



Expediente 52/18.

Contratos de servicios sociales.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Marmolejo ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Este Ayuntamiento está tramitando expediente para asumir competencias en Servicios Sociales y poner en marcha unas instalaciones municipales que se construyeron para ser un Centro de día de la 3ª edad. Como forma de gestión se opta por la gestión indirecta y acudimos a la nueva Ley de contratos, entendiendo que es procedente llevar a cabo un contrato de concesión de servicios.

Existen en su articulado preceptos que generan a los servicios jurídicos dudas interpretativas que trasladan a esta Alcaldía para que, a su vez, sean planteadas a ese órgano de consulta en materia de contratación pública, Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, al objeto de obtener un criterio de interés general que nos permita actuar con la mayor seguridad y precisión jurídica.

Por ello, de conformidad con el artículo 328 de 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 (LCSP) y el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, vengo en formular la siguiente consulta:

(...) 1º.- ¿Se debe entender que la prestación del servicio de estancia diurna está dentro de las políticas sociales?

2º.- Si entendemos que sí, ¿para su gestión por una entidad privada, empresa, fundación o cualquier otra, es necesario acudir a un contrato público o por el contrario



es posible la realización de otra fórmula?

3º.- Para el caso de que deba realizarse un contrato de concesión de servicios, debemos entender que estamos ante un servicio susceptible de explotación económica?

4º.- Para el caso de resultar exigible la concesión de servicios, ¿es posible a la hora de fijar criterios de adjudicación aplicar preferencias sobre entidades, fundaciones etc, que tengan dentro de su objeto la prestación de servicios de naturaleza análoga.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Ayuntamiento de Marmolejo se dirige a esta Junta Consultiva para plantear una serie de cuestiones relativas a la prestación de un contrato de servicio de estancia diurna. En concreto, el consultante pregunta si este tipo de servicio debería considerarse como una política social; si debería prestarse a través de un contrato público o bien cabría la utilización de otras fórmulas; si en el caso de prestarse mediante una concesión de servicios se debería considerar como una actividad susceptible de explotación económica y, en el mismo supuesto, si podrían aplicarse preferencias a favor de entidades que tengan dentro de su objeto la prestación de servicios de naturaleza análoga.

2. Como primera consideración cabe recordar que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sólo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de LCSP, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de



contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, por ejemplo, en su informe de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados o el informe preceptivo de los pliegos. Por tanto, el informe de la Junta se pronunciará declarando los criterios de aplicación general en relación con las cuestiones sometidas a consulta.

3. La primera de las cuestiones que plantea el Ayuntamiento de Marmolejo es si se debe entender que la prestación del servicio de estancia diurna está dentro de las políticas sociales.

Resulta impreciso, a nuestro juicio, que el tenor literal de la consulta aluda al término “*políticas sociales*”, porque es este un término al que no se refieren ni la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ni la Directiva 2014/24/UE. Desde luego no es competencia de esta Junta Consultiva determinar qué debe entenderse como una política social, sino que nuestra atribución se ciñe a la interpretación de la normativa de contratación pública, tanto nacional como internacional. Es esta, por tanto, una cuestión que alcanza más allá de nuestra competencia.

Dicho lo anterior, no obstante, la Ley 9/2017 sí que contiene referencias a los denominados servicios sociales. Así, por ejemplo, en el Preámbulo de la norma; en el artículo 11.6 (que excluye de la LCSP la prestación de servicios sociales por entidades privadas realizada sin necesidad de celebrar contratos públicos); en el artículo 22 (que establece umbrales específicos de sujeción a la regulación



armonizada); en el artículo 107 (posible exención de la constitución de la garantía definitiva); en el 145 (para exigir criterios dependientes de un juicio de valor en ciertos casos); en el 167 (aplicación del procedimiento negociado) o en el propio Anexo IV, relativo a los servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1.C), 135.5 y la disposición adicional trigésima sexta, que recoge los servicios sociales y de salud y servicios conexos, los servicios administrativos sociales, educativos, sanitarios y culturales, los servicios de prestaciones sociales o bien otros servicios comunitarios, sociales y personales, incluidos los servicios prestados por sindicatos, organizaciones políticas, asociaciones juveniles y otros servicios prestados por asociaciones. Finalmente, el Anexo VI, relativo a los códigos CPV de los servicios y suministros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, relativa a los contratos reservados, también hace también referencia a los servicios sociales.

De las referencias mencionadas podemos deducir que el legislador alude a los servicios sociales bajo una perspectiva amplia, incluyendo aquellos servicios que tienen por finalidad ofrecer prestaciones que mejoran la situación de personas o grupos de personas que necesitan atenciones particulares ofrecidas por las entidades públicas competentes. Bajo esta perspectiva amplia no cabe duda de que el servicio de atención diurna de personas de la tercera edad, a pesar de no estar recogido expresamente en la Ley 9/2017, sí puede encuadrarse de forma genérica dentro de los servicios de carácter social a que alude repetidamente la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y, por lo tanto, es posible aplicarles todas las diversas reglas que la Ley 9/2017 contiene.

4. La segunda cuestión que se nos plantea nos inquiere si para gestionar el servicio de estancia diurna por una entidad privada es necesario acudir a un contrato público o, por el contrario, es posible la realización de otra fórmula.

Para responder a esta pregunta debemos acudir a la Directiva 2014/24/UE cuyo Considerando 114 se refiere a esta cuestión al indicar lo siguiente:



“Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. [...] Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”

La Directiva nos recuerda que los Estados miembros y los poderes públicos tienen libertad a la hora de prestar ese tipo de servicios por sí mismos, a través de una gestión directa, o bien de forma indirecta pero sin necesidad de celebrar contratos públicos, precisamente por el limitado interés transnacional que este tipo de servicios tienen en muchas ocasiones. El contenido de la Directiva tiene su propio reflejo en la Ley 9/2017. En concreto, el artículo 11, apartado 6, ya mencionado anteriormente, reza del siguiente modo:

“Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”



De la redacción de este precepto podemos concluir que no existe ninguna obligación legal de acudir a un contrato público para gestionar este tipo de servicios, siendo posible utilizar otro tipo de fórmulas como, por ejemplo, las enumeradas sin ánimo de ser exhaustivo en el artículo 11.6 de la Ley, siempre que se cumplan los requisitos que este precepto prevé.

Profundizando aún más en nuestro análisis podemos señalar también que, incluso en el caso de elegir la contratación pública como forma de gestión indirecta del servicio, también es posible escoger entre varias posibilidades, no siendo forzoso decantarse por la concesión de servicios. Resulta posible, por ejemplo, acudir a la fórmula del contrato de servicios con prestaciones directas a favor de la ciudadanía, dependiendo de la fórmula de transmisión de riesgos al contratista que se haya adoptado.

5. Como siguiente cuestión se nos plantea si en el caso de que se tome la opción de celebrar un contrato de concesión de servicios se debe entender que se trata de un servicio susceptible de explotación económica.

En relación con esta cuestión podemos recordar que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece, entre los requisitos esenciales que han de cumplirse para poder considerar que estamos en presencia de una verdadera concesión de servicios, junto a la correcta transmisión del riesgo operacional, la condición de que el servicio que se pretende prestar sea susceptible de explotación económica:

“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad



inherente a los poderes públicos.” (Artículo 284)

La Ley 9/2017 no define el concepto de “*servicio susceptible de explotación económica*” dado que no se trata de un concepto exclusivo de la contratación pública. Se trata de un concepto meramente descriptivo que se opone a aquellos servicios que se prestan sin contraprestación económica y sin esperanza de beneficio. La Administración titular del servicio será la responsable de determinar, a través del correspondiente estudio económico, si uno u otro servicio son susceptibles de explotación económica. En el presente supuesto, sin perjuicio de la necesidad de conocer íntegramente la documentación contractual para poder pronunciarse, nada apunta a que el servicio que se presta no pueda ser susceptible de explotación económica.

6. En último lugar el texto de la consulta plantea la cuestión de si resulta posible al fijar criterios de adjudicación establecer preferencias sobre entidades que tengan dentro de su objeto la prestación de servicios de naturaleza análoga. La consulta se circunscribe al caso de resultar necesaria la concesión de servicios, cuestión que ya hemos contestado negativamente. En efecto, constituye una potestad de la entidad pública titular del servicio elegir si lo presta de forma directa o indirecta, fórmula esta última que incluye, entre otras, a la concesión de servicios. Por lo tanto queda claro que el contrato de concesión de servicios no puede resultar imperioso e inexcusable sino que, como hemos reiterado, es una de las alternativas que puede elegir la Administración titular del servicio para prestarlo.

Sentado lo anterior, y por lo que atañe a la posibilidad de establecer preferencias en los criterios de adjudicación a favor de entidades que tengan dentro de su objeto social la prestación de servicios de naturaleza análoga, es necesario enfatizar que el artículo 66.1 de la Ley 9/2017, dedicado a la aptitud para contratar con el sector público de las personas jurídicas, resuelve de manera indubitada la presente cuestión cuando declara:



“Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.”

De esta forma, la condición antes aludida es un requisito subjetivo para contratar con la Administración o, si se prefiere, una condición de aptitud de la persona jurídica. Como tal, ha de concurrir de modo necesario para poder participar en la licitación del contrato y no puede constituir un mérito a valorar dentro de los criterios de adjudicación que, por otro lado, deben obligatoriamente definirse conforme a la regulación contenida en los artículos 145 a 148 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

CONCLUSIONES

- La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado no es competente para determinar si la prestación de un determinado servicio se incluye de las políticas sociales.
- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público contiene diferentes referencias a los contratos de servicios sociales entre los que sí puede incluirse el de atención diurna a la tercera edad mediante un centro específico acondicionado para ello.
- Para la prestación de servicios sociales por parte de una entidad privada no es necesario acudir a un contrato público. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en consonancia con la normativa comunitaria, permite a la Administración titular del servicio optar por



diversas formulas entre las que se encuentra la prestación directa o indirecta y, dentro de esta última, mediante la concesión, siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos, o el contrato de servicios.

- Estrictamente la Junta Consultiva tampoco es competente para determinar si un determinado servicio es susceptible de explotación económica. Esta responsabilidad recae sobre el órgano que pretenda realizar un contrato de concesión de servicios. Esto no obstante, al ser este un concepto no exclusivo de la contratación pública en un caso como el plantado no se observa ninguna razón para pensar que el servicio descrito no sea susceptible de explotación económica.
- La condición de incluir dentro del objeto social de licitador la prestación de servicios de naturaleza análoga al que se consulta no puede considerarse como un criterio de adjudicación sino una condición de aptitud para contratar.