

Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Especialidades de contratación en Servicios Sociales: Convenios de financiación.

I.- ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica del Departamento de Servicios Sociales y Familia del Gobierno de Aragón, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 7 de julio de 2008, en el que solicita consulta:

“En el Departamento de Servicios Sociales y Familia se está intentando no demorar las actuaciones derivadas del ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, considerando la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Se ha detectado que existen diferentes criterios interpretativos, dentro de la Administración autonómica, sobre la aplicación de la Ley. Por ello, en virtud del artículo 3.2. del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, procedo a formular las siguientes cuestiones:

Visto el artículo 16.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, ¿Podría establecerse un procedimiento especial para la contratación de servicios sociales residenciales por no ser de aplicación la directiva?

Cuando se espera que los servicios sociales residenciales se presten efectivamente por una administración local o una entidad de iniciativa social, ¿podría utilizarse la fórmula del CONVENIO DE FINANCIACIÓN?

Cuando se espera que los servicios sociales residenciales se presten efectivamente por instituciones de iniciativa social, ¿se puede acudir a la figura de los CONTRATOS RESERVADOS?”

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 21 de julio de 2008, acuerda informar lo siguiente:

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El presente informe se emite con carácter facultativo a petición de la Secretaria General Técnica del Departamento de Servicios Sociales y Familia, de conformidad con lo previsto en los artículos 3.2 y 4.b) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, que atribuye a ésta la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa y la función de velar por el debido y estricto cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos de la Administración y, especialmente, por el respeto de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia.

Por otro lado, la petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, tal y como exige el artículo 6. d) del citado Decreto.

II. Sobre la posibilidad de establecer, al amparo del artículo 16.1 LCSP, un procedimiento especial para la contratación de servicios sociales residenciales por no ser de aplicación la Directiva 2004/18.

Las nuevas directivas comunitarias en materia de contratación pública, amén de confirmar la tendencia hacia la formación de un derecho común europeo, obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional. La primera, ya destacada por la doctrina, que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio

de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede, y debe ser, una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública.

Desde esta perspectiva debe ser entendida la pretensión formulada por el Departamento de Srrvicios Socilaes y de Familia. Es cierto que la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, de contratos públicos excluye expresamente de su ámbito de aplicación los servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II, (incorporado literalmente a LCSP) con excepción de los artículos 23 y 35, apartado cuarto.. Eso significa que, en servicios sociales NO existe aplicación directa de esta Directiva y que la materia procedimental en los contratos a celebrar es de disposición estatal siempre que se respeten los principios comunitarios de transparencia, concurrencia y no discriminación, no existiendo, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos en función de su umbral o exención objetiva, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos contenidos en la Directiva que deben

interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado. Esta afirmación queda avalada por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006). Y así lo corrobora la reciente STJCE de 14 de junio de 2007 (*Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio*).

En suma, que respetando estos principios puede pensarse en la posibilidad de establecer un procedimiento específico que concilie adecuadamente los distintos intereses en juego. Así, a juicio de esta Junta, siempre que se utilizara un instrumento normativo con rango de Ley, podría la Comunidad Autónoma de Aragón, en el concreto ámbito de su competencia (entre otros, artículos 71.11 y 75. 11 del vigente Estatuto de Autonomía de Aragón) diseñar, por ejemplo, un procedimiento negociado con publicidad con carácter ordinario que, dotado de la adecuada transparencia, permitiera negociar los aspectos técnicos y económicos del contrato. Igualmente podría optar por configurar de forma distinta la naturaleza jurídica del contrato o modular los plazos del mismo. Tal posibilidad no es una novedad ni quiebra las bases de la regulación de contratos ya que es, por ejemplo, la opción acordada por la LCSP al establecer este procedimiento negociado como ordinario en función de la cuantía (por no ser de aplicación por el importe la Directiva 2004/18). Lo mismo sucede con la Ley 31/2007, de contratación en sectores especiales que determina con carácter ordinario este procedimiento.

Obviamente, y a efectos de garantizar el principio de igualdad de trato, se deberá aplicar la regla de la LCSP que obliga a que antes de negociar con los licitadores, el órgano de contratación ya tiene que haber establecido previamente en el pliego de cláusulas administrativas los elementos sobre los que se piensa negociar.

III. De la existencia de contrato o convenio en la utilización de los servicios sociales residenciales de titularidad municipal.

La LCSP introduce ciertas novedades en lo relativo al ámbito de aplicación objetiva. El artículo 1 LCSP concreta el ámbito objetivo de aplicación y los principios de aplicación afirmando:

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar”.

Es decir, se limita a ciertas prestaciones que, además, deben tener carácter oneroso tal y como previene al artículo 2 de la LCSP.

Y en directa relación aclara la finalidad de los convenios inter administrativos afirmando que no proceden cuando la prestación, que es causa del mismo, es una de las prestaciones comprendida en el ámbito objetivo de la LCSP y tienen carácter oneroso. Y es que el convenio no puede servir de instrumento que eluda las normas de contratación pública tal y como ha puesto de relieve el TJCE en su Sentencia de 13 de enero de 2005, en la que se condenaba al Reino de España afirmando que la previsión del artículo

3.1 de la derogada LCAP era contraria al derecho comunitario pese a que desde el Estado español se argumentaba que la figura del convenio es la forma normal de relacionarse entre sí de las entidades de Derecho Público. En la citada Sentencia se afirma claramente que:

“Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o un contratista y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de dichas Directivas y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.

Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).

Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

En consecuencia, dado que excluye a priori del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las

Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37”.

En definitiva, la técnica del convenio debe ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación este comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva. Así lo corrobora la reciente STJCE de 18 de enero de 2007 (*Auroux /Commune de Roanne*), en la que se analiza la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio. Es decir, si la prestación encaja como figura contractual recogida en la LCSP no puede articularse un convenio, al margen de que las partes tengan personalidad pública o representen un interés público.

Afirmado ésto, conviene determinar si la prestación sobre la que se solicita informe tiene o no la consideración de contrato o, si por contra, puede encuadrarse en la técnica del convenio referida en el artículo 4 LCSP. Esta Junta entiende que la prestación que se define no es en si una relación propia de contrato ya que básicamente lo que se realiza es una técnica de colaboración vía financiación entre dos Administraciones públicas, en el ejercicio de una competencia concurrente como es la de servicios sociales.

Lo que pretende el Gobierno de Aragón con esta práctica es una coordinación efectiva de competencias que permita la mejor eficiencia de los recursos materiales y financieros sin que pueda pensarse que la naturaleza de esta relación es de carácter contractual. Nos encontramos ante la figura de convenios de financiación al no poder ser calificados de contratos ya que la causa del negocio jurídico no es la de recibir una prestación mediante precio como es la propia de un contrato.

IV. Sobre la posibilidad de acudir a la figura de contratos reservados.

Como decíamos en el apartado II de este Informe, los criterios sociales están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias dado que la contratación pública no es un fin en si misma sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TCE (art. 2), como bien ha recordado la Comisión Europea en su Comunicación de 15 de octubre de 2001. Así se entiende la previsión del artículo 19 la Directiva 2004/18, de permitir la existencia de contratos reservados a favor de entidades de carácter social por la que se limitaría a éstas la posibilidad de participar o se permitiría reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Igualmente, en una adecuada interpretación teleológica, parece lógico entender que también podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social. En esta misma línea insiste la Exposición de Motivos LCSP:

”Incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, ...las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un “comercio

justo” con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo [2005/2245 (INI)], y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales, a la articulación de un nuevo procedimiento de adjudicación, el diálogo competitivo, pensado para contratos de gran complejidad en los que la definición final de su objeto sólo puede obtenerse a través de la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores”.

De lo expuesto se deduce que nada impide que la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante norma con rango legal, reserve determinados contratos, en el ámbito de los servicios sociales, a insituciones de iniciativa social siempre que la finalidad sea una mejor prestación de los fines públicos y se articule una adecuada concurrencia ente estas entidades de iniciativa social. En todo caso, parece aconsejable que, de regularse esta modalidad se prevea que el importe de los contratos no supere determinado umbral a efectos de evitar una indeseable distorsión de la competencia. Igualmente, por mor del principio de transparencia los anuncios de licitación y de adjudicación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente tal configuración.

III.- CONCLUSIONES

I- Es conforme a derecho la posibilidad de establecer un procedimiento específico que concilie adecuadamente los distintos intereses en juego. Así, a juicio de esta Junta, siempre que se utilizara un instrumento normativo con rango de Ley, podría la Comunidad Autónoma de Aragón, en el concreto ámbito de su competencia diseñar, por ejemplo, un procedimiento negociado con publicidad con carácter ordinario en el que, dotando adecuada transparencia se permitiera negociar los aspectos técnicos y económicos del contrato.

II- La relación entre la Comunidad Autónoma con los servicios sociales municipales no es en si una relación propia de contrato ya que básicamente lo que se realiza es una técnica de colaboración vía financiación entre dos Administraciones públicas en el ejercicio de una competencia concurrente como es la de servicios sociales. Lo que pretende el Gobierno de Aragón con esta práctica es una coordinación efectiva de competencias que permita la mejor eficiencia de los recursos materiales y financieros sin que pueda pensarse que la naturaleza de esta relación es de carácter contractual. Nos encontramos ante la figura de convenios de financiación que sí encuentran apoyo en la LCSP (art. 4.c) al no poder ser calificados de contratos ya que la causa del negocio jurídico no es la de recibir una prestación mediante precio como es la propia de un contrato.

III- Nada impide que la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante norma con rango legal, reserve determinados contratos en el ámbito de los servicios sociales a insituciones de iniciativa social siempre que la finalidad sea una mejor prestación de los fines públicos y se articule una adecuada concurrencia ente estas entidades de inciativa.

Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado por unanimidad de sus miembros.