

## Capítulo VII

# EL ENCAJE DE LAS REGLAS DE MERCADO EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES Y SANITARIOS

*Marina Rodríguez Beas*

Profesora Lectora Interina de Derecho Administrativo  
Universitat Rovira i Virgili

**Resumen.** La transposición de las Directivas de cuarta generación, de contratación pública, ha permitido al legislador español regular un régimen especial para la prestación de servicios de carácter social y sanitario a través de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. En este estudio se pretende un análisis jurídico sobre en qué condiciones y límites puede utilizarse el régimen de las reservas de contratos y la acción concertada como técnica distinta del contrato público. Sobre la gestión de este tipo de servicios, se reflexiona sobre el alcance de la colaboración con el sector privado y el tercer sector y de la posible quiebra del principio de competencia, convirtiéndose en un obstáculo de compatibilidad con los principios de concurrencia competitiva e igualdad. Así, se busca un adecuado equilibrio del mercado que respete los distintos principios e intereses en juego, sin olvidar que este tipo de servicios se vinculan directamente con las prestaciones básicas que forman parte del núcleo del Estado social.

**Palabras clave.** Contratación pública; cláusulas sociales; libre concurrencia; principio de igualdad; reserva de contratos; acción concertada.

**Sumario.** I. Introducción. II. La decisión de cómo gestionar los servicios de atención a las personas. III. La prestación de servicios sociales y sanitarios como servicios de interés general no económicos. 3.1. Régimen especial en la legislación de contratos: las reservas de contratos. 3.2. La acción concertada: fórmula no contractual. IV. Los límites y la conflictividad entorno a la gestión de los servicios sociales y sanitarios. 4.1. La libre prestación de servicios. 4.2. La libre concurrencia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El sistema de servicios sociales y sanitarios en España se caracteriza por ser un modelo esencialmente público, aunque como complemento, para preservar la calidad asistencial, existen relaciones jurídicas con entidades privadas. Antes de definir las políticas sociales, según FORNS I FERNÁNDEZ, «deberemos conocer el papel que el Estado ha de asumir en la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como el papel del mercado; en definitiva, el debate entre lo público y lo privado»<sup>1</sup>.

Este modelo se ha articulado en las relaciones con las administraciones públicas mediante las fórmulas contractuales de la legislación de contratos del sector público, lo que no siempre ha permitido cumplir de forma adecuada con la finalidad de la prestación<sup>2</sup>. No obstante, esto no puede generar en un rechazo al sector privado en la prestación de este tipo de servicios. Lo que se debe buscar, como se expone en el presente estudio, es un adecuado equilibrio que respete efectivamente los distintos principios e intereses en juego<sup>3</sup>.

La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, mediante su transposición al ordenamiento jurídico interno del Estado español<sup>4</sup>, diseña un marco regulatorio, ya que los artículos 76 y 77, permiten a los Estados miembros la reserva de contratos como un régimen especial en el ámbito de los servicios sociales, culturales y de salud. De esta manera, se destaca, pero no de manera excluyente, la colaboración de entidades del Tercer Sector con una importante implantación social. Pero estos preceptos citados anteriormente tienen un alcance potestativo, ya que los poderes públicos tienen 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 límite ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación*»<sup>5</sup>.

---

1. FORNS I FERNÁNDEZ, M., V., «El sistema de servicios sociales frente a la crisis económica y social del Estado del Bienestar. El modelo catalán de prestaciones de atención a la persona», *Sistema*, núm. 257, 2020, p. 66.

2. GIMENO FELIÚ, J. M., «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2019, p. 22.

3. Después de la crisis de 2008-2014 «hemos asistido a una profunda transformación del SCSS en la que los entes locales juegan un rol fundamental, y que se nutre de una diversidad de operadores, públicos y privados; pero, sobre todo, del conjunto de entidades de economía social que conforman el tercer sector», FORNS I FERNÁNDEZ, M., V., «La construcción del derecho social de acceso a los servicios sociales», en AA. VV., *Anais do I Congresso Global de Direitos Humanos. Novas políticas de cidadania e de desenvolvimento sustentável*, Lamego, enero, p. 15

4. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (en adelante LCSP)

5. Considerando 114.

En todo caso, independientemente de las posibilidades de regulación sobre la colaboración de la Administración con terceros en la provisión de estos servicios, como advierte GIMENO FELIÚ «estas relaciones jurídicas se deben diseñar con una filosofía propia alejada de la óptica del mercado»<sup>6</sup>.

Se debe destacar la importancia de la provisión de este tipo de servicios y del carácter vital de las necesidades que han de satisfacer. Esto provoca que en su licitación se puedan establecer una serie de medidas específicas como: su funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad; el carácter personalizado a las necesidades para garantizar los derechos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables; ausencia de ánimo de lucro; participación de voluntarios; proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario; y relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios. Esta preeminencia de las cláusulas sociales se convierte en múltiples ocasiones en un obstáculo de compatibilidad con los principios de concurrencia competitiva e igualdad de trato. Muchos de los conflictos terminan en la eventual vulneración del principio de igualdad<sup>7</sup>.

Ante la especificidad de este tipo de servicios, en este estudio se analiza el alcance de la colaboración con el sector privado, tanto mediante fórmulas contractuales como otras, y los límites europeos y nacionales al respecto, en tanto se vinculan directamente con las prestaciones básicas que forman parte del núcleo del Estado social. Y ello, en el «marco de una construcción de la dimensión social europea [que] tiene todavía muchos retos pendientes. Son muchos los desafíos a que debe darse respuesta y muchas las necesidades que se plantean. De ahí que sea imprescindible un claro compromiso de la Unión Europea —

---

6. GIMENO FELIÚ, J. M., «La colaboración público-privada...», *op. cit.*, p. 23. *Vid.* también GIMENO FELIÚ, J. M., «Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS» (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública), *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, núm. 2, pp. 65-85.

7. La jurisprudencia comunitaria lo define como «el principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otro lado, el objetivo de la obligación de transparencia, que constituye su corolario, es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Esta obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44 y jurisprudencia citada). El Tribunal de Justicia también ha declarado que los principios de transparencia y de igualdad de trato que rigen todos los procedimientos de adjudicación de contratos públicos exigen que los requisitos de fondo y de forma relativos a la participación en la licitación estén definidos claramente por anticipado y que sean hechos públicos, en particular las obligaciones que recaen sobre los licitadores, a fin de que éstos puedan conocer exactamente los imperativos del procedimiento y tener la seguridad de que se aplican los mismos requisitos a todos los participantes (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de febrero de 2006, La Cascina y otros, C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94, apartado 32)». *Vid.* STJUE de 2 de junio de 2016, Asunto C-27/15. Pippo Pizzo, apartados 36 y 37.

también de los Estados miembros— y una reafirmación del contenido social del proyecto de integración europea»<sup>8</sup>.

## II. LA DECISIÓN DE CÓMO GESTIONAR LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN A LAS PERSONAS

La Constitución española (CE) impone a los poderes públicos el mandato de mantener un régimen público de Seguridad social, que garantice la asistencia y prestaciones sociales (art. 41 CE). Esto implica la existencia de una red de establecimientos de titularidad pública que deben ser gestionados a través de cualquiera de las formas de gestión legalmente previstas, motivo por el cual, no es necesario que se preste a través de una modalidad de gestión directa, permitiéndose el desarrollo de fórmulas de colaboración con sujetos privados. Así, en nuestro ordenamiento jurídico se admite la participación de los sujetos privados como forma de gestión indirecta de los servicios públicos, pero como una excepción a la regla general de la prestación directa<sup>9</sup>.

La decisión de optar por una u otra forma de gestión de los servicios se configura como una potestad de autoorganización de los poderes públicos con una amplia libertad de configuración<sup>10</sup>. Ante el nuevo escenario legislativo que comporta LCSP, según FUENTES I GASÓ, y «teniendo en cuenta los argumentos a favor de una u otra forma de gestión de los servicios, la decisión que se adopte debe seguir siendo el resultado de un exhaustivo proceso de análisis y contraste de las circunstancias y factores que concurren en el servicio público (...) concreto»<sup>11</sup>.

No obstante, esta decisión no puede apartarse de los principios inherentes a la prestación de un servicio público como son: universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad en la prestación, transparencia y calidad<sup>12</sup>.

La opción de prestar servicios sociales y sanitarios mediante la colaboración público-privada exige una adecuada motivación por parte de la Administración.

---

8. CASADO CASADO, L. «El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?», *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, núm. 2, mayo -agosto, 2019, p. 402.

9. Sobre la colaboración público-privada, véase RODRÍGUEZ BEAS, M., «La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública» a *Las nuevas directivas de contratación pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 305-316. RODRÍGUEZ BEAS, M., «El procedimiento de asociación para la innovación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: oportunidades e incertidumbres», *Revista general de Derecho administrativo*, núm. 52, octubre, 2019.

10. *Vid.* DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., «Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2009, <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509421> (visitado el 15.04.2020)

11. FUENTES I GASÓ, J. R., «La pervivencia de la gestión indirecta de los servicios públicos locales tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público: las sociedades de economía mixta», *Cuadernos de Derecho Local, (QDL)*, núm. 50, junio, 2019, p. 22.

12. Estos principios son definidos como las obligaciones de servicio público en el Libro Blanco sobre los servicios de interés general, de 12 de mayo de 2004, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

Esta motivación debe recaer sobre el paradigma de la buena administración, ya que como destaca GIMENO FELIÚ no es suficiente un motivo político, sino que se exige que la decisión se fundamente desde el derecho a una buena administración<sup>13</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de noviembre de 2015 destaca los principios de transparencia y buena administración, los cuales exigen a las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y *«que acrediten que se adoptan con objetividad y forma congruente con fines de interés público que justifica la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente»*.

Por tanto, se trata del ejercicio de una potestad administrativa discrecional vinculada a la técnica de gestión de los servicios públicos o del demanio público<sup>14</sup>. En consecuencia, la preferencia de una entidad privada con o sin ánimo de lucro debe justificarse en la mayor calidad y eficiencia de la prestación. Esta máxima debe ser uno de los parámetros que justifiquen, motiven la decisión de marcado carácter discrecional. Pero como todo tipo de actuación discrecional puede ser objeto de control jurídico, desde la perspectiva de que *«las obligaciones jurídicas de buena administración existentes en nuestro ordenamiento jurídico hacen que el derecho ya no pueda ser indiferente a la discrecionalidad, paradigma clásico de nuestra doctrina y jurisprudencia que debe ser superado, y que esta discrecionalidad no consista en una libertad omnimoda de elección entre alternativas ajeas a lo jurídico»*<sup>15</sup>. Y es precisamente en este control donde se prestará especial atención a los principios generales del Derecho como el de igualdad o proporcionalidad, pero también a los más específicos de justicia y eficiencia y economía en el gasto público. Pero a esto se debe añadir el cumplimiento de los principios del Derecho de la Unión Europea. En conclusión, el órgano jurisdiccional deberá controlar si la decisión económica de la Administración era la más oportuna, para lo que tendrá que atender a la jurisprudencia del TJUE<sup>16</sup>.

Asimismo, una aplicación excesiva de la preferencia a favor de entidades del Tercer Sector puede afectar a la competencia. Será posible denunciar esta situación ante las autoridades de defensa de la competencia para que valoren y actúen para preservar las reglas de un modelo en competencia. En este sentido cabe destacar el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 2008 «Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados

---

13. GIMENO FELIÚ, J. M., «La colaboración público-privada...», *op. cit.*, p. 52. *Vid.* también, PONCE SOLÉ, J., «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, pp. 57-84.

14. PONCE SOLÉ, J., «La discrecionalidad...», *op. cit.*, p. 80.

15. PONCE SOLÉ, J., «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40, p. 74.

16. GIMENO FELIÚ afirma que el TJUE *«ba conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea»*, GIMENO FELIÚ, J. M., «La colaboración público-privada...», *op. cit.*, p. 54. *Vid.* también GIMENO FELIÚ, J. M., «La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015, pp. 81-122.

más eficientes y favorecedora de la competencia», se establecen las pautas para la elaboración de las memorias de competencia, mediante un análisis en tres pasos en el que se evaluará: si la medida introduce algún tipo de restricción a la competencia; su necesidad y proporcionalidad, donde se avalúa si la restricción es imprescindible para los objetivos que se pretenden y si los mismos tienen un impacto sobre el bienestar social proporcional a la restricción que se introduce; y la mínima restricción, consiste en justificar por qué se considera que no existen otras alternativas menos gravosas para el funcionamiento del mercado.

Sobre este tipo de servicios, la Directiva 2014/24/UE establece que deben quedar excluidos de su ámbito de aplicación<sup>17</sup>. *Y sobre los servicios de atención a las personas establece que las administraciones competentes por razón de la materia «siguen teniendo libertad para prestar por sí mismas esos servicios u organizar los servicios sociales o sanitarios, 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»*<sup>18</sup>. Además, la Directiva recoge expresamente el principio de libertad de administración de las autoridades, manifestando que: *«dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos»*<sup>19</sup>.

Por tanto, las Directivas de contratación no inciden en la decisión de las autoridades, sobre si asumir funciones públicas, en qué forma y en qué medida<sup>20</sup>. De este modo, podrá organizar la prestación de servicios, como servicios de interés económico general, como servicios no económicos de interés general, o como una combinación de ambos, así como para decidir los medios más adecuados para la prestación de estos servicios, gestionarlos directamente o externalizarlos<sup>21</sup>. No obstante, los Estados miembros deben respetar los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y libre circulación.

Ante este sistema, DOMINGUEZ MARTÍN y CHINCHILLA PEINADO hablan de la «indiferencia» del Derecho de la Unión Europea frente a la elección por los Estados miembros de la forma de gestión de los servicios públicos, *«lo que supone que la autonomía de las autoridades nacionales (...) en la determinación de las modalidades de prestación de los servicios se ha ampliado significativamente desde el punto de vista de la Unión Europea, siempre que no existan normas de armonización en materia del mercado interior (en interpretación de la excepción prevista en el art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y conforme al principio de neutralidad respecto al derecho de propiedad en los Estados miembros (art. 345 TFUE)»*<sup>22</sup>.

---

17. Considerando 6 de la Directiva 2014/24/UE.

18. Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE.

19. Art. 2 de la 2014/23/UE.

20. Art. 14 TFUE y art. 1 de la Directiva 2014/23/UE.

21. VILLALBA PÉREZ, F., «Externalización de servicios sanitarios: nuevas perspectivas y orientaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, p. 327.

22. DOMINGUEZ MARTÍN, M.; CHINCHILLA PEINADO, J. A., «La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017, de contratos del sector público», *Revista Derecho y Salud*, vol. 29, extraordinario, 2019, p. 187.

### **III. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOCIALES Y SANITARIOS COMO SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL NO ECONÓMICOS**

Los servicios de interés general no económicos, en cuanto actividades de mercado carácter social, no forman parte del mercado interior<sup>23</sup>. Estas actividades se caracterizan por los siguientes elementos: la financiación es primordialmente pública, sin perjuicio de la existencia de una contraprestación por los usuarios que no cubre el coste del servicio; y persiguen objetivos sociales.

Como pone de relieve PARICIO RALLO, dentro de este tipo de servicios se pueden incluir actividades con o sin dimensión económica. No obstante, cuando se trate de una actividad económica siempre primará la dimensión social de la actividad<sup>24</sup>. En consecuencia, en un mismo sector podemos encontrar actividades que se encuadran como servicio de interés general no económico o como servicio de interés general económico y su diferenciación dependerá de la existencia o no de un mercado en un determinado sector, el cual dependerá de la evolución tecnológica, económica y social. Esta definición muestra claramente que no es fácil distinguir con claridad unos supuestos de otros.

El TJUE ha establecido una diferenciación tipológica, ya que para la concreta adscripción de una actividad a uno u otro tipo se tiene en cuenta la relevancia y el alcance del interés general al que sirve el concreto régimen jurídico de la actividad<sup>25</sup>.

En lo que aquí nos interesa, los servicios sociales y sanitarios los podemos incluir en la categoría de servicios de interés general no económico, motivo por el cual, su prestación no está sometida a las normas sobre mercado interior -libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicio-. No obstante, su prestación por los Estados miembros sí está sometida a las reglas de contratación pública, libertad de circulación de personas y al principio de no discriminación. Así, la atribución de la prestación de un servicio de interés general no económico a una empresa pública o privada se realiza mediante un acto que atribuye de manera transparente la obligación del servicio social que se le encomienda<sup>26</sup>.

---

23. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, L., «Formas de gestión de los servicios públicos locales», en VELASCO CABALLERO, F. (dir.), *Tratado de Derecho Económico Local*, Marcial Pons, 2017, p. 191.

24. PARICIO RALLO, E., «El concepto europeo de servicios de interés general y los servicios municipales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 32, 2013, p. 112.

25. Vid. VAQUER CABALLERÍA, M., «De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los «servicios sociales» y su aplicación en materia de viviendas», *Revista General de Derecho Administrativa*, núm. 25, 2010, p. 8. LAGUNA DE PAZ, J. C., «Los servicios de interés general en la Unión Europea», *Derecho PUCP*, núm. 76, 2016, p. 20.

26. Cfr. STJUE de 11 de julio de 2013, Asunto C-57/12.

### 3.1. Régimen especial en la legislación de contratos: las reservas de contratos

Como ya hemos comentado anteriormente, la jurisprudencia del TJUE ha excluido de la normativa europea de contratación a los «*contratos de prestaciones personales de carácter sanitario*». Esta exclusión permite que se puedan exceptuar de las reglas de la concurrencia, propias de un contrato de servicios. De este modo, como afirma VILALBA PEREZ se consigue desplazar la lógica del mercado y se impone la calidad y la solidaridad<sup>27</sup>.

Esto se ha trasladado al llamado paquete de Directivas de contratación pública (23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero) denominada «cuarta generación», a través de los contratos de servicios a las personas<sup>28</sup>. Y en la transposición al ordenamiento jurídico español, la LCSP también establece la libertad para «*organizar los mismos 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*».

En este sentido, el artículo 11.6 de la LCSP excluye del ámbito objetivo de la normativa sobre contratación pública la «*prestación de servicios sociales*» por entidades privadas, si bien su normativa concreta garantice una publicidad suficiente de la atribución de tales prestaciones y la misma se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Por tanto, la prestación de los servicios sociales se puede llevar a cabo a través de fórmulas no contractuales, siempre que quede garantizado que todos los operadores o prestadores que cumplan los requisitos puedan acceder a este régimen, prestar los servicios y, en su caso, obtener la financiación que se haya fijado. Así, la elección está marcada por diferentes aspectos, entre ellos el importe del servicio o que se trate o no de un servicio excluido (art. 11.6 LCSP).

En definitiva, lo determinante de la prestación de este tipo de servicios es que todos los operadores puedan concurrir en condiciones de transparencia e

---

27. VILLALBA PÉREZ, F., *op. cit.* p. 187.

28. Considerando 54 de la Directiva 2014/23/UE, Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE y Considerando 120 de la Directiva 2014/25/UE. En el Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE explica las razones de este sistema «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. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios.

Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos».

igualdad de trato. Además, estas fórmulas se pueden fundar en condiciones de aptitud (art. 65 LCSP) pero no en criterios de adjudicación (art. 145 LCSP).

Para la prestación de estos servicios, el TJUE también ha admitido la adjudicación directa, cuando ésta se efectúa a entidades sin ánimo de lucro, siempre que estas *«no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros»*. Por consiguiente, la normativa del Estado miembro podrá permitir a las autoridades atribuir la prestación de servicios mediante la adjudicación directa, *«siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de estos organismos contribuya realmente a una finalidad social ya la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria»*. De este modo, será la normativa de los Estados miembros quien deberá establecer los límites dentro de los que puedan desarrollarse esas actividades y aseguren que *«estas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas»*.

Es precisamente la disposición adicional 48 de la LCSP donde se regula este tipo de actuaciones, es decir, la *«reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones»*, afirmando que los poderes adjudicadores podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV.

Así, se prevé que la reserva sólo puede ser en favor de las organizaciones que cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones: su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados; los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización, o en caso de que se distribuyen beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación; las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato de bases en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas; y el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión en los tres años precedentes.

Este precepto es prácticamente transcripción del artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE, ya que la Directiva habilitaba para que el legislador decidiera discrecionalmente la inclusión o no de este tipo de reservas. En todo caso, estamos ante una opción de organización de servicios que ya había sido contemplada por la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE de 11 de diciembre de 2014, Asunto C-113/13, caso Rossa Italiana y otros y de 28 de enero de 2016, Asunto C-50/14, Costa<sup>29</sup>).

---

29. Para un estudio más extenso de esta jurisprudencia, *vid.* TEJEDOR BIELSA, J., «Entidades sin ánimo de lucro, contratos “in house” y reserva legal de contratos», en <http://www.obcp.es/opiniones/entidades-sin-animode-lucro-contratos-house-y-reserva-legal-de-contratos> (visitado el 26.02.2020); GIMENO FELIÚ, J.M., «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites»,

Como decíamos, la disposición adicional 48 de la LCSP tiene un carácter facultativo, ya que permite que los órganos de contratación reserven determinados contratos de servicios sociales, culturales y de salud a las organizaciones que cumplan los requisitos establecidos. Es precisamente este carácter facultativo de las reservas, lo que exige un deber especial de motivación<sup>30</sup>.

No obstante, no todas las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) sobre esta cuestión asienten este posicionamiento. Así, en la Resolución 688/2019, de 29 de junio de 2019 no solo discrepa de este asunto, sino que llega a normalizarlo, afirmando que: «(...) simplemente permite que se emplee este procedimiento en determinados contratos a la vista del código CPV de los mismos, por lo que, verificada la real correspondencia entre objeto, código y disposición legal sería perfectamente admisible la utilización del procedimiento reservada siempre que, claro está, se dé cumplimiento al resto de requisitos legalmente previstos. El deber de justificar la utilización de este procedimiento sería el general del art. 116.4 de la LCSP. Pues bien, véase que dicho precepto exige que se justifique adecuadamente en el expediente el procedimiento de licitación elegido, no debiendo justificarse necesariamente en el PCAP o en un determinado documento, sino sencillamente en el expediente de contratación».

### 3.2. La acción concertada: fórmula no contractual

En relación con los servicios a las personas, precisamente la opción de decidir que encuentran las administraciones está en la base del equívoco en la reserva y la llamada acción concertada<sup>31</sup>.

La acción concertada está regulada en la disposición adicional 49 de la LCSP, conforme a la cual las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias pueden regular «instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social».

Algunas iniciativas autonómicas<sup>32</sup> como en el caso, por ejemplo, de Aragón, restringen la acción concertada a las entidades sin ánimo de lucro. Sobre esta

---

*Anuario del Gobierno Local*, pp. 277 y ss.; GIMENO FELIÚ, J. M., «La colaboración público-privada...», *op. cit.*, p. 22-34.

30. *Vid.* BURZACO SAMPER, M., «Concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores y discriminación positiva en las reservas de contratos: un análisis desde los conflictos», *CIRIEC, Revista Jurídica*, núm. 35, 2019, p. 25.

31. *Vid.* BURZACO SAMPER, M., «Concurrencia competitiva...», *op. cit.* p. 16.

32. Algunas comunidades autónomas han regulado antes de aprobarse la LCSP antes de aprobarse la LCSP fórmulas de acción concertada para la prestación de servicios a las personas que se conciben como negocios no sometidos a la LCSP. Este es el caso de la Ley aragonesa 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. Después le siguieron Catalunya con el Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo; Galicia con la Ley 8/2016, de 8 de julio, por el cual se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia; la Comunidad Valenciana con la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada; Andalucía con el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales; la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a

opción, el TJUE se ha pronunciado de forma favorable, al admitir la colaboración con entidades sin ánimo de lucro como instrumentos para la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, controlando los costes de los servicios a las personas, si estas entidades «no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlos, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros»<sup>33</sup>. Además, esta opción también está contemplada en la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social<sup>34</sup>.

A diferencia de las reservas contempladas en la disposición adicional 48, estos conciertos, como destaca GIMENO FELIÚ es un complemento al modelo de asistencia pública sanitaria y de prestación de servicios sociales, es una opción organizativa. Pero para llevarla a cabo se exige una previsión legal expresa que determine el alcance y significado de esta acción concertada, que determine las modalidades y el sistema retributivo<sup>35</sup>.

La LCSP habilita la utilización de fórmulas como la acción concertada, diseñada como instrumento de «homologación» de entidades privadas para que puedan prestar funciones asistenciales.

La acción concertada, no se trata, por tanto, de una fórmula de contratación pública, es decir no es un contrato público<sup>36</sup>. De este modo, si se opta por este instrumento, los centros deberán disponer de autorización administrativa e inscripción en el registro oficial de centros y establecimientos sanitarios, y superar un proceso de acreditación. Asimismo, deben cumplir una serie de obligaciones de gestión y control fijadas legalmente.

Precisamente, por su naturaleza, la jurisprudencia comunitaria ha impuesto unos límites, exigiéndose que, quienes actúen en este marco, no persigan objetivos distintos a la solidaridad y eficacia presupuestaria; que, al margen del reembolso de los costes, las entidades no obtengan ningún beneficio; deben respetar de forma estricta la regulación nacional sobre voluntariado o Tercer Sector; y la prohibición de abuso de Derecho mediante la utilización indebida de esta figura<sup>37</sup>. No obstante, como advierte GIMENO FELIÚ este instrumento de acción concertada no puede amparar situaciones que comporten una privatización del modelo, «*ni que se pueda abrir un mercado, en claro fraude a la esencia del modelo, por ello la venta de participaciones a un nuevo socio privado, o la trans-*

---

las personas en el ámbito de la comunidad de las Illes Balears; la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de concierto social para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y socio sanitario de Extremadura y la Ley de Asturias 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.

33. Ap. 64 de la STJUE de 28 de enero de 2016, (Asunto C-50/14).

34. *Vid.* BERNAL BLAY, M. A., «El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XVIII, 2018, p. 104.

35. GIMENO FELIÚ, J. M., «La colaboración público-privada...», *op. cit.*, p. 45

36. LAZO VITORIA, X., «La figura del «concierto social» tras las directivas europeas de contratación pública», <http://www.obcp.es/opiniones/la-figura-del-concierto-social-tras-las-directivas-europeas-de-contratacion-publica> (visitado el 20.04.2020).

37. GIMENO FELIÚ, J. M., «La colaboración público-privada...», *op. cit.*, pp. 32-34.

*formación en una sociedad de estructura accionarial distinta, debería implicar la necesaria salida del sistema para evitar fraudes a los principios del modelo regulatorio que funcionan como límite infranqueable»<sup>38</sup>.*

Por tanto, como destaca BURZACO SAMPER esto es un inmejorable ejemplo de colaboración público-privado, presididos por los principios de solidaridad y calidad asistencial y que implica un reconocimiento del papel del tercer sector<sup>39</sup>.

#### **IV. LOS LÍMITES Y LA CONFLICTIVIDAD ENTORNO A LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIOSANITARIOS**

La jurisprudencia del TJUE ha admitido excepciones al principio de libre competencia en los contratos a favor de entidades sin ánimo de lucro<sup>40</sup>, sobre la base del principio de solidaridad.

En este sentido cabe destacar la previsión del considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE, en el cual se firma que *«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. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios.»*

*Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos. Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de 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. Al determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo núm. 26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos*

---

38. *Ibidem*, p. 46.

39. BURZACO SAMPER, M., «Concurrencia competitiva...», *op. cit.*, p. 16 y ss.

40. *Vid.*, STJUE de 17 de junio de 1997, Sodemare (Asunto C-70/95).

*de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar ello también puede suponer basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.*

*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».*

Pero, además, el TJUE sobre la colaboración de las entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de las prestaciones sociosanitarias, advierte que como regla general un contrato no se puede excluir del concepto de contrato público por el simple hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación de los servicios o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro<sup>41</sup>. No obstante, también se reconoce que en casos de servicios sociales y sanitarios es posible una normativa nacional que habilite la adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad o asociaciones de voluntarios, si el marco normativo en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuye realmente a una finalidad social y a la persecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria<sup>42</sup>.

Así, la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro del poder adjudicador de ese contrato constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato. Sin embargo, afirma que *«un conjunto de aspectos, como son el marco jurídico nacional, la naturaleza de las prestaciones consideradas, integradas en el contexto de servicio sanitario nacional, las apreciaciones del tribunal remitente sobre el efecto presupuestario de conciertos como el discutido en el litigio principal y, por su esencia, la ausencia de ánimo de lucro de las asociaciones firmantes de esos conciertos, se deduce que el recurso a esas asociaciones firmantes de esos conciertos, se deduce que el recurso a esas asociaciones para la organización del servicio de transporte sanitario puede estar motivado por los principios de universalidad y de solidaridad, así como por razones de eficiencia económica y de adecuación, toda vez que permite que ese servicio de interés general sea prestado en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario por organismos constituidos esencialmente para servir al interés general. Y recuerda que el Derecho de la Unión, toma en consideración esos objetivos, de tal manera que los principios de contratación pública no afectan a la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de salud pú-*

---

41. En este sentido, *vid.* STJUE Azienda sanitaria local n. 5 «Spezzino» y otros (Asunto C-113/13).

42. STJUE de 28 de enero de 2016, CASTA y otros (Asunto C-5/14).

blica y de seguridad social»<sup>43</sup>. Por ello, el TJUE concluye que los artículos 49 y 56 TFUE no impiden que una normativa nacional habilite a las autoridades locales para atribuir la prestación mediante adjudicación directa a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

El TJUE admite la adjudicación directa pero bajo el cumplimiento de los siguientes principios: se requiere que las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria; que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros; la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional<sup>44</sup>.

En conclusión, la normativa europea permite, dentro de los límites expuestos, que los Estados miembros puedan diseñar su régimen jurídico *ad hoc* para la provisión de este tipo de servicios mediante fórmulas especiales de contratación pública e incluso de adjudicación directa.

#### 4.1. La libre prestación de servicios

De acuerdo con el artículo 56 del TFUE quedan prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación. Así, la libre prestación de servicios exige eliminar la discriminación en perjuicio del prestador del servicio establecido en otro Estado miembro. Pero también se exige no prohibir u obstaculizar las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro<sup>45</sup>.

No obstante, los diferentes Estados miembros han ido imponiendo restricciones a la libre prestación de servicios en base a las razones imperiosas de intereses general que se prevén en la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Las razones imperiosas de interés general deben interpretarse de forma restrictiva<sup>46</sup>, es decir que: la mera invocación de la razón imperiosa no justifica la imposición de cualquier control o restricción<sup>47</sup>; y deben responder a

---

43. Apartado 55 de la STJUE Azienda sanitaria local n. 5 «Spezzino» y otros (Asunto C-113/13).

44. Apartado 61 de la STJUE Azienda sanitaria local n. 5 «Spezzino» y otros (Asunto C-113/13).

45. Véase SSTJCE de 25 de julio de 1991, (Asunto C-76/90); 24 de enero de 2020, (Asunto C-164/99); entre otras.

46. En este sentido, *vid.* la STJUE de 24 de marzo de 2011, (Asunto C-400/08), «Comisión Europea contra Reino de España» (Rec. p. I-01915).

47. *Vid.* LINDE PANIAGUA, E.; «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, p. 91.

criterios de oportunidad y proporcionalidad, es decir, justificar que son las medidas más adecuadas para alcanzar el objetivo pretendido<sup>48</sup>.

Una de estas razones imperiosas de interés general puede referirse a la legislación laboral y a la protección de los trabajadores. Esto supondría que la aplicación de las normas laborales más favorables a los trabajadores que se desplazan permitiría evitar las situaciones de *dumping* social<sup>49</sup>, pese a que pudiera suponer una disminución de la libre competencia<sup>50</sup>. No obstante, la jurisprudencia del TJUE ha evolucionado hacia la mayor protección de las normas sobre libre competencia, o bien se tiende hacia la ponderación caso por caso<sup>51</sup>.

Sobre la inclusión del salario mínimo en los pliegos de contratación, cabe destacar la Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2015, C-115/14, Regio Post. En el caso objeto de la Sentencia citada, la convocatoria tenía por objeto la contratación de una empresa de envíos postales y entre las cláusulas se exigía que la adjudicataria respetase el salario mínimo establecido en la normativa general. Esta cláusula fue considerada por algunas empresas como discriminatoria para empresas de otros Estados miembros que no pudieran afrontar los costes laborales que conllevan el salario mínimo, lo que podría provocar la vulneración de la libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea. El TJUE consideró que en el caso de que el salario se ajuste a una normativa previa que contiene una mínima protección, está resulta obligatoria para todas las empresas, tanto si son o no de aquel Estado miembro. En consecuencia, el Tribunal concluye que la Administración puede imponer, mediante una cláusula particular, el salario mínimo exigible en el lugar de ejecución del contrato, pero siempre que se hubiera reconocido legalmente como garantía de protección y resultase imperativo para empresas que contraten o no con la Administración. A pesar de esta doctrina jurisprudencial, nos planteamos como puede incorporar el órgano de contratación esa finalidad de promover objetivos de índole social que evitan prácticas de *dumping* en los derechos de los trabajadores o en los sectores de la sociedad más necesitados.

---

48. Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, restringe mucho más el catálogo de razones imperiosas de interés general que establece la Directiva de Servicios. Sobre estas cuestiones, *vid.* entre otros, ALONSO MAS, M. J., (dir.) *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014. PERNAS GARCÍA, J. J., «El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de garantía de la Unidad de mercado», en ALONSO MAS, M. J., (dir.) *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 417-468. VILLAREJO GALENDE, H., «La Directiva de servicios en el mercado interior: una perspectiva general», en RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 21 y ss.

49. La omisión de cláusulas sociales puede ocasionarlo, el cual también afecta a la libre competencia por prácticas colusorias. *Vid.* MARTÍNEZ FONS, D., *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, Fundación Alternativa, 2009, p. 15.

50. *Vid.* STJCE de 21 de septiembre de 1999, (Asunto C-67/96), Albany.

51. STJUE de 15 de julio de 2010, (Asunto C-271/08), Comisión contra Alemania.

## 4.2. La libre competencia

Las normas sobre libre competencia deben respetarse en las cláusulas sociales, ya que estas no pueden suponer una barrera de entrada al mercado o simplemente desde la Administración no pueden establecerse condiciones discriminatorias injustificadas que alteren las condiciones<sup>52</sup>.

Sobre las cláusulas difícilmente asumibles, el TACRC ha exigido que se evalúen los costes que deben asumir las empresas para satisfacer las exigencias, siguiendo la aplicación estricta de la legislación laboral<sup>53</sup>.

En relación con esta cuestión, la CNMC también se ha pronunciado considerando que este tipo de cláusulas son susceptibles de afectar a la competencia por constituir una barrera de entrada. Asimismo, ha valorado positivamente *«la inclusión expresa (...) de la vinculación de las citadas condiciones de ejecución con el objeto del contrato así como el inciso que menciona que la inclusión de estas no podrá suponer directa o indirectamente un trato discriminatorio»*. No obstante, lo anterior, la CNMC también recuerda que, la vinculación de la condición especial deberá estar necesariamente vinculada a la realización del contrato objeto de los Pliegos y no ser características propias de la empresa adjudicataria. Así, por ejemplo, en el supuesto de que un contrato incluyese *«consideraciones de tipo social como pudieran ser la eliminación de desigualdades de género, el cumplimiento de esta condición debería estar directamente vinculado a la ejecución del contrato en el que se incluye dicha condición, y no en términos generales a la proporción de cierto número de personas de un sexo determinado contratadas en la empresa adjudicataria. De lo contrario, la inclusión de estas cláusulas podría discriminar indebidamente a determinados operadores a favor de otros sin finalmente cumplir el objetivo para el cual fueron impuestas, por lo que se recomienda la incorporación de un breve inciso que puntualice lo anterior»*.<sup>54</sup> Además, la CNMC añade que *«a la hora de realizar la imposición de estas condiciones debe velarse de manera efectiva por el cumplimiento de la no discriminación descrita en el propio artículo. De este modo, la previsión por parte del órgano de contratación de imposición de estas condiciones en ningún caso debe extrapolarse más allá de los objetivos que la misma tenga encomendados, por ejemplo, vinculando el cumplimiento de esta condición al de otro requisito potencialmente restrictivo, como pudiera ser el favorecimiento a un determinado colectivo en condiciones de desigualdad laboral, pero restringiéndolo únicamente a aquéllos situados en un determinado territorio»*. Asimismo, la introducción de variables ajenas a los principios contenidos en el mismo como las consideraciones sociales, *«(...) pueden perjudicar la eficiencia estática y dinámica en el aprovisionamiento y podrían potenciarse, en su caso, con otros instrumentos públicos mejor adaptados a la consecución de estos objetivos»*. En conclusión, la CNMC considera que *«la contra-*

---

52. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Cláusulas sociales y licitación pública; análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, p. 171.

53. RTRC 569/2019, de 23 de mayo de 2019, FD 8.

54. IPN/CNMC/010/15 Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, p. 62.

*tación pública no es el instrumento correcto para el cumplimiento de los objetivos sociales comunes incluidos en las Directivas»<sup>55</sup>.*

También estas cláusulas sociales han sido calificadas por el TJUE como ayudas de Estado, considerando como tales *«las intervenciones que, bajo cualquier forma, puedan favorecer directa o indirectamente a las empresas que puedan considerarse una ventaja económica que la empresa beneficiaria no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado»<sup>56</sup>.*

Por tanto, los poderes públicos deben respetar las normas sobre libre competencia, excepto que justifiquen un interés general que permita exceptuar el régimen de concurrencia. De esta premisa, como realiza CUBERO MARCOS se pueden establecer tres consecuencias: a) Las cláusulas sociales deben ser lo suficientemente transparentes, comprensibles y resultar adecuadas al fin que establece la norma de contratación; b) las cláusulas deben ser las estrictamente necesarias para alcanzar aquellos fines de protección de los colectivos más vulnerables. Esta necesidad de las cláusulas se debe demostrar por el sector económico en el que operan las empresas, por la coyuntura económica o por las características del mismo trabajo<sup>57</sup>; c) el órgano de contratación debe ponderar todos los intereses, y en función del tipo de actividad, de contrato, el mercado de referencia, las cuotas del mercado y la legislación sectorial, evalúe si puede o no imposibilitar el acceso a las ofertas, en caso de que se implanten una cláusulas u otras<sup>58</sup>.

Así, las cláusulas sociales pueden crear barreras de entrada al mercado, debido a que la regulación de los poderes públicos puede exigir cargas o costes difíciles de asumir por las empresas. A partir de ahí, se parte de la premisa, que las cláusulas sociales no se configuran como una regulación de cumplimiento general, sino que se establecen para garantizar unos fines de índole social que la Administración o el legislador pretenden alcanzar cuando a aquella contrata a empresas privadas. En conclusión, *«ni todos los contratos deben incluir estas cláusulas sociales, ni todas las empresas licitadoras deben estar en condiciones de asumir los costes que conllevan»<sup>59</sup>.*

---

55. IPN/CNMC/010/15 Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, p. 13.

56. STJUE de 21 de diciembre de 2016, (Asunto C.131/15), Club Hotel Loutraki AE y otros c. Comisión, ap. 70.

57. Sobre esto *vid.*, ÁLVAREZ CUESTA, H., «Un paso atrás en la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública como mecanismo preventivo de conflictos colectivos: Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 220/2017, de 7 de junio de 2017», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 415, p. 171; JUAN GÓMEZ, M., «Breve estudio sobre la incorporación de cláusulas sociales y medio ambiente en la contratación pública actual», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 155, 2018, p. 15.

58. PRECIADO DOMÉNECH, C. H., *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Bomarzo, Albacete, 2018, p. 86.

59. BERNAL BLAY, M. A., «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 10, p. 243.

*Por tanto, no deben imponerse cláusulas a todo tipo de contratos, debido a que esa podría conllevar excesos costes. En este sentido, en la exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE se indica que «ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio».*

Por otro lado, como afirma CUBERO MARCOS, los poderes públicos encargados de regular las cláusulas sociales, disponen de dos opciones. La primera opción es aprobar las cláusulas caso por caso, en función de las características del contrato, y ponderando tanto los intereses o valores que pretenden desde el punto de vista social, como los derechos de las empresas a competir de forma leal y a no ser discriminadas<sup>60</sup>.

La segunda opción consiste en asignar mediante una normativa (norma con rango de ley o reglamento), a unos determinados contratos unas cláusulas sociales mínimas que deben cumplir los adjudicatarios.

En relación con las reservas, se suele alegar la vulneración del principio de concurrencia competitiva e igualdad. Sobre esta cuestión, cabe destacar, en primer lugar, que no debe confundirse con los procedimientos de contratación ya que las reservas van intrínsecamente ligadas a los supuestos tasados precisamente por su afectación a la concurrencia. Por tanto, la figura de la reserva, por definición queda apartada del procedimiento<sup>61</sup>. Además, el número de entidades que puedan presentarse a licitación de una reserva no afecta al principio de concurrencia<sup>62</sup>.

No obstante, el TACRC afirma en diferentes resoluciones que la reserva de contratos de interpretarse de forma restrictiva ya que *«al suponer una excepción al principio de libre concurrencia que rige la licitación pública»*<sup>63</sup>. *De este modo, la restricción viene de los propios términos de la reserva, y como afirma BURZACO SAMPER, se trata de «elementos reglados, en suma, que impiden una extensión extramuros de los mismos»*<sup>64</sup>.

---

60. CUBERO MARCOS, J. I., «Las llamadas cláusulas sociales en los contratos del sector público: cuestiones competenciales y libre concurrencia para la fijación de condiciones salariales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, 2020, p. 33.

61. En este sentido, *vid.* BURZACO SAMPER, M., *op. cit.*, p. 23.

62. En este sentido el TACRC en diferentes resoluciones considera que «el carácter social o de empresa de inserción es una condición legal de aptitud y no un requisito de solvencia, sin que ello implique una vulneración de los principios de igualdad, no discriminación y de la libertad de competencia, tal y como defiende el recurrente, pues no olvidemos que nos hallamos ante «contratos reservados». (...) En este caso, lo único que se hace es especificar una categoría determinada de operadores económicos de carácter social que pueden acceder al contrato que goza del carácter reservado. Ello no quita para que se aplique la libre competencia entre ellas, quedando abierta la licitación ordinaria». *Vid.* Resolución TACRC 688/2019, de 20 de junio de 2019, FJ 5.

63. Resolución TACRC 510/2019, FJ. 5.

64. BURZACO SAMPER, M., *op. cit.*, p. 24.

## **V. CONCLUSIONES**

Como conclusión, puede afirmarse que las relaciones jurídicas de colaboración de la Administración pública en el ámbito de los servicios de atención a las personas se deben regular alejadas de las reglas del mercado, ya que se trata de unos servicios especiales, de carácter vital. Es precisamente esta especificidad la que provoca que se deban proteger y garantizar con mayor énfasis la aplicación de derechos fundamentales como la dignidad y la integridad de la persona. En este sentido, la Comisión Europea ha remarcado, como valores esenciales, la protección de la salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres y la cohesión social y territorial<sup>65</sup>.

En cuanto a la articulación de políticas públicas sociales, la reserva de contratos para determinados colectivos destaca como una técnica de especial interés. Como hemos visto, la opción de reservar contratos a ciertos colectivos con características sociales a proteger no supone una vulneración a la competencia. No obstante, esta reserva tiene límites intrínsecos a su propia esencia como los tipos de contratos o el objeto.

Por tanto, no es posible una interpretación que amplíe esta reserva pues se establecería una restricción contraria al principio de competencia. Esto significa, que en un contrato de prestaciones sociales y sanitarias se pueden excepcionar las reglas de competencia, propias de los contratos típicos de servicios y adjudicar a entidades del Tercer Sector sin ánimo de lucro.

Así, dado el marcado carácter estratégico de la contratación pública se fomenta la colaboración de las entidades sin ánimo de lucro desde el principio de solidaridad. Conforme a la previsión contenido en el artículo 116 de la LCSP, la prestación de los servicios sociales y sanitarios también se puede llevar a cabo mediante fórmulas no contractuales.

En definitiva, éstos son servicios de interés general, con la peculiaridad de resaltar la calidad de la prestación del servicio. Pero es necesario que se respeten las exigencias fijadas por el TJUE, que se resumen en las siguientes: a) las asociaciones de voluntariado no persiguen objetivos distintos a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustenten; b) no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones; c) en materia de personal, las asociaciones deben respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa; d) no se deben aplicar de forma generalizada.

Por tanto, sino se cumplieran estas condiciones, ya hemos visto como esa decisión administrativa sería contraria a los principios de la contratación pública y por consiguiente podría ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contenciosa administrativo como ante las autoridades en defensa de la competencia.

De lo expuesto se deduce, como efectúa GIMENO FELIÚ que no puede establecerse una «regla de preferencia» de las entidades sin ánimo de lucro frente a organizaciones privadas con intereses económicos porque se requilibrarían las normas de la bici. Por tanto, la apuesta por estas actividades sociales y sani-

---

65. Comunicación de la Comisión Aplicación del programa Comunitario de Lisboa. Servicios Sociales de interés general en la Unión Europea, de 26 de abril de 2006, COM (2006) 177.

tarias se debe justificar en la mayor calidad o eficiencia en la prestación del servicio, sin olvidar la regulación y continuidad del servicio. Pero, evidentemente, esta decisión discrecional podrá ser objeto de control jurisdiccional.

La LCSP en materia de servicios sociales y sanitarios contempla las posibilidades de un régimen especial que permiten el Derecho europeo. No obstante, se deben respetar los principios de competencia, transparencia, no discriminación y publicidad. Conforme a esto, las administraciones competentes para la prestación de los servicios de atención a las personas no disponen únicamente de la aplicación de la normativa contractual.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MAS, M. J., (dir.) *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., «Un paso atrás en la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública como mecanismo preventivo de conflictos colectivos: Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 220/2017, de 7 de junio de 2017», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 415, 2017, pp. 196-201.
- BERNAL BLAY, M. A., «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 10, 2008, pp. 211-252.
- BERNAL BLAY, M. A., «El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XVIII, 2018, pp. 91-138.
- BURZACO SAMPER, M., «Concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores y discriminación positiva en las reservas de contratos: un análisis desde los conflictos», *CIRIEC, Revista Jurídica*, núm. 35, 2019, pp. 1-44.
- CHINCHILLA PEINADO, J. A., DOMINGUEZ MARTIN, M., «Servicios de interés general y mercado interior», en GONZÁLEZ RÍOS, I. (dir.), *Servicios de interés general y mercado y protección de los usuarios*, Dykinson, 2018, pp. 59 y ss.
- CASADO CASADO, L. «El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?», *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, núm. 2, mayo -agosto, 2019, pp. 375-40.
- CUBERO MARCOS, J. I., «Las llamadas cláusulas sociales en los contratos del sector público: cuestiones competenciales y libre concurrencia para la fijación de condiciones salariales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, 2020, pp. 1-40.
- DOMINGUEZ MARTÍN, M., «Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos

- tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2009, en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509421> (visitado el 15.04.2020)
- DOMINGUEZ MARTIN, M.; CHINCHILLA PEINADO, J. A., «La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017, de contratos del sector público», *Revista Derecho y Salud*, vol. 29, extraordinario, 2019, pp. 186-193.
- FORNS I FERNÁNDEZ, M. V., «La construcción del derecho social de acceso a los servicios sociales», en AA. VV., *Anais do I Congresso Global de Direitos Humanos. Novas políticas de cidadania e de desenvolvimento sustentável*, Lamego, enero, 2019, pp. 344-354.
- FORNS I FERNÁNDEZ, M., V., «El sistema de servicios sociales frente a la crisis económica y social del Estado del Bienestar. El modelo catalán de prestaciones de atención a la persona», *Sistema*, núm. 257, 2020, pp. 61-84.
- FUENTES I GASÓ, J. R.; JUNCOSA I VIDAL, C., «La armonización europea de la contratación administrativa en el Estado Español: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, núm. 1, vol. 9, enero - abril 2018, pp. 64-124.
- FUENTES I GASÓ, J. R., «La pervivencia de la gestión indirecta de los servicios públicos locales tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público: las sociedades de economía mixta», *Cuadernos de Derecho Local, (QDL)*, núm. 50, junio, 2019, pp. 14-51.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS» (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)», *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, núm. 2, 2015, pp. 65-85.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015, pp. 81-122.
- GIMENO FELIÚ, J.M., «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2017, pp. 241-287.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2019, pp. 12-65.
- JUAN GÓMEZ, M., «Breve estudio sobre la incorporación de cláusulas sociales y medio ambiente en la contratación pública actual», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 155, 2018, p. 6-21.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., «Los servicios de interés general en la Unión Europea», *Derecho PUCP*, núm. 76, 2016, pp. 19-50.
- LAZO VITORIA, X., «La figura del «concierto social» tras las directivas europeas de contratación pública», en <http://www.obcp.es/opiniones/la-figura-del-concierto-social-tras-las-directivas-europeas-de-contratacion-publica> (visitado el 20.04.2020).

- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA MORATO, L., «Formas de gestión de los servicios públicos locales», en VELASCO CABALLERO, F. (dir.), *Tratado de Derecho Económico Local*, Marcial Pons, 2017, pp. 105-152.
- MARTÍNEZ FONS, D., *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, Fundación Alternativa, 2009, p. 15.
- PARICIO RALLO, E., «El concepto europeo de servicios de interés general y los servicios municipales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 32, 2013, pp. 103-116.
- PERNAS GARCÍA, J. J., «El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de garantía de la Unidad de mercado», ALONSO MAS, M. J., (dir.) *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 417-468.
- PRECIADO DOMÉNECH, C. H., *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Bomarzo, Albacete, 2018.
- PONCE SOLÉ, J., «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, pp. 57-84.
- PONCE SOLÉ, J., «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40, 2016, pp. 68-108.
- RODRÍGUEZ BEAS, M., «La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública» en *Las nuevas directivas de contratación pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 305-316.
- RODRÍGUEZ BEAS, M., «El procedimiento de asociación para la innovación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: oportunidades e incertidumbres», *Revista general de Derecho administrativo*, núm. 52, octubre, 2019.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Cláusulas sociales y licitación pública; análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.
- TEJEDOR BIELSA, J., «Entidades sin ánimo de lucro, contratos «in house» y reserva legal de contratos», en <http://www.obcp.es/opiniones/entidades-sin-animode-lucro-contratos-house-y-reserva-legal-de-contratos>.
- VAQUER CABALLERÍA, M., «De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los «servicios sociales» y su aplicación en materia de viviendas», *Revista General de Derecho Administrativa*, núm. 25, 2010.
- VILLALBA PÉREZ, F., «Externalización de servicios sanitarios: nuevas perspectivas y orientaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, pp. 323-353.
- VILLAREJO GALENDE, H., «La Directiva de servicios en el mercado interior: una perspectiva general», en RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 21 y ss.