

## **EL CONCIERTO SOCIAL COMO FÓRMULA PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES**

Tomás Navalpotro Ballesteros (Letrado de la Comunidad de Madrid)<sup>1</sup>

En enero de 2023 se ha producido la entrada en vigor de la Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (en adelante, LSSCM), publicada en el BOCM nº 304, de 22 de diciembre de 2022. Entre las novedades que depara el nuevo texto frente a su precursora Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, una de las principales, destacada doblemente en su Exposición de Motivos (apartados IV y V), consiste en la introducción del concierto social como fórmula de colaboración con las entidades privadas al objeto de la prestación de los servicios sociales.

Como punto de partida, la nueva norma se mantiene fiel al esquema conceptual clásico en la prestación de servicios públicos al distinguir, frente al sistema de gestión directa de los servicios sociales mediante recursos profesionales y financieros propios de las Administraciones Públicas competentes (art. 69), la gestión indirecta (art. 71). Lo novedoso reside en que esta última modalidad podrá instrumentarse, bien a través de los procedimientos de contratación del sector público, bien por medio del sistema de conciertos con entidades privadas. El capítulo II del título V de la nueva ley, comprensivo de sus artículos 72 a 76, sienta las bases de esta última fórmula de provisión de los servicios sociales.

El artículo 73, al esbozar una definición de la figura, incide en su carácter de instrumento no contractual. Aunque muchas veces desconocida, la posibilidad de ejecutar prestaciones propias de los servicios sociales por encargo de las Administraciones Públicas al margen de las fórmulas de contratación pública no constituye, en principio, una anormalidad.

---

<sup>1</sup> En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid.

Efectivamente, el aspecto al que nos referimos viene destacado en la exposición de motivos (apartado IV) 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 (LCSP). En dicho texto legal queda reseñada la libertad de los poderes públicos para prestar por sí mismos los conocidos como «servicios a las personas», entre los que se incluyen –se dice- ciertos servicios sociales, u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos. Conforme a esta idea, el artículo 11.6 de la misma LCSP incluye a los servicios sociales prestados por entidades privadas entre los negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación, *“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”*.

En este punto, el texto legal no viene sino a recoger, en términos prácticamente literales, lo señalado en la parte final del considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. En él se apela como justificación de este trato especial al limitado interés transfronterizo de los conocidos como «servicios a las personas», categoría en la que encuentran acomodo ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, que –según se expone en la norma comunitaria- son prestados en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro debido a las diferentes tradiciones culturales. Ello se refleja tanto en un régimen específico de los contratos públicos relativos a tales servicios como en la comentada posibilidad de prestar los servicios sociales mediante cauces distintos –y paralelos- a la contratación pública<sup>2</sup>.

Complementariamente, la disposición adicional cuadragésima novena de la LCSP, bajo la rúbrica «Legislación de las Comunidades Autónomas relativa a

---

<sup>2</sup> Las singularidades de la normativa de contratación pública en lo concerniente a los servicios sociales es objeto de un detallado análisis en BERNAL BLAY, M. ÁNGEL, «La contratación de los servicios a las personas», en GAMERO CASADO, EDUARDO y GALLEGÓ CÓRCOLES, ISABEL, «Tratado de Contratos del Sector Público», Tirant lo Blanch, 2018, págs. 2841 a 2873.

instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social», reserva expresamente la posibilidad de que *“las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”*.

Aunque, en ocasiones, ha sido criticada la generalidad del artículo 11.6 de la LCSP, cuyos contornos han sido vistos como excesivamente genéricos en un campo, como es el de la contratación pública, necesitado de la fijación de un marco claro y previsible (apenas exige que las fórmulas no contractuales para la prestación de los servicios sociales garanticen una publicidad suficiente y se ajusten a los principios de transparencia y no discriminación), la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su informe del expediente 52/18, ha podido destacar que, en el sistema de contratación pública que encuentra origen en la Directiva 2014/24/UE, *“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”*. Se trata de una importante confirmación, puesto que, en principio, y atendiendo a su objeto, se trata de prestaciones que, a falta de una regla de excepción como la establecida, deberían tener su cauce de obtención a través de un contrato de servicios o de una concesión de servicios.

De lo anterior resulta la posibilidad de articular los servicios sociales a través de sistemas distintos de la contratación pública, que se han ido definiendo por cada comunidad autónoma en su legislación propia, concretando aspectos relevantes relacionados con las circunstancias legitimadoras del recurso al sistema de concertación, las prestaciones sociales que pueden ser objeto de ejecución a través del mismo, las entidades que pueden resultar beneficiarias (normalmente, reservando o al menos otorgando prioridad a las entidades carentes de ánimo de lucro) o el procedimiento en el que se envuelve su instrumentación en cada caso concreto.

Destacando unos pocos ejemplos, en Aragón, la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y

sanitario<sup>3</sup>, establece una completa regulación de los conciertos sociales, definiendo aspectos tan relevantes como los principios generales por los habrán de regirse, los criterios de selección de las entidades, la eficacia y posible contenido de los acuerdos de acción concertada o las formas de extinción de los conciertos.

Por su parte, la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, con amplitud de miras, relaciona diversas formas de participación en la prestación de los servicios sociales, estableciendo una regulación separada para las fórmulas de contratación pública, el concierto social (arts. 101 a 107), los convenios, las subvenciones y, finalmente, las figuras del partenariado, el patrocinio y el mecenazgo.

En Asturias se ha dictado la Ley 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social, cuyo artículo 5 presenta el interés de concretar, aun en términos ciertamente amplios, las prestaciones que podrán ser objeto de acción concertada, excluyendo significativamente de ellos los de atención residencial, de centros de día y de ayuda a domicilio para personas mayores (con ello, se refleja el carácter dispositivo del recurso a las fórmulas no contractuales). Asimismo, se fijan en ella con un destacado nivel de detalle aspectos tales como los requisitos exigibles en las entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro que han de suscribir los conciertos, la regulación del procedimiento en el que es regla general la concurrencia competitiva con intervención de una comisión de valoración y excepción la concertación directa (art. 22), el régimen de obligaciones de las entidades o el alcance de la financiación de los servicios por parte de las Administraciones, regional y locales, asturianas<sup>4</sup>.

Cabe destacar igualmente la «acción concertada con la iniciativa social» regulada en los artículos 87 a 91 de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana, cuya reserva del sistema de conciertos a las entidades de

---

<sup>3</sup> En realidad, dicha ley tenía origen en 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, precursor en la materia, ya que, anticipándose a la transposición por el Estado de la Directiva 2014/24/UE una vez transcurrido el plazo correspondiente, instauró el sistema de conciertos sociales.

<sup>4</sup> Encontramos un interesante análisis de este texto legal en LAZO VITORIA, XIMENA, «Un cambio de rumbo en la prestación de los servicios sociales en Asturias», Revista Jurídica de Asturias n.º 42, 2019.

iniciativa social (art. 89.1)<sup>5</sup> ha resultado especialmente controvertida al dar lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (asunto C-436/20). La sentencia de 14 de julio de 2022, que la ha resuelto, puede considerarse una confirmación, no exenta de condicionantes, de la reserva de los conciertos a las entidades sin ánimo de lucro. Su examen, revestido de una innegable complejidad, excedería del limitado alcance de este breve comentario

Frente a la regulación más acabada de algunas comunidades autónomas, el legislador madrileño ha optado por el establecimiento de unas líneas esenciales que habrán de ser objeto de un desarrollo reglamentario posterior. Como es habitual en estos casos, ello tendrá la ventaja de favorecer la futura adaptación de la normativa de desarrollo a las cambiantes demandas de la realidad social, dada la mayor agilidad de la elaboración de disposiciones de carácter reglamentario sobre la tramitación legislativa, aunque también supone la necesidad de esperar un tiempo prudencial para la introducción efectiva del concierto social.

En concreto, las líneas esenciales en las que se fundamenta la regulación establecida en la nueva ley de la Comunidad de Madrid pueden resumirse de la siguiente manera:

- Sumisión de su uso a la evaluación y determinación previa de las necesidades a satisfacer y a los principios de subsidiariedad, igualdad en la atención de los usuarios, libertad de acceso, publicidad y transparencia de los procedimientos y salvaguarda de una asignación eficiente de los recursos (art. 73).
- En cuanto a su objeto, ha sido referido a la reserva de plazas en centros o servicios para su ocupación por usuarios del Sistema Público de Servicios Sociales y la gestión integral de programas, servicios, prestaciones o centros (art. 74.1).

---

<sup>5</sup> Frente a la apertura del régimen de contratación a las entidades de iniciativa social, a las entidades de iniciativa empresarial y a las personas físicas (art. 85.1), el régimen de conciertos se limita en la ley valenciana a las entidades de iniciativa social, caracterizadas por la ausencia de ánimo de lucro.

- Previsión de conciertos conjuntos, cuando la realización de un servicio integral conlleve la intervención de diferentes centros o servicios de los que sean titulares entidades distintas (art. 74.2).
- Conforme a una regla de cautela<sup>6</sup>, se establece una delimitación amplia de los sujetos que puedan suscribir los conciertos mediante una genérica alusión a las personas físicas o jurídicas de carácter privado que reúnan los requisitos que se establezcan en su normativa de desarrollo (art. 75)<sup>7</sup>. Los artículos 71 y 76.3 también pueden ser relacionados con esta cuestión y darán lugar a interpretaciones no necesariamente pacíficas, que habrá de relacionar con la ya citada sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022.
- Financiación pública de los servicios concertados, limitando la retribución de la entidad concertada a los costes fijos y variables de las prestaciones, así como a los costes indirectos en que se pueda incurrir, pero excluyendo un posible beneficio industrial (art. 76).

No son pocas las cuestiones que se dejan al futuro desarrollo reglamentario de la ley, tal y como refleja su comparación con otras legislaciones autonómicas más pormenorizadas. El artículo 72.2, cuyo listado no puede percibirse como exhaustivo habida cuenta de las líneas generales de relación ente la ley y el reglamento ejecutivo, remite expresamente al mismo el régimen jurídico de la colaboración y las condiciones en que ha de desarrollarse la prestación de los servicios; el procedimiento de suscripción y la duración máxima de los conciertos; las obligaciones de las partes, su seguimiento, justificación y penalizaciones por su incumplimiento; la extinción del negocio jurídico con previsión de la garantía de continuidad de los servicios; la cesión y la contratación de servicios accesorios, así como la información que deben publicar las entidades concertantes. No hay una referencia expresa al procedimiento para establecer la

---

<sup>6</sup> Debe tenerse en cuenta que, en el momento de aprobación del proyecto de ley, estaba todavía pendiente la cuestión prejudicial C-436/20, y que las conclusiones de la Abogada General del Tribunal de Justicia, ya conocidas entonces, eran bastante críticas con el sistema valenciano de circunscripción del concierto a las entidades de iniciativa social.

<sup>7</sup> En otras normativas, tal y como ponen de manifiesto SANJURJO GONZÁLEZ, C., y RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R., CERMI, enero de 2018, con virtualidad equiparable a la solvencia en la contratación pública, se les exige la puesta a disposición de los recursos necesarios para la prestación del servicio y acreditar con carácter previo la disponibilidad de las instalaciones necesarias.

concertación (que incluiría, en su caso, la selección de la entidad), aunque el artículo 70.2, al referirse a los supuestos de gestión indirecta de los servicios sociales, alude al mismo en términos ciertamente genéricos.

Por lo que se refiere a la información a publicar, conviene tomar en consideración que, en la actualidad, el artículo 3.2 de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, exige que, entre la información a publicar por las entidades privadas concertadas en los ámbitos de la educación, la sanidad y los servicios sociales, se incluyan al menos *“los pliegos o documentos contractuales equivalentes que correspondan, los importes básicos de la concesión (canon y/o precio inicial de licitación), las condiciones de la misma, el seguimiento de las infracciones, las modificaciones económicas que se realicen y su justificación, así como las sanciones o informes de seguimiento establecidos”*. El artículo 72.2 in fine de la LSSCM ha recogido, con ligeras adaptaciones en su redacción, estas mismas prevenciones.

También ha de resaltarse la previsible incidencia de la futura regulación sobre las potestades de control de la Administración titular del servicio. Al respecto, la ley se mantiene fiel a la conceptualización del concierto como una forma de colaboración público-privada que, al igual que los contratos del sector público, permite participar a los particulares en la prestación de los servicios públicos. En mérito a dicha consideración como servicios públicos, la financiación, acceso y control de su ejercicio sigue correspondiendo a la Administración<sup>8</sup>.

Este aspecto no es desconocido por la ley, siendo un vestigio de esta consciencia la sumisión de las entidades concertadas, que es común a todos los supuestos de gestión indirecta a tenor del artículo 70.2, a la inspección y control de calidad de su actividad, a cuyo efecto se fijan ciertos deberes de colaboración con la Administración titular del servicio a efectos de facilitar la información necesaria sobre el servicio prestado a los usuarios. La necesaria inscripción de los conciertos en un registro público cumple una finalidad instrumental para hacer efectivo ese control (art. 72.3, en relación con el 37.2).

---

<sup>8</sup> Aspecto destacado por SANJURJO GONZÁLEZ, CARMEN, y RODRÍGUEZ CASTAÑO, ANTONIO RAMÓN, Ob. Cit.

Siendo todavía muchos los aspectos por precisar, no debe sin embargo despreciarse la importancia de la LSSCM como primer paso en la modernización de la normativa de la Comunidad de Madrid, así como en su adaptación a las tendencias de las legislaciones autonómicas coetáneas. A la hora de implementar el régimen del concierto social, no puede desconocerse la ventaja que supondrá contar con algo más de certeza sobre los contornos de su aplicación una vez dictada la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022 (asunto C-436/20), que ha precisado algunas cuestiones de interés sobre los principios informadores, los requisitos y el procedimiento que han de envolverlo.

Enero de 2023.