

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA**

PROCEDIMIENTO ORDINARIO [ORD] nº: 4 /000170/2018-DZ

N.I.G: 46250-33-3-2018-0000560

Ponente: D/D^a MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS

Demandante/Recurrente: ASOCIACION ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCION A DOMICILIO-ASADE

Procurador/Letrado: ANA MARTINEZ GRADOLI /

Demandado/Recurrido: CONSELLERIA DE IGUALDAD Y POLITICAS INCLUSIVAS

Procurador/Letrado: /ABOGADO GENERALITAT VALENCIA

A U T O

Iltmos. Sres.Magistrados:

D. Manuel José Baeza Díaz -Portales (Presidente)

D.Edilberto Narbón Laínez

D.Manuel José Domingo Zaballos (ponente)

En Valencia, a treinta de julio de dos mil veinte

H E C H O S

Primero: En esta Sala y Sección se siguen los autos nº 170/2018, recurso interpuesto por Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) contra el *Decreto 181/2017, de 17-11-2017, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por unidades de iniciativa social*, publicado en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana de 23 de diciembre de 2017.

Segundo.- En el escrito de demanda la parte actora, ASADE, interesó de este Tribunal dictara sentencia con el siguiente pronunciamiento: 1.- Se declare la inaplicabilidad de los artículos 44bis c), 53, 56.2 y el Título VI de la Ley 5/1997, de 26 de junio, de la Generalitat Valenciana, por la cual se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana. 2.- La nulidad de pleno derecho del Decreto 181/2017, objeto de la impugnación.

Termina el escrito procesal de la demandante invocando el artículo 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y solicitando de esta Sala que plantee *cuestión prejudicial de interpretación* al Tribunal de

Justicia de la Unión Europea respecto a la compatibilidad de la Ley 5/1997, de la Generalitat – artículos 44bis1.c 53 y 56.2 y de su Título VI - con el Derecho de la Unión, en concreto con el artículo 49 de dicho Tratado, y con los artículos 15.2 de la Directiva 2006/123, del Parlamento Europeo y del Consejo (*Directiva de Servicios*) y artículo 77 de la Directiva 2014/ 24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

Tercero.- Seguida la tramitación del procedimiento, incluyendo el recibimiento del pleito a prueba – admitida documental obrante en las actuaciones- y presentados escritos de conclusiones por las partes demandante y demandada, se fijó fecha para deliberación y fallo, decidiendo la Sala dejarla sin efecto y -como diligencia final- oír a las partes acerca de la incidencia -en relación con el pedimento de plantear cuestión prejudicial ex art. 267 TFUE- que supuso la derogación de la Ley 5/1997, de 25 de junio por la Ley autonómica 3/2019, de 18 de febrero 3/ 2019, de Servicios Sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana. Demandante y demandada presentaron sus respectivos escritos de alegaciones.

Terminó deliberándose el asunto en fecha 30 de julio de 2020. Expresa el parecer de la Sala el magistrado Ponente, Manuel J. Domingo Zaballos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: DERECHO NACIONAL. La Constitución Española prescribe que es competencia exclusiva del Estado *legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas (Art. 149.1. 18º)*. Activando tal competencia normativa Las Cortes Generales aprobaron 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; dicho cuerpo legal entró en vigor el 11-3-2018. En la fecha del Decreto del Consell objeto de la impugnación (17-11-2017), estaba vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Gobierno de la Nación, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de septiembre. En dicho cuerpo legal no aparece previsión concreta que habilite la acción concertada para la prestación de servicios sociales, como el propio legislador regional valenciano viene a admitir en el Preámbulo de la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de la Generalitat. Tampoco incluye regulación al respecto la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social (ley de las Cortes Generales).

Permite la Norma Fundamental española la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas en materia de Asistencia Social (art.

148.1,20º). La Comunidad Valenciana ostenta la competencia exclusiva sobre la materia *Servicios sociales* por mor de su Estatuto de Autonomía, Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, modificada por LO 1/2006 (Ar.49.24º) y también sobre la materia *Instituciones Públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, personas con discapacidad y otros grupos o sectores necesitados de protección social, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación*. Ejercitando dichos títulos habilitantes, las Cortes Valencianas aprobaron la Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana, modificada por Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de la Generalitat. De dicho cuerpo legal autonómico constituye desarrollo reglamentario el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre *por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por unidades de iniciativa social*, publicado en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana de 23 de diciembre de 2017, con entrada en vigor un día después .

La Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de la Generalitat -modificativa de la Ley 5/1997, de 25 de junio- precisamente recoge en su Preámbulo (apartado VI), por lo que aquí concierne, lo siguiente:

<<Por otro lado, con la inclusión de un nuevo artículo 44 bis, la modificación de los artículos 53, 56.2 y del título VI de la Ley 5/1997, se pretende delimitar el régimen jurídico de la Acción Concertada como forma de provisión de las prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de la CV, aclarando que **tal acción concertada presenta una naturaleza distinta a la de los contratos públicos sujetos a alguna de las modalidades previstas en la legislación de contratos públicos, así como determinar los principios a los que deberá ajustarse su celebración; acogiéndose para ello a la posibilidad que ofrece la nueva normativa comunitaria (Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014)** que afirma que la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas. Esta modificación viene justificada por la falta de transposición de la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 al Ordenamiento Jurídico Español y la incertidumbre de cuándo se producirá.>>(La negrita es nuestra)

Los artículos que interesan de la Ley 5/1997, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana, texto vigente a la fecha de aprobación y entrada en vigor del Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, que permanece vigente, son del siguiente tenor literal:

«Artículo 44 bis. Formas de provisión de las prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales.

1. Las Administraciones públicas incluidas en el Sistema Público de Servicios Sociales proveerán a las personas de los servicios previstos en la ley o en el Catálogo de Servicios Sociales de las siguientes formas:

a) Mediante gestión directa o medios propios, que será la forma de provisión preferente.

b) Mediante gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público.

c) Mediante acuerdos de acción concertada con entidades privadas de iniciativa social.

2. La provisión de prestaciones sociales públicas a través de centros o servicios de una Administración distinta a la titular de la competencia se efectuará a través de cualquiera de las fórmulas de colaboración y cooperación entre administraciones públicas previstas en el ordenamiento jurídico.»

«Artículo 53. De la concertación con entidades privadas de iniciativa social.

1. Las administraciones públicas competentes en materia de servicios sociales podrán encomendar a entidades privadas de iniciativa social la provisión de prestaciones previstas en el Catálogo de Servicios Sociales, mediante acuerdos de acción concertada, siempre que tales entidades cuenten con la oportuna acreditación administrativa y figuren inscritas como tales en el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales correspondiente.

2. Reglamentariamente, en el marco de lo establecido en la Ley, se establecerá el régimen jurídico para cada sector específico de actuación, fijando las condiciones de actuación de los centros privados concertados que participen en el sistema de servicios sociales de responsabilidad pública, determinando los requisitos de acceso, condiciones del servicio, procedimientos de selección, duración máxima y causas de extinción del concierto, así como las obligaciones de las partes.

3. El concierto suscrito entre la Administración y la entidad privada establecerá los derechos y obligaciones de cada parte en cuanto a su régimen económico, duración, prórroga y extinción, número y tipología de unidades concertadas en su caso y demás condiciones legales.

4. El acceso a las plazas concertadas con entidades privadas de iniciativa social será siempre a través de la Administración concertante.

5. Son entidades de iniciativa social las fundaciones, asociaciones, organizaciones de voluntariado y otras entidades sin ánimo de lucro que realicen actividades de servicios sociales. Se considerarán entidades de iniciativa social, en particular, las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro conforme a su normativa específica.»

Artículo 56. Sobre conciertos

1 La Generalitat contribuirá financieramente al desarrollo y mejora de las competencias de las entidades locales, así como al sostenimiento de 3 programas de contenido social realizados por entidades sin ánimo de lucro.

2. Asimismo, la Generalitat consignará anualmente en los correspondientes presupuestos los créditos necesarios para financiar los acuerdos de acción concertada con entidades privadas de iniciativa social.»

[]

Título VI de la acción concertada

Artículo 62. Concepto, régimen general y principios de la acción concertada.

1. Los acuerdos de acción concertada son instrumentos organizativos de naturaleza no contractual a través de los cuales las administraciones competentes podrán organizar la prestación de servicios a las personas de carácter social cuya financiación, acceso y control sean de su competencia, ajustándose al procedimiento y requisitos previstos en esta ley y en la normativa sectorial que resulte de aplicación.

2. Las administraciones públicas ajustarán su acción concertada con terceros para la prestación a las personas de servicios sociales a los siguientes principios:

- a) Subsidiariedad, conforme al cual la acción concertada con entidades privadas sin ánimo de lucro estará subordinada, con carácter previo, a la utilización óptima de los recursos propios.
- b) Solidaridad, potenciando la implicación de las entidades del tercer sector en la prestación de servicios a las personas de carácter social.
- c) Igualdad, garantizando que en la acción concertada quede asegurado que la atención que se preste a los usuarios se realice en plena igualdad con los usuarios que sean atendidos directamente por la Administración.
- d) Publicidad, previendo que las convocatorias de solicitudes de acción concertada sea objeto de publicación en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana.
- e) Transparencia, difundiendo en el portal de transparencia los acuerdos de acción concertada en vigor en cada momento.
- f) No discriminación, estableciendo condiciones de acceso a la acción concertada que garanticen la igualdad entre las entidades que opten a ella.
- g) Eficiencia presupuestaria, fijando contraprestaciones económicas a percibir por las entidades concertadas de acuerdo con las tarifas máximas o módulos que se establezcan, que cubrirán como máximo los costes variables, fijos y permanentes de prestación del servicio, sin incluir beneficio industrial.

Artículo 63. Ámbito objetivo y requisitos exigidos para la acción concertada.

1. Los servicios a las personas en el ámbito de servicios sociales que podrán ser objeto de acción concertada se determinarán reglamentariamente de entre los previstos en la cartera de servicios.

2. Podrán ser objeto de acción concertada:

- a) La reserva y ocupación de plazas para su ocupación por los usuarios del sistema público de servicios sociales, cuyo acceso será autorizado por las administraciones públicas competentes conforme a los criterios establecidos conforme a esta ley.
- b) La gestión integral de prestaciones, servicios o centros conforme a lo que se establezca reglamentariamente.

3. Cuando la prestación del servicio conlleve procesos que requieran de diversos tipos de intervenciones en distintos servicios o centros, la Administración competente podrá adoptar un solo acuerdo de acción concertada con dos o más entidades imponiendo en dicho acuerdo mecanismos de coordinación y colaboración de obligado cumplimiento.

4. Podrán acceder al régimen de acción concertada las entidades privadas de iniciativa social prestadoras de servicios sociales que cuenten con acreditación administrativa y se hallen inscritas en el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales correspondiente.

5. El régimen de acción concertada será incompatible con la concesión de subvenciones económicas para la financiación de las actividades o servicios que hayan sido objeto de concierto.

Artículo 64. Procedimientos de concertación y criterios de preferencia.

1. La normativa sectorial regulará los procedimientos para que las entidades que cumplan los requisitos establecidos puedan acogerse al régimen de acción concertada conforme a los principios generales establecidos en el artículo 62 de esta ley.

2. Para la adopción de acuerdos de acción concertada la normativa sectorial establecerá los criterios de selección de entidades cuando resulte ésta necesaria en función de las limitaciones presupuestarias o del número o características de las prestaciones susceptibles de concierto.

3. Podrán establecerse los siguientes criterios de selección de entidades:

a) La implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio;

b) Los años de experiencia acreditada en la prestación del servicio;

c) La valoración de las personas usuarias, si ya ha prestado el servicio anteriormente;

d) Las certificaciones de calidad;

- e) La continuidad en la atención o calidad prestada;
- f) El arraigo de la persona en el entorno de atención;
- g) Las buenas prácticas sociales y de gestión de personal, especialmente en la ejecución de las prestaciones objeto de la acción concertada;
- h) Cualesquiera otros que resulten determinantes para la valoración de la capacidad e idoneidad de las entidades.

Artículo 65. Formalización y efectos de la acción concertada.

1. Los acuerdos de acción concertada se formalizarán en documento administrativo de concierto con el contenido que establezca la normativa sectorial que resulte de aplicación.
2. Los conciertos obligan a la entidad que concierta a prestar a las personas los servicios de carácter social en las condiciones que establezca la normativa sectorial aplicable y, conforme a la misma, el propio acuerdo de concertación.
3. No podrá percibirse de las personas usuarias de los servicios ninguna cantidad por los servicios concertados al margen de las tasas establecidas.
4. La percepción de los usuarios de cualesquiera retribuciones por la prestación de servicios complementarios, y su importe, deberá ser previamente autorizada por la Administración concertante.

Artículo 65 Formalización y efectos de la acción concertada (...)

Artículo 66. Financiación de la acción concertada.

1. Cada convocatoria fijará los importes de los módulos económicos correspondientes a cada prestación susceptible de acción concertada.
- 2. Las tarifas máximas o módulos económicos retribuirán como máximo los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, sin incluir beneficio industrial.**
3. Los importes derivados de la acción concertada se abonarán, previa presentación de la correspondiente factura por parte de la entidad concertada y con cargo al capítulo destinado a financiar los gastos corrientes de la Administración.

Artículo 67. Duración de los conciertos.

Los conciertos deberán establecerse con una duración temporal no superior a cuatro años. Las eventuales prórrogas, cuando estén expresamente previstas en el acuerdo de acción concertada, podrán ampliar la duración total del concierto a diez años. Al terminar dicho periodo, la Administración competente podrá establecer un nuevo concierto.

Artículo 68. Limitaciones, causas de extinción y resolución de conflictos.

1. Queda prohibida la cesión, total o parcial, de los servicios objeto del acuerdo de acción concertada excepto cuando la entidad concertada sea declarada en concurso de acreedores con autorización expresa y previa de la Administración que adoptará las medidas precisas para garantizar la continuidad y calidad del servicio.
2. Las entidades concertadas deberán acreditar su idoneidad para prestar los servicios objeto del acuerdo de acción concertada. Cuando los medios materiales y personales de los que dispongan no sean suficientes podrán recurrir a la colaboración de terceros, sin que ello pueda suponer el traslado de la ejecución de un porcentaje superior al que establezca la normativa sectorial o, conforme a ella, el acuerdo de acción concertada.
3. El acuerdo de acción concertada, en el marco que establezca la normativa sectorial, podrá imponer condiciones sobre el régimen de contratación de las actuaciones concertadas.
4. Son causas de extinción de los conciertos:
 - a) El acuerdo mutuo de las partes, manifestado con la antelación que se determine en el concierto para garantizar la continuidad del servicio.
 - b) El incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del concierto por parte de la Administración o del titular del servicio, previo requerimiento para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas del concierto.

- c) El vencimiento del plazo de duración del concierto, salvo que se acuerde su prórroga o renovación.
 - d) La extinción de la persona jurídica a la que corresponde la titularidad.
 - e) La revocación de la acreditación, homologación o autorización administrativa de la entidad concertada.
 - f) El cese voluntario, debidamente autorizado, de la entidad concertada en la prestación del servicio.
 - g) La inviabilidad económica del titular del concierto, constatada por los informes de auditoría que se soliciten.
 - h) La negación a atender a los usuarios derivados por la Administración competente o la prestación de servicios concertados no autorizada por esta.
 - i) La solicitud de abono a los usuarios de servicios o prestaciones complementarias cuando no hayan sido autorizadas por la Administración.
 - j) La infracción de las limitaciones a la contratación o cesión de servicios concertados.
 - k) El resto de causas que, de conformidad con lo establecido en esta ley y sus disposiciones de desarrollo, prevean los acuerdos de acción concertada.
- Extinguido el concierto, la Administración competente garantizará la continuidad de la prestación del servicio de que se trate.

5. Las cuestiones litigiosas derivadas de la aplicación del régimen de acción concertada serán resueltas por la Administración competente sin perjuicio de que, una vez agotada la vía administrativa, puedan someterse a la jurisdicción contencioso-administrativa.»(La negrita es nuestra)

El Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, como disposición administrativa de la Administración regional valenciana : a) **Tiene por objeto la regulación** de los requisitos, procedimiento de selección, contenido y condiciones básicas para la implantación, ejecución y desarrollo de los acuerdos **de acción concertada, como forma de gestión de servicios sociales** por entidades de iniciativa social para proveer a las personas de los servicios sociales previstos en la ley **y en el catálogo de servicios sociales** o sus normas de desarrollo (art. 1). **b) Entre sus definiciones figura la de Entidades de iniciativa social, determinando el Decreto que ostentan tal consideración las fundaciones, asociaciones, organizaciones de voluntariado y otras entidades sin ánimo de lucro** que realicen actividades de servicios sociales. Asimismo se consideran incluida las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro en su normativa específica (artículo 3, e). (La negrita es nuestra)

La Ley de 1997 por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana ha sido derogada por la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de Servicios Sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana (DOGV de 21- 2-2019), el 21 de marzo de 2019. En cualquier caso: a) Sobre la *prestación de servicios sociales* se mantiene el concepto, régimen general y principios de la acción concertada, diferenciando ese régimen de la posibilidad de contratar *la provisión de las prestaciones*

(sociales) *de su competencia con entidades de iniciativa privada* (artículos 87 y 99), así como el ámbito objetivo de la acción concertada (art. 88), b). El Decreto 181/2017, de 17 de noviembre conserva su vigencia conforme a la Disposición derogatoria única de la Ley 3/2019.

Segundo.- DISPOSICIONES DE LA UNIÓN EUROPEA.

-El artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): Derecho de establecimiento(...). Se da por reproducido.

-El artículo 56 del mismo Tratado. Servicios Libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea. Se da por reproducido.

-Los artículo 76 y 77 (en relación con el ar. 74 y anexo IX de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, respectivamente: *Principios de adjudicación de contratos y Contratos reservados para determinados servicios* (...). Tales preceptos se dan aquí por reproducidos.

-El artículo 15.2 de la Directiva 123/2006/ CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre relativa a los servicios en el mercado interior. Se da por reproducido.

Tercero.- ARGUMENTOS DE LAS PARTES

A.- En la tesis de la parte demandante, expresada en síntesis, el Decreto del Consell 181/2017, de 17 de noviembre que desarrolla la acción concertada regulada por Ley 5/1997, de 25 de junio por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana : a)Excluye a las entidades con ánimo de lucro de la posibilidad de prestar servicios públicos mediante una acción concertada, y b)Permite a las entidades sin ánimo de lucro (no solo a las organizaciones del voluntariado) que puedan prestar servicios públicos a cambio de una remuneración sin que tengan que pasar por un proceso competitivo, transparente y con igualdad de trato.

Los artículos 44bis.1c), 53, 56.2 y el Título VI de la indicada ley valenciana de 25 de junio de 1997(modificada por Ley 13/2016, de 29 de diciembre)- y que desarrolla el Decreto impugnado por ASADE: a)Restringen la libertad de establecimiento, y b) La restricción de la libertad de establecimiento no está justificada por razones de orden público, seguridad o salud pública o por razones imperiosas de interés general. Con invocación de las sentencias del TJUE de 19-7-2014(Centro hospitalar de Setúbal y SUCH, C-574/12 y de 28-1-2016 (Casta y otros, C-50/14); excepciones a la regla general que se ciñen a las asociaciones de voluntariado (no a cualquier entidad sin ánimo de lucro), en el campo sanitario y que la compensación por las prestación de los servicios se limite al reembolso de costes variables, fijos y permanentes. Sin embargo la excepción contemplada en la ley de la Comunidad Valenciana con el régimen de acción concertada que incorpora su texto: a)no se limita al

ámbito sanitario y de la Seguridad Social, sino que se extiende a toda suerte de servicios sociales, b) puede aplicarse a entidades sin ánimo de lucro, no solo a asociaciones de voluntariado, c) las tarifas máximas o módulos económicos retribuirán como máximo los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones, garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora.

Por consiguiente y en contraste con la legislación comparada de las diferentes Comunidades Autónomas españolas en materia de acción concertada, en las que no se a las entidades sin ánimo de lucro, permitiendo tal concertación con las entidades mercantiles (Andalucía, Asturias, Cataluña, Galicia, Murcia) las prescripciones de la ley regional valenciana 5/1997, de 25 de junio, desarrolladas por el Decreto del Consell 181/2017, de 17 de noviembre objeto de la impugnación , infringen el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y las dos mentadas Directivas; de la Directiva de contratación por no respetar el principio de igualdad de trato entre operadores económicos y de Directiva de Servicios, al no cumplir los cuatro requisitos su artículo 15.2.

En fin, el planteamiento de la cuestión prejudicial se hace necesario, no solamente porque como demandante insta la anulación de una disposición administrativa dictada al amparo de normas legales contrarias al Derecho de la Unión Europea, sino porque la Ley 3/2019 mantiene el mismo sistema que la ley habilitante del Decreto 181/2017, (expresamente declarado vigente por esta segunda ley hasta que se dicten nuevas disposiciones administrativas) y dado que reproduce, con ligeras modificaciones, el sistema de acción concertada y sigue reservando los acuerdos de acción concertada a las entidades privadas de iniciativa social(no solo a las asociaciones de voluntariado)

B.- En contraste, y también en síntesis, el Abogado de la Generalitat alega lo siguiente acerca del respeto a la norma de la Unión Europea:

La regulación de la acción concertada con entidades privadas de iniciativa social- tanto en la Ley de 25-7-1997 por la que se regula Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana(con su modificación por Ley 13/2016), como en el Decreto 181/2017 que la desarrolla, es respetuoso con la y con las directivas de Contratación y de Servicios; el dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valencia, avaló el (proyecto de) Decreto impugnado. De hecho – subraya- el repetido Decreto no hizo otra cosa que adelantar la regulación de la acción concertada en este caso de los servicios sociales a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Partiendo del principio de solidaridad consagrado primero en el TUE y actualmente en el TFUE, ya el TJUE permitió la admisión de excepciones al principio de libre competencia para el caso de contratos que se suscribieran en el marco del Sistema de la Seguridad Social a favor de entidades sin ánimo de lucro , de manera que los servicios sociales y sanitarios presentan una serie de características que hacen necesario un tratamiento diferenciado sobre las reglas de la contratación

pública(carácter polivalente y personalizado en protección de los colectivos y personas más vulnerables, debe primarse la ausencia de ánimo de lucro, debe fomentarse la participación de voluntarios etc). En ese sentido la Directiva 24/2014, considerandos 6, 7 y 114, así como el artículo 77, que permite incluso reservar contratos a determinadas entidades para prestaciones en el ámbito de los servicios sociales, culturales o de salud. El régimen de acción concertada recogido en la ley valenciana 5/1997 -modificada por ley 13/2016- como expone el Preámbulo de esta segunda, se acomoda a dicha Directiva, que no había sido transpuesta al ordenamiento español a su debido tiempo, desplegando efecto directo (art. 288 TFUE). Alega el abogado de la Generalitat, literalmente que *La acción concertada se configura como una forma de gestión alternativa a la gestión directa e indirecta de los servicios públicos, no económicos, que ejecutan entidades sin ánimo de lucro*. Sigue alegando que reciben como retribución el reintegro de costes (sin que puedan incluir beneficio industrial) partiendo del principio de eficiencia presupuestaria.

Se busca con la acción concertada – alega también el defensor de la Administración autonómica- un adecuado control de los costes de las diferentes prestaciones recurriendo para ello a la fijación de módulos que deben ser transparentes y publicarse de forma periódica. La contraprestación económica a las entidades concertadas no permite cubrir *ni incluir tan siquiera el beneficio industrial conforme al artículo 62.2g) de la ley 5/1997*. La ley abre un cauce con la acción concertada que está a medio camino de las acciones y régimen jurídico de fomento y el régimen jurídico y efectos de la contratación pública. Se respeta el principio de no discriminación para con los operadores económicos; estamos ante un trato diferenciado conforme a una opción legal y legítima de la Comunidad Autónoma Valenciana, al que acudirá recabando recursos ajenos (de las entidades de iniciativa social) que se encuentran en funcionamiento, cuando los medios y recursos propios de titularidad de la Administración de la Generalitat o de las entidades locales resulten insuficientes. Por lo demás no hay transgresión de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de dic, como se desprende de sus considerandos 10, 27, 28 y artículo 2.2, letras a) y j), que excluye su aplicación a los servicios no económicos de interés general, y a los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención de los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado. encargados por el Estado.

La defensa letrada de la Administración autonómica valenciana considera que la cuestión prejudicial solicitada de contrario en torno a determinados artículos de la ley regional 5/1997, de 26 de junio, carece sobrevenidamente de fundamento, al haber sido derogada por Ley de 18 de febrero de 2019 de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana.

Cuarto.- A la luz de resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* y otros (C-159/11, EU: C:2012:817), el concepto de contrato

oneroso comprende también los contratos para los que la retribución pactada se limita al reembolso de los costes soportados para prestar el servicio objeto del contrato (criterio recogido igualmente en la sentencia Piepenbrock). Es así que este Tribunal duda de que el objeto y régimen de la acción concertada en la prestación de toda suerte de servicios de carácter social a las personas -regulación contenida en los 44bis.1c), 53, 56.2 y en el título VI de la Ley 5/1997 de la Generalitat-, sean conformes con el Derecho de la Unión Europea; y no solo con los preceptos apuntados en la demanda, sino de otros conexos. Concretamente se nos presentan dudas acerca de la correcta interpretación de los artículos 49 y 56 del TFUE, como de los artículos 76 y 77 (en relación con el 74 y anexo XIV) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. Y duda al propio tiempo si son conformes con el artículo 15 de la Directiva 123/2006/ CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior; de ahí que también se requiera la interpretación del mismo con carácter prejudicial.

La Sala estima necesaria una decisión al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para poder emitir el fallo en el presente procedimiento, cuyo objeto es el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, y que – por la pretensión de la parte demandante- este órgano jurisdiccional debe ineludiblemente declarar si se ajusta o no a derecho y, en consecuencia, acoger o no el pedimento de nulidad de dicha disposición administrativa. En primer término el pronunciamiento de este Tribunal Superior de Justicia pende de si la correcta interpretación de las normas comunitarias permite juzgar acomodada la *norma nacional* (en nuestro caso, normativa regional valenciana) a los principios y prescripciones del Derecho de la Unión Europea.

La circunstancia de que en la actualidad rija en la Comunidad Valenciana una ley autonómica que entró en vigor el 21 de marzo de 2019 no merma el interés jurídico de esta Sala en conocer la interpretación que se interesa respetuosamente del Tribunal de Luxemburgo. Téngase en cuenta lo siguiente: a) en lo sustancial la nueva ley no altera el régimen de la acción concertada para la prestación de servicios sociales, b) la disposición administrativa impugnada -Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell- ha de enjuiciarse por este Tribunal partiendo de la conformidad a Derecho o no de la ley de cobertura que desarrolla (Ley 5/1997 de la Generalitat, modificada por ley 13/2016, de 29 de diciembre), por lo que la decisión interpretativa del TJUE sigue siendo necesaria para poder emitir el fallo en la presente causa.

En atención a todo lo expuesto,

LA SALA ACUERDA: Formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al amparo del artículo 267 TFUE, las siguientes cuestiones prejudiciales, en interpretación de los artículos 49 y 56 del TFUE y artículos 76 y 77 (en relación con el art.74 y anexo XIV) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y artículo 15.2 de la Directiva 123/2006/ CE del

Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior:

1.) El artículo 49 TFUE y los artículos 76 y 77 (en relación con el art.74 y anexo 14) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 ¿Deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a los poderes adjudicadores recurrir a conciertos con entes privados sin ánimo de lucro -no solo asociaciones de voluntariado- para la prestación de **toda suerte** servicios sociales a las personas **a cambio del reembolso de costes**, sin acudir a los procedimientos previstos en la Directiva de contratación y sea cual fuere el valor estimado; ello así simplemente mediante la previa calificación de dichas figuras como no contractuales?

2.) Para el caso de que la respuesta fuere negativa y, por consiguiente, sí fuera posible: ¿deben interpretarse el artículo 49 del TJFUE y los artículos 76 y 77 (en relación con el artículo 74 y anexo 14) de la Directiva de contratación en el sentido de que permite a los poderes adjudicadores recurrir a conciertos con entes privados sin ánimo de lucro (no solo organizaciones de voluntariado) para la prestación de **toda suerte** de servicios sociales a las personas a cambio del reembolso de costes, sin acudir a los procedimientos previstos en la Directiva y sea cual fuere el valor estimado, simplemente previa calificación de dichas figuras como no contractuales, cuando además, dicha normativa nacional no recoge explícitamente los requisitos establecidos en el artículo 77 de la Directiva, sino que remite a un ulterior desarrollo reglamentario sin incluir expresamente entre las pautas que deberá seguir ese desarrollo reglamentario que el mismo recoja explícitamente los requisitos establecidos en el artículo 77 de la repetida Directiva?

3.) Para el caso de que la respuesta fuere también negativa y, por consiguiente, sí fuera posible: ¿Deben interpretarse los artículos 49 y 56 del TJFUE, los artículos 76 y 77 (en relación con el artículo 74 y anexo XIV) de la Directiva sobre contratación pública y el artículo 15.2 de la Directiva 123/2006/ CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior en el sentido de que permiten a los poderes adjudicadores a efectos de selección de entidad sin ánimo de lucro (no solo a asociaciones de voluntariado) con la que concertar la prestación de **toda suerte** de servicios sociales a las personas -más allá de los enunciados en el artículo 2.2 j) de dicha Directiva- incluya entre los criterios de selección *la implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio?*

Remítase testimonio de la presente resolución – y de los autos- al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la "Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-

2925 Luxemburgo" y copia simple del auto al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial -Fax: 91 7006 350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

La presente resolución es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Lo acuerdan, mandan y firman los Iltmos Sres. Magistrados anotados al margen. Doy fe.