidades privadas con ánimo de lucro”; como se aprecia, la redacción no termina de ser clara y precisa, a mi juicio con la intención de guardar una mínima correspondencia con lo establecido en el artículo 101.2 LSSA.

Por último, se han incluido menciones que resultan obligadas a la luz de la caracterización del concierto social como un contrato administrativo especial y tras la aprobación de la LCSP²². Y, por las mismas razones, se han omitido otras²³.

²² Por ejemplo, la publicación en el perfil del contratante de los anuncios de licitación para la adjudicación y de formalización del concierto y de la resolución de adjudicación del concierto social (artículos 3.1.i y 20). O la mención expresa en el artículo 7 de que el régimen jurídico del concierto social se ajustará a la LCSP. También los añadidos que experimentan los artículos 12 y ss., que regulan la adjudicación del concierto social. Además, en distintos artículos se incluye la referencia a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

²³ Por ejemplo, el artículo 7 ya no remite el régimen de recursos a la normativa general del procedimiento administrativo común. También se ha suprimido la disposición final que establecía la aplicación supletoria de la normativa en materia de contratación pública.