

INFORME

LA REVERSIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EXTERNALIZADOS A PARTIR DE LA EXPERIENCIA DE LA GENERALITAT VALENCIANA (2015-2023)

COORDINACIÓN

Isabel Gemma Fajardo García

Secretaria Autonómica de Justicia y Administración Pública

Susana Gómez Granell

Asesora de la Secretaría Autonómica de Justicia y Administración Pública

Consellería de Justicia, Interior y Administración Pública

Generalitat Valenciana

PRESENTACIÓN

El informe que presentamos es el resultado del trabajo llevado a cabo por la Comisión de Estudio y Debate para la Reversión de los Servicios Públicos Externalizados. Dicha comisión, que tiene su origen en la Ley de Función Pública 4/2021 de la Comunitat Valenciana, se constituyó el 25 de julio de 2022 con el fin de realizar los estudios oportunos que permitan, de acuerdo con las posibilidades legales y presupuestarias, la reversión de servicios públicos cuya gestión estaba externalizada.

Dado que este era el primer informe elaborado por la Comisión, centró su estudio en conocer las experiencias de reversión llevadas a cabo hasta el momento y la problemática que las mismas había suscitado, con el fin de aprender de ello y mejorar experiencias futuras.

Las experiencias objeto de análisis han sido: las de los departamentos de salud de la Ribera (2018) y Torrevieja (2021); el servicio de resonancias magnéticas (2021); el de farmacia en centros socio sanitarios (2022); el centro específico para personas con enfermedad mental crónica de Albocàsser (2018); la inspección técnica de vehículos (2023) y el albergue de Biar (2018).

El conocimiento se ha obtenido de dos fuentes principalmente. Por una parte, de la información transmitida por los miembros de la comisión (responsables de los órganos de contratación; de departamentos de la Administración con competencias transversales; de organizaciones representativas de trabajadores y empresarios); y por otra, del análisis de la documentación generada a lo largo de los procesos de externalización y reversión (dictámenes de instituciones; informes jurídicos y económicos; auditorías, resoluciones judiciales, etc.). También se ha recurrido de forma complementaria a otros documentos de interés (publicaciones, jurisprudencia, artículos de opinión, noticias, etc.).

No se ha llevado a cabo ningún proceso de evaluación cualitativa o cuantitativa de la reversión; no era ese el objetivo, ni ha transcurrido el tiempo necesario para hacer esa evaluación; pero sí hemos recogido ampliamente los resultados de todas las evaluaciones, informes y auditorías que se han realizado sobre las experiencias objeto de análisis, de las que hemos tenido conocimiento.

Desde un primer momento se puso de manifiesto la dificultad que entrañaba llevar a cabo la reversión de un servicio público, y eso que todos los casos se plantearon como consecuencia de la conclusión de los respectivos contratos. Los principales factores que contribuyeron a ello fueron:

a) El desconocimiento de la actividad que venía prestándose por la contratista, por la falta de estudios previos al contrato, la insuficiencia de la documentación contractual; la ausencia de informes de seguimiento, de análisis económicos de rentabilidad o de auditorías sobre la gestión del servicio, etc.; en definitiva, falta de información sobre la actividad prestada y sobre la organización encargada de la gestión;

b) Poca colaboración por parte de la contratista, a la hora de atender los requerimientos de información, facilitar la transmisión de los elementos esenciales del servicio y de la organización; y por la enorme litigiosidad generada, no sólo a lo largo del proceso de externalización sino también al momento de la reversión;

c) Inexistencia de un marco jurídico suficiente que regulara el proceso de reversión, o los problemas que plantea la incorporación, de trabajadores sometidos a un régimen jurídico privado, a un entorno regulado por normas administrativas.

El insuficiente marco jurídico que regula la reversión se ha ido completando gracias a la labor interpretativa y propositiva del Consejo Jurídico Consultivo, la Abogacía de la Generalitat y la jurisprudencia, particularmente del TSJCV.

Hemos constatado que la Administración pública, como titular y responsable de los servicios públicos, es libre para definir cuáles son, y dispone de amplia discrecionalidad para regular, organizar y financiar los mismos, así como, para decidir prestarlos directamente o externalizar su prestación. En todo caso, se trate de externalizar un servicio o de revertirlo, deberá planificarse, justificarse y regularse debidamente.

No hay consenso sobre qué servicios públicos debería reservarse la Administración para su gestión directa. No parece que deba tener el mismo tratamiento los servicios económicos de interés general (que se ofrecen a cambio de un precio, y que en las mismas condiciones se ofrecen o pueden ofrecerse en el mercado), que servicios no económicos, cuya prestación debe ser universal y gratuita, y que contribuyen -como dice el TFUE (art. 14)- a la cohesión social y territorial de los ciudadanos, o servicios que son estratégicos para un Estado.

Tampoco es posible determinar en abstracto que un servicio público vaya a prestarse mejor de forma directa o indirecta; deberá analizarse y valorarse en cada caso. Lo que sí se puede es, mejorar los puntos débiles que cada modelo tiene. En el caso de la prestación de servicios públicos por la Administración, se debe incrementar la inversión en servicios públicos y ser más eficiente en el

gasto. En el caso de su prestación por entidades o empresas privadas, se deben controlar los costes y garantizar la calidad del servicio. Y tampoco debe olvidarse el riesgo de conflicto de intereses y de corrupción que existe en el contexto de la contratación pública. Para limitar, y a ser posible evitar este riesgo, debe mejorarse la competencia, la transparencia y la supervisión, y denunciar lo antes posible las irregularidades observadas. Afortunadamente, la Comunitat Valenciana ha avanzado mucho en transparencia y control antifraude en los últimos años; y las autoridades que regulan los mercados y la competencia también vienen actuando: advirtiendo del fraude en la licitación pública y poniendo recursos a disposición de los interesados para su denuncia.

El análisis de las experiencias que han sido objeto de atención en este informe pone de manifiesto la existencia de multitud de irregularidades en los procesos de externalización y de seguimiento, siendo responsable de ello, en su mayor parte la Administración. Irregularidades tanto al inicio del proceso (falta de estudios previos que justifiquen la decisión, o la determinación del precio a pagar, o su actualización; insuficiente regulación contractual, etc.), como a lo largo de su desarrollo (especialmente por desatención de la Administración; incumplimiento de plazos; modificaciones contractuales irregulares; nuevos requerimientos a los contratistas no previstos ni retribuidos; falta de control de la eficacia y eficiencia del servicio prestado, etc.).

4

A pesar de la general falta de información y de información contrastada, sobre los resultados cuantitativos y cualitativos de los servicios externalizados, las auditorías e informes económico-financieros que, desde la Sindicatura de Comptes y la Intervención General de la Generalitat, se han podido realizar, arrojan un resultado negativo para la Administración, por sobrecostes y desconocimiento real de la rentabilidad del servicio y de su eficiencia, y por la abundante litigiosidad.

Tal vez, si la externalización y supervisión del servicio se hubiera hecho como procedía, los resultados no serían tan desfavorables para la Administración, y nos ofrecerían un referente para poder valorar la eficiencia de la experiencia e incluso, comparar con otros procesos.

Centrándonos en el proceso de reversión, y dejando al margen la conflictividad generada por la disconformidad con la decisión de la Administración de no prorrogar la externalización una vez vencido el contrato, los temas que han suscitado mayor interés han sido: la necesidad de valorar, con carácter previo a la toma de la decisión de reversión, sus repercusiones y efectos económicos en virtud del art. 7.3 LOEPSF; y el encaje en la

Administración del personal subrogado, procedente de la empresa contratista, en caso de sucesión de empresa.

Por último, queremos concluir esta presentación agradeciendo a los miembros de la comisión y del grupo de trabajo su colaboración en este estudio, participando en los debates, aportando información, documentación, así como, su conocimiento y punto de vista. En especial, queremos destacar la aportación realizada por: el personal de la Administración implicado en los procesos de reversión, el delegado de Protección de Datos, la Abogacía de la Generalitat y la representación de la organización sindical Comisiones Obreras y de la Confederación Empresarial Valenciana. No obstante, CSIF y CEV no apoyaron el informe y esta última quiso dejar constancia por escrito de su posicionamiento en el sentido de que: *“el informe no se limita a analizar las cuestiones técnico-jurídicas en el proceso de reversión si no que introduce de forma sesgada la valoración política en la toma de decisiones en los procesos de reversión. Además, en el informe se recogen opiniones sin ninguna base técnico-jurídica, en contra de la posición de la CEV manifestada en varias ocasiones, de incluir exclusivamente la referencia a informes oficiales. Asimismo, como hemos manifestado en diversas ocasiones, dese la CEV consideramos que, en este informe, se debería haber recogido, de manera objetiva y científica, los resultados de los procesos de reversión llevados a cabo, valorando si finalmente han servido para conseguir un servicio de mejor calidad y más eficientes desde el punto de vista de la necesidad presupuestaria”*.

Este ha sido un trabajo colaborativo, bien fundamentado y orientado a mejorar las experiencias futuras de externalización y reversión de los servicios públicos por parte de la Generalitat Valenciana.

Isabel-Gemma Fajardo García
Secretaria autonómica de Justicia
y Administración pública

INDICE

PRESENTACIÓN	2
INTRODUCCIÓN.....	13
1. LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL.....	19
2. MODALIDADES DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LA GESTIÓN INDIRECTA.....	31
<u>2.1. Modalidades de prestación de los servicios públicos. Motivaciones, límites y garantías.....</u>	<u>31</u>
2.1.1. Motivaciones para externalizar la gestión de un servicio público.....	33
2.1.2. Límites a la externalización, condiciones y garantías que aseguren la calidad del servicio	41
<u>2.2 La gestión indirecta a través de contratos del sector público</u>	<u>51</u>
<u>2.3. La gestión indirecta a través de otras entidades del sector público....</u>	<u>55</u>
<u>2.4. La gestión indirecta de los servicios públicos de carácter social.....</u>	<u>56</u>
2.4.1. La gestión indirecta de servicios públicos en el sector de la salud	60
2.4.2. La gestión indirecta de servicios públicos en el sector de la educación	64
2.4.3. La gestión indirecta de servicios públicos en el sector de los servicios sociales	71
3. PRINCIPALES MODELOS JURÍDICOS DE EXTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS:	78
<u>3.1. Antecedentes. El contrato de gestión de servicios públicos</u>	<u>78</u>
3.1.1. Concepto de contrato de gestión de servicios públicos	79
3.1.2. Modalidades del contrato de gestión de servicios públicos	79
3.1.3. Aspectos de su régimen jurídico.....	80

3.1.4. Extinción del contrato y reversión del servicio público	82
<u>3.2. El contrato de concesión de servicios</u>	<u>84</u>
3.2.1. Concepto y principales características	88
3.2.2. Aspectos de su régimen jurídico	90
3.2.3. Extinción del contrato	94
A. Extinción por cumplimiento del contrato	95
B. Extinción por desistimiento del contratista	95
C. Extinción por resolución del contrato	95
D. Extinción por secuestro o intervención de la concesión	96
<u>3.3. El contrato de servicios</u>	<u>98</u>
3.3.1. Concepto y principales características	98
3.3.2. Aspectos de su régimen jurídico	100
3.3.3. Extinción del contrato	101
A. Extinción por cumplimiento del contrato	101
B. Extinción por resolución del contrato.....	102
C. Extinción por desistimiento del contratista.....	103
3.3.4. El régimen especial de los contratos de servicio que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía (art. 312)	104
3.3.5. Diferencias con el contrato de concesión	107
<u>3.4. El contrato mixto</u>	<u>111</u>
<u>3.5. El concierto o acción concertada</u>	<u>113</u>
3.5.1. Concepto y principales características	115
3.5.2. Aspectos de su régimen jurídico	116
3.5.3. Extinción del concierto.....	119
3.5.4. Sobre la naturaleza contractual o no contractual de la acción concertada	121
4. LA REVERSIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EXTERNALIZADOS.	125

<u>4.1. La reversión de los servicios públicos como reivindicación</u>	<u>125</u>
<u>4.2. Posibilidades jurídicas para la reversión de los servicios públicos y efectos de la reversión</u>	<u>131</u>
4.2.1. Posibilidades jurídicas para la reversión de los servicios públicos externalizados	131
4.2.2. Efectos de la reversión de los servicios públicos	134
<u>4.3. Límites y condicionantes a la reversión de los servicios públicos</u>	<u>140</u>
5. LA EXPERIENCIA DE LA GENERALITAT VALENCIANA EN LA REVERSIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EXTERNALIZADOS DURANTE EL PERIODO 2015-2023	146
<u>5.1. Los Departamentos de Salud de La Ribera, Torrevieja, Denia y Manises</u>	<u>146</u>
5.1.1. Antecedentes. El primer contrato de externalización con Ribera Salud, de 19 de junio de 1997	149
A. Cuestionamiento de la legalidad del proceso de externalización	150
B. La resolución del contrato por mutuo acuerdo y la indemnización por lucro cesante	151
C. Nueva licitación del contrato	154
5.1.2. Elementos comunes y particulares de los contratos de concesión	155
A. Elementos comunes a todos los contratos	155
B. Elementos particulares de cada contrato de concesión	162
5.1.3. Controversias en torno a la determinación de los servicios a prestar y aprobación de las liquidaciones	166
A. La facturación a los pacientes que reciben asistencia en centros concertados por la Consellería (Acuerdo CMS 2004)	168
B. Nueva interpretación de las condiciones económicas de los contratos (Acuerdos CMS 2010)	168
C. Actualización de la prima per cápita. Dictamen CJC 0038/2012.....	172

D. Acuerdo Transaccional entre la Generalitat y Marina Salud, SA (2013)	174
E. Facturación intercentros. Dictamen CJC 0204/2015	177
F. Retrasos en las liquidaciones	178
G. Las competencias de la Comisión Mixta de Seguimiento de los contratos. La STSJCV 985/2018	179
5.1.4. Solicitud de restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato (SSTSJCV 5085/2019; 5086/2019 y 502/2020)	190
5.1.5 Valoración general de la experiencia de externalización de los departamentos de salud desde el punto de vista de la Intervención General y la Sindicatura de Cuentas	197
A.El Informe de la Intervención General de la Generalitat sobre el Control Financiero Específico de las Concesiones Sanitarias de 23 de octubre de 2017	198
B. La Auditoría operativa de la concesión de la asistencia sanitaria integral en el Departamento de Salud de Torrevieja (2018)	203
C. Informe de la Comisión de Auditoría del Departamento de Salud de Denia (2019)	205
5.1.6. La extinción del contrato y las normas de reversión. La Sentencia del Tribunal Supremo 2751/2021	207
A. La extinción del contrato y la notificación de la no prórroga. La STS 2751/2021	210
B. Las normas de reversión	219
C. Problemática no laboral suscitada durante el proceso de reversión	221
5.1.7. La reversión en materia de personal	221
A. La aplicación de la normativa laboral sobre sucesión de empresas	222
B. La regulación de los efectos de la extinción del contrato en materia de personal y la Sentencia del TSJ CV 1087/2022	227
C. Los límites a la negociación del Convenio Colectivo relativo al personal laboral a extinguir	237

D. Problemática jurídico-laboral planteada: acceso a la jubilación parcial, conversión del contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo; reingreso tras la finalización de la excedencia voluntaria, etc.	239
<u>5.2. Las Resonancias Magnéticas</u>	<u>245</u>
5.2.1. El contrato de gestión de servicios públicos por concierto	245
5.2.2. La evaluación con criterios de eficiencia, eficacia y economía de la gestión del concierto, por la Sindicatura de Comptes (2013 y 2016)	248
5.2.3. Cambios en el sistema de facturación (2017). Sentencias del TSJCV 106/2021; 492/2021, 508/2021, etc.	250
5.2.4. La extinción del contrato. Los efectos en materia de personal (Decreto 200/2021)	255
A. El Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo 083/2019 en torno a la aplicación del principio de sucesión de empresa	256
B. El Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo 735/2021, sobre las normas que regulan la reversión	259
C. El Decreto 200/2021 de regulación de los efectos de la extinción de los contratos, en materia de personal	260
<u>5.3. El Servicio de Farmacia de Centros Socio Sanitarios</u>	<u>262</u>
5.3.1. El Decreto 42/2021 de regulación de la prestación farmacéutica en los centros sociosanitarios. STSJCVC 312/2023	263
5.3.2. El contrato de servicio para la elaboración, preparación y sistema de distribución de dosis unitarias de medicamentos y material sanitario en los servicios de farmacia de las residencias de personas mayores dependientes (2010-2014)	266
5.3.3. La extinción del contrato y sus efectos en materia de personal	269
A. Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo 416/2022	270
B. El Decreto 89/2022, de gestión de los servicios farmacéuticos de centros sociosanitarios de titularidad pública	276

C. La subrogación del personal	278
<u>5.4. El Centro Específico para Personas con Enfermedad Mental Crónica (CEEM) de Albocàsser</u>	<u>282</u>
5.4.1. El contrato de servicio de gestión integral del CEEM de Albocàsser	282
A. Características del contrato	283
B. Régimen jurídico aplicable	285
5.4.2. La extinción del contrato y su prórroga	287
5.4.3. La reversión del servicio público a la gestión directa y su motivación	288
5.4.4. Los efectos de la reversión en materia de personal en el contrato de servicios	292
5.4.5. Problemática planteada durante el proceso de reversión	298
<u>5.5. El Servicio de Inspección Técnica de Vehículos</u>	<u>300</u>
5.5.1 Antecedentes	300
5.5.2. Contratos de concesión del servicio de ITV (1997). Aspectos de su régimen jurídico	302
5.5.3. La Auditoría operativa de la explotación en régimen de concesión administrativa del servicio público de ITV en la Comunitat Valenciana. Ejercicios 1997-2015. Sindicatura de Comptes (2017)	308
5.5.4. La creación de la Sociedad Valenciana de Inspección Técnica de Vehículos, Sociedad Anónima. Decreto Ley 3/2022, de 22 de abril	313
5.5.5. La extinción de los contratos y la reversión del servicio. Problemática	315
A. ¿La prórroga de un contrato de concesión equivale a una nueva concesión?	315
B. La prórroga para restablecer el equilibrio económico de los contratos afectados por las medidas restrictivas dictadas con ocasión de la COVID-19	317

C. La reversión del servicio público de inspección técnica de vehículos	318
5.6. El Albergue de Biar	321
5.6.1. Características del contrato y su adjudicación	322
5.6.2. La extinción del contrato y la reversión del servicio	326
6. LA REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA PROTECCIÓN DE DATOS	329
6.1. Cuestiones generales en materia de protección de datos	329
6.2. Roles en reversiones en materia de protección de datos	331
6.3. Ámbito laboral	335
6.4. Incidencias e incumplimientos por los adjudicatarios	338
7. EL PROCEDIMIENTO DE REVERSIÓN	341
8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	351
9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS, DOCUMENTALES Y JURISPRUDENCIALES	361
ANEXO I. COMISION DE ESTUDIO Y DEBATE SOBRE REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EXTERNALIZADOS Y GRUPO DE TRABAJO	373

INTRODUCCIÓN.

El Informe que presentamos, es el resultado del trabajo realizado por la Comisión de Estudio y Debate sobre la Reversión de los Servicios Públicos Externalizados, como consecuencia del mandato recibido por Resolución de 30 de junio de 2021 de la Consellera de Justicia, Interior y Administración Pública.

Pero el estudio sobre la reversión de los servicios públicos externalizados era un objetivo político planteado mucho antes; tanto en el Acuerdo del Botánico renovado en 2017, como en el II Acuerdo del Botánico aprobado en 2019, se expresa claramente el objetivo del Gobierno Valenciano de recuperar los servicios públicos privatizados.

Estas aspiraciones se concretaron, entre otros medios, en la previsión legislativa de creación de una comisión para el estudio y debate de la reversión de los servicios públicos externalizados.

La **Ley de Función Pública** 4/2021, de 16 de abril (LFP en lo sucesivo), prevé en su **art. 191** dos comisiones de participación institucional para el diálogo social: La Comisión de Diálogo Social del Sector Público Instrumental de la Generalitat¹, y la Comisión de Estudio y Debate para la Reversión de los Servicios Públicos Externalizados. Para la constitución de esta última se debía atender a los criterios de representatividad a los que se refieren los artículos 6.2 y 7.1 de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical.

Cabe recordar que el diálogo social, según la Organización Internacional del Trabajo², comprende todo tipo de negociaciones y consultas - e incluso el mero intercambio de información - entre representantes de los gobiernos,

¹ La Comisión de Diálogo Social del Sector Público Instrumental de la Generalitat se constituyó por Acuerdo de 21 de julio de 2016 entre la Generalitat y las organizaciones sindicales, como órgano en el que debatir y estudiar cuestiones laborales de carácter colectivo que puedan surgir en relación con las entidades que conforman el sector público instrumental de la Generalitat. (Resolución de 17.02.2017 de la directora general del Sector Público, Modelo Económico y Patrimonio).

² <https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang--es/index.htm>

los empleadores y los trabajadores, sobre temas de interés común relativos a las políticas económicas y sociales.

En desarrollo del citado art. 191 b LFP, se dictó la **Resolución de 30 de junio de 2021**, de la Consellera de Justicia, Interior y Administración Pública, por la que se creaba la Comisión de Estudio y Debate, para la Reversión de los Servicios Públicos Externalizados y más tarde, la **Resolución de 25 de julio de 2022**, después de superar varias correcciones³.

La Comisión de Estudio y Debate para la Reversión de los Servicios Públicos Externalizados está compuesta por diversos representantes de la Administración de la Generalitat, dos representantes por cada organización sindical con representación en la Mesa General de Negociación (UGT-PV, CSIF y CCOO-PV) y dos representantes de la Confederación empresarial de la Comunidad Valenciana (CEV) y se constituyó con la función de realizar

³ En un primer momento, el sistema de representatividad adoptado dejaba fuera de la comisión a la Central Sindical Independiente y de funcionarios (CSIF), a pesar de su participación en la Mesa General de Negociación. Esta organización reclamó judicialmente la declaración de nulidad de dicha Resolución.

Posteriormente, la **Ley 7/2021, de 29 de diciembre**, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat para 2022, modificó el art. 191 LFP, con el fin de incorporar a la Comisión “*las organizaciones sindicales representadas en la Mesa General de Negociación I, así como las organizaciones empresariales más representativas en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana*”.

Como consecuencia de esta última reforma, se dictó la **Resolución de 7 de febrero de 2022**, modificando la anterior de junio de 2021, e incorporando en la composición de la Comisión: “*Una persona en representación de la Confederación Empresarial de la Comunitat Valenciana*” y “*Dos personas en representación de CSIF*”.

Más tarde, una vez constituida la Comisión, se consideró conveniente modificar su composición para el mejor desarrollo de sus funciones. La **Resolución de 3 de junio de 2022** amplía la composición de la Comisión con: el delegado o delegada de Protección de Datos de la Generalitat; una persona en representación de la Dirección General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral, y dos personas en representación de la Confederación Empresarial de la Comunitat Valenciana (en lugar de una, como hasta el momento).

Por último, una vez resuelto el recurso planteado por la organización sindical CSIF, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en sentencia n.º 134/2022, de 13 de mayo, declaró la nulidad de la Resolución de 30 de junio de 2021, en la parte que omitió a CSIF en la composición de la Comisión. En ejecución de dicha sentencia se dictó la **Resolución de 25 de julio de 2022**, por la que se modificaba la Resolución impugnada de 30 de junio de 2021, incluyendo a “dos personas en representación de CSIF, con efectos del 6 de julio de 2021”.

los **estudios** oportunos **que permitieran**, de acuerdo con las **posibilidades** legales y presupuestarias, la **reversión** de los **servicios públicos externalizados**. Del resultado de su estudio, la Comisión presentará un **informe** en el que pondrá de manifiesto sus **conclusiones** (Res. 30.06.2021, Primero).

Este informe da cuenta del trabajo realizado por la Comisión y por el Grupo de Trabajo (GT en lo sucesivo) creado *ad hoc*, con el fin de analizar los procesos de reversión llevados a cabo por la Generalitat Valenciana en los últimos años, la problemática planteada, las soluciones aplicadas hasta el momento, y todo ello, con el fin último de extraer conclusiones y recomendaciones que ayuden a mejorar no sólo los procesos de reversión, sino también de externalización, en un futuro.

La Comisión se constituyó y reunió por vez primera el 4 de abril de 2022. En dicha reunión se tomaron acuerdos que concretaban sus objetivos, metodología y cronograma de actuaciones. Entre otros se acordó la creación de un mapa de los procesos de reversión realizados o previstos; un repositorio con información de interés sobre el tema (referencias bibliográficas, legislativas, jurisprudenciales, dictámenes o noticias de prensa, entre otras); una relación de los principales problemas planteados en los procesos de reversión; una hoja de ruta para facilitar el proceso, y un informe final con recomendaciones. En cuanto a la metodología se acordó cumplimentar una encuesta por parte de todos los miembros de la CED (administración pública, organizaciones sindicales y empresariales); constituir un grupo de trabajo que integrara también expertos investigadores, y diseñar una serie de sesiones en las que se daría cuenta y se debatiría sobre los diversos procesos de reversión llevados a cabo. El 2 de mayo de 2022 tuvimos la segunda reunión de la Comisión donde se dio cuenta de los avances: mapa de procesos de reversión, repertorio de información, respuestas a las encuestas realizadas (33 recibidas) y se aprobó la composición del GT que en lo sucesivo participaría en las reuniones que analizarían los procesos de reversión.

El GT se constituyó el 9 de mayo integrado por 15 personas representantes de la Administración y 8 investigadores de las universidades públicas

valencianas⁴. Entre las actividades desarrolladas por el grupo de trabajo cabe destacar las reuniones celebradas desde el 9 de mayo al 27 de junio, para dar a conocer las experiencias de reversión llevadas a cabo en la Comunitat Valenciana y la problemática generada.

Fecha	Temas	Ponentes
09.05.22	Constitución Grupo de Trabajo, presentación de sus miembros, determinación de los objetivos del grupo y plazos de actuación	Gemma Fajardo, Secretaria Autonómica de Justicia y Administración Pública
30.05.22	1. Los procesos de reversión de los departamentos de salud de la Ribera y Torreveija, y del servicio de Resonancias Magnéticas	1ª. Carmen López, directora general de Recursos humanos de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública 2ª. Mayte Valls, subdirectora general de Administración de personal y salud laboral 3º. Jorge Sebastián Gómez Mataix, jefe del Servicio de régimen jurídico de personal
06.06.22	2. Principales problemas que en materia de protección de datos pueden plantear los procesos de reversión. 3. La reversión del Centro Especifico para personas con Enfermedad Mental crónica (CEEM), de Albocàsser. 4. La reversión del Albergue de Biar	Joaquín Cañada, delegado de protección de datos. 1º Xavier Uceda, SA de Planificación y Organización del Sistema. VICIPI. 2º Ángel Bonafé, director del IVASS Raúl Puerta IVAJ
13.06.22	5. Los procesos de reversión desde la perspectiva de la empresa concesionaria.	1ª Inmaculada García CEV 2ª Nuria Portell CEV
20.06.22	6. Los procesos de reversión desde la perspectiva de las organizaciones sindicales.	1º Antonio Calderón UGT 2º Rafael Cantó CSIF 3ª Soledad Fernández CCOO 4ª Rosa Atiénzar CCOO

⁴ La creación del grupo se formalizó con la Resolución de 1 de marzo de 2023, de la consellera de Justicia, Interior y Administración Pública, por la que se crea un grupo de trabajo como soporte técnico de la Comisión de Estudio y Debate sobre la Reversión de los Servicios Públicos Externalizados (DOGV n.º 9552, de 13.03.2023)

El Informe se estructura en 9 capítulos y un Anexo. Éste refleja la composición de la Comisión de Estudio y Debate sobre la Reversión de los Servicios Públicos Externalizados, y del Grupo de Trabajo.

En el Capítulo 1º nos preguntamos por los servicios públicos, ¿qué son? ¿qué relación tienen con los servicios de interés general que regula la normativa de la Unión Europea?, y ¿qué prestaciones económicas y sociales serían de interés general en el ordenamiento español?

El Capítulo 2º parte de la libertad de que goza la Administración para determinar si un servicio público de su titularidad o competencia se presta directamente por ella, o indirectamente a través de terceros. A partir de aquí, nos hemos planteado qué motiva a optar por la externalización del servicio y qué modalidades existen de prestación indirecta de los servicios públicos en la vigente legislación sobre contratación del sector público.

Tras la visión general que ofrece el anterior capítulo, el Capítulo 3º se centra en una selección de modelos jurídicos apropiados para la externalización de los servicios públicos (contratos de concesión, de servicios, mixtos y conciertos). No se trata de un análisis exhaustivo, sólo se pretende destacar las principales características de cada modelo, sus diferencias entre ellos, y el régimen jurídico que se aplica, sobre todo, al momento de su extinción; cuáles son las causas y cuáles los efectos de ésta. El análisis se hace sobre la legislación vigente, pero teniendo presente también sus antecedentes normativos, dada su aplicación a las experiencias que analizamos a continuación.

El Capítulo 4º se dedica a la Reversión como instrumento jurídico que hace posible la transmisión del servicio, de su gestión indirecta a su gestión directa por la Administración. Hacemos alusión a la reversión como objeto de reivindicación en los últimos años y su concreción en diversas declaraciones y normas jurídicas. Analizamos las posibilidades jurídicas que ofrece nuestro marco normativo para la reversión de los servicios externalizados, así como los efectos que tiene la propia reversión. Concluye el capítulo con una referencia a los principales límites y condicionantes que existen a la reversión, como tener que justificar la mayor eficiencia de la gestión directa sobre la indirecta, o la prevalencia de la prórroga en el caso de los conciertos educativos.

Con el Capítulo 5º entramos en la parte más extensa del Informe, porque en la misma se da cuenta de las experiencias de reversión que ha llevado a cabo la Generalitat Valenciana en los últimos años. La más compleja, importante y a la vez problemática, ha sido la reversión de los Departamentos de Salud de La Ribera y Torrevieja (5.1). Las cuatro experiencias han sido tratadas de manera conjunta porque su diseño, funcionamiento e incidencias han sido las mismas, como podrá verse. Para ofrecer una imagen clara de estos procesos hemos optado por recordar en primer lugar los antecedentes a los contratos vigentes, luego hemos analizado los elementos contractuales comunes a todas las experiencias y sus particularidades. Los demás apartados del capítulo se han destinado a reflejar la problemática generada durante el desarrollo de los contratos y a la finalización de los mismos. El Informe ha tratado de recoger los dictámenes, sentencias y auditorías que se han pronunciado sobre la problemática indicada. Tras la experiencia de la reversión de los Departamentos de Salud, y siguiendo el mismo esquema de trabajo, hemos dado a conocer la experiencia de reversión de las Resonancias Magnéticas (5.2); del Servicio de Farmacia de Centros Socio Sanitarios (5.3); del Centro Específico para Personas con Enfermedad Mental Crónica (CEEM) de Albocàsser (5.4), el Servicio de Inspección Técnica de Vehículos (5.5) y el Albergue de Biar (5.6).

El Capítulo 6º se dedica a un tema transversal que ha estado presente en varias experiencias y que ha dificultado mucho el proceso de reversión al negarse el contratista en aras del derecho a la protección de datos, a facilitar la información necesaria para la sucesión de la Administración en la posición jurídica del contratista, sea en relación con sus trabajadores, proveedores o usuarios del servicio.

El Capítulo 7º trata de reflejar, a partir de la normativa aplicable y de la experiencia que han ofrecido los anteriores casos, cómo debe procederse para promover y desarrollar el proceso de reversión

El Capítulo 8º recopila las principales conclusiones que pueden extraerse de este Informe, así como las mejores recomendaciones a tener en cuenta en los próximos procesos de reversión, pero también a la hora de llevar a cabo nuevas externalizaciones de los servicios públicos.

El Informe finaliza con una relación de los principales documentos y referencias bibliográficas que se han tenido en cuenta en su elaboración.

1. LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL.

El concepto “Servicios Públicos” tiene su origen en la doctrina francesa, y puede definirse como actividades, cuya titularidad (o al menos responsabilidad) corresponde a la Administración pública, con independencia de que las gestione directamente o indirectamente, que van dirigidas a ofrecer a los ciudadanos prestaciones de carácter económico o social que se consideran esenciales o de interés general. Estas prestaciones deben estar al alcance de todos los ciudadanos en términos de igualdad, y deben prestarse con continuidad y regularidad, a precios asequibles y respetando los estándares de calidad básicos que la propia Administración establece⁵.

En el ámbito de la Unión Europea se ha venido sustituyendo el concepto de servicios públicos por el de servicios de interés general (SIG en lo sucesivo). Estos abarcan una amplia gama de actividades que van, desde las grandes industrias en red (energía, telecomunicaciones, retransmisión audiovisual, transporte y servicios postales), a la educación, suministro de agua, gestión de residuos, salud o servicios sociales. Se trata de servicios esenciales para la vida cotidiana de los ciudadanos que la Administración asume la responsabilidad de garantizar.

Los servicios de interés general se definen por la Comisión Europea⁶, como “servicios, tanto económicos como no económicos, que los poderes públicos, clasifican de interés general y someten a obligaciones específicas de servicio público. Ello significa que es esencialmente responsabilidad de los poderes públicos, al nivel que corresponda, decidir la naturaleza y el

⁵Muñoz Machado (2015, pp. 92-93).

⁶Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, que acompaña a la Comunicación “*Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno*”. Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo, Bruselas, 20.11.2007 COM/2007) 725 final, pp. 1 -2.

alcance de un servicio de interés general. Los poderes públicos pueden decidir ofrecer los servicios propiamente dichos o encomendarlos a otras entidades, que pueden ser públicas o privadas, y actuar por motivos lucrativos o por motivos no lucrativos".

También se dice que son diferentes a los servicios ordinarios en la medida en que los poderes públicos consideran que cubren una necesidad esencial y que deben prestarse aun cuando no sea rentable la prestación de tales servicios.⁷

En alguna ocasión la Comisión ha diferenciado entre Servicio de interés general y Servicio público⁸; sin embargo, en este informe, las referencias al servicio público que se hagan deben entenderse en el sentido de servicios que los poderes públicos califican como de interés general, esto es, a nuestros efectos identificamos la expresión servicio público como servicio de interés general.

Los servicios de interés económico general son aquellos que se prestan normalmente a cambio de una remuneración (servicio postal, energía, comunicaciones), a diferencia de los servicios de interés no económicos (seguridad, justicia, educación obligatoria, sanidad o servicios sociales)⁹.

⁷ Comunicación de la Comisión. *Los servicios de interés general en Europa* (DO C 281, de 26.9.1996).

⁸ Del primero dice que abarca los servicios de mercado y de no mercado que las autoridades consideran de interés general, y a los que imponen determinadas obligaciones de servicio público. En cuanto al Servicio público, dice que es un término ambiguo ya que puede referirse o bien al organismo que presta de hecho el servicio o a la función de interés general atribuida al organismo correspondiente; y que a veces se confunde el concepto de servicio público como vocación de prestar un servicio al público, con el concepto de sector público (que incluye la función pública), que se refiere a la condición jurídica de quien presta el servicio. (Comunicación de la comisión *Los servicios de interés general en Europa*. (DO C 17, de 19.01.2001). Anexo II. Definiciones).

⁹ <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/social-services-of-general-interest-ssgis.html>. Según la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, los Servicios de Interés General No Económicos no están incluidos en el art. 50 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea en su versión consolidada (DOCE C325/33, de 24.12.2002, considerando n.º 17), y por tanto no son objeto de regulación en dicha directiva. Los Servicios de Interés Económico General previstos en el art. 50 del Tratado comprenden: actividades de carácter industrial; mercantil; artesanal y propias de las profesiones liberales; y todas ellas se caracterizan por ser "*prestaciones realizadas normalmente a cambio de una retribución*".

Las instituciones europeas desde los años 80 y siguiendo las recomendaciones de instituciones internacionales¹⁰, venían impulsando la incorporación de los servicios de interés general de carácter económico o, servicios económicos de interés general (SIEG en lo sucesivo), al mercado interior, propiciando su liberalización y la armonización del régimen jurídico aplicable a los grandes sectores económicos (electricidad, gas, transportes públicos, correos, telecomunicaciones, etc.)¹¹. En estos sectores, la Administración ha renunciado a la gestión e incluso a la titularidad del servicio (privatización), a cambio de su regulación y control, sometiendo a los proveedores de los servicios a un deber de “servicio universal”¹², acompañado de particulares “obligaciones de servicio público”¹³.

Pero esa tendencia liberalizadora¹⁴ y privatizadora¹⁵, fundamentada en el desprestigio de lo público y en una presumible mejor asignación de los

¹⁰ Instituciones como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o el Tesoro de los Estados Unidos, que recomendaban políticas de estabilización macroeconómica, liberalización económica, reducción del Estado y expansión de las fuerzas del mercado dentro de la economía interna. Entre las 10 recomendaciones destacadas en el Consenso de Washington la octava es: “*privatización de las empresas estatales*”.

¹¹ Laguna de Paz (2016)

¹² Se entiende por “Servicio universal” la obligación que contraen las empresas titulares de SIEG de prestar una serie de servicios determinados, a todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica, y a un precio asequible. Véase la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (art. 3); o la Directiva 2019/944/UE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (art. 27).

¹³ Como dice la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres: “*se consideran obligaciones de servicio público las exigencias determinadas por la Administración a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución*” (art. 20). Por ejemplo, en la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico se consideran obligaciones de servicio público el bono social y la asunción tanto de los impagos como de los costes de financiación del suministro a consumidores vulnerables severos (art. 45.4).

¹⁴ Se entiende por liberalizar, el proceso por el que se pasa de una situación de monopolio a otra de competencia, permitiendo la entrada en un sector de más empresas.

¹⁵ Privatizar y externalizar se utilizan en ocasiones como términos sinónimos, pero podemos diferenciarlos según el grado de control que puede ejercer el poder público sobre el servicio. La privatización se utiliza sobre todo cuando el servicio público y su organización se ha vendido o cuando el sector público ha perdido definitivamente el

recursos por parte del mercado, que promovería la innovación y mejor protección para los consumidores, se enfrenta a otras tendencias que cuestionan esas ventajas¹⁶, o que propugnan configurar los servicios de interés general como un eje de la política social europea y como salvaguarda del papel de los Estados¹⁷. Esta tendencia está presente en diversas normas de los Tratados de la Unión Europea y en numerosas manifestaciones de la Comisión.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) hace dos menciones expresas a los SIEG. Por una parte, reconoce el lugar que los SIEG ocupan entre los valores comunes de la Unión, y su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, por lo que la Unión y los Estados miembros deben velar por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones (en particular económicas y financieras) que les permitan cumplir su cometido. Para ello, ordena al Parlamento y al Consejo de la Unión Europea que establezcan dichos principios y condiciones en Reglamentos, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios (art. 14, anterior art. 16 TCE). Por otra parte, su

control de la empresa que lo gestiona, normalmente tras la venta de su participación en la misma. En estos casos la Administración no tiene ya la titularidad del servicio, pero mantiene la responsabilidad de garantizar su prestación por razones de interés general, y por ello tiene la competencia de regular la prestación y de exigir su cumplimiento. Reservamos el término externalización en cambio, para el caso de servicios públicos que siguen siendo de titularidad pública pero cuya gestión se ha cedido mediante acuerdo o contrato a otra entidad por un tiempo determinado y con posibilidad de recuperación al finalizar el mismo. Estos servicios externalizados son los que pueden ser objeto de reversión (o internalización), y por tanto los que interesan a los efectos de este Informe.

¹⁶ Debería prestarse más atención a las estadísticas, que sitúan a los servicios públicos privatizados como los que más quejas y reclamaciones vienen recibiendo año tras año por parte de los españoles (empresas de telecomunicaciones, de transporte aéreo de personas, de suministros energéticos, servicios bancarios y financieros). FACUA en su último informe (primer semestre 2022) señala en quinta posición por número de reclamaciones: *“la sanidad, con el 6,7% de las reclamaciones. Se trata de reclamaciones contra las clínicas DENTIX y el aumento de denuncias contra centros sanitarios privados por deficiencias o irregularidades en la prestación de sus servicios y problemas de saturación en sus clínicas, algo que también motivó un buen número de reclamaciones en la sanidad pública”*.

¹⁷ Esta tesis es impulsada por países con fuerte tradición de servicio público, como Francia o Alemania.

art. 106.2 (anterior art. 86.2 TCE) establece que las empresas encargadas de la gestión de SIEG o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho, o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada¹⁸.

En 2009, con ocasión de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa¹⁹, se aprobó un Protocolo (n.º 26) sobre los SIG, que se anexó al TFUE y al Tratado de la Unión Europea (TUE)²⁰ y en el que se distingue entre, servicios de interés económico general (SIEG) y servicios de interés general que no tengan carácter económico (SIGnE en lo sucesivo). Esta es la primera vez que en una norma con rango de Tratado se mencionan los SIGnE.

El art. 1 del Protocolo señala que *“Los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general, con arreglo al artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incluyen en particular:*

- *el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios;*
- *la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales;*
- *un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios”.*

Por su parte, el art. 2 establece que, *“Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico”.*

¹⁸ Sobre la aplicación de esta norma véase López-Jurado Escribano (1999).

¹⁹ El Tratado de Lisboa fue suscrito el 13 de diciembre de 2007 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

²⁰ Protocolo n.º 26 publicado en el DO n.º 115, de 9.05.2008 p. 0308.

El marco jurídico aplicable a los SIG que diseña la normativa de la Unión Europea es insuficiente. La competencia sobre los SIEG es compartida entre los Estados y la UE, y ambos deben velar, para que, dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido²¹; pero la delimitación de competencias entre ambos no está clara, y tampoco se han desarrollado los reglamentos anunciados (art. 14 TFUE). La competencia sobre los SIGnE (cuya prestación no conlleva normalmente retribución), es en cambio competencia exclusiva de los Estados. Pero en todo caso, existe mucha inseguridad jurídica en relación con el carácter económico y económico de los servicios, lo que condiciona el régimen jurídico aplicable²².

En todo caso, del TFUE y del Protocolo n.º 26 se desprende que:

a) las autoridades nacionales, regionales y locales tienen amplia capacidad discrecional para prestar, encargar, financiar y organizar los SIEG;

b) las empresas encargadas de gestionar los SIEG quedarán sometidas a las normas de los Tratados y en especial a las normas sobre competencia, siempre que estas no impidan, de hecho, o de derecho, el cumplimiento de la misión encomendada a aquellas;

c) las normas de los Tratados no afectarán en cambio a la competencia de los Estados para prestar, encargar y organizar los SIGnE).

De la calificación de un servicio como SIEG o SIGnE dependerá el marco jurídico aplicable, pero realmente no existe una clara delimitación entre ambos tipos de servicios y es habitual que servicios calificados inicialmente como SIGnE se califiquen más tarde como SIEG. Por ello, aunque hubo

²¹ La Comisión Europea señala que las misiones que se asignan a los SIG y los derechos especiales que pueden resultar de ellos derivan de consideraciones de interés general como la seguridad del suministro, la protección del medio ambiente, la solidaridad económica y social, la ordenación del territorio y el interés de los consumidores. A su vez, los principios inspiradores son: la continuidad, la igualdad de acceso, la universalidad y la transparencia. Comunicación de la Comisión. Los servicios de interés general en Europa (DO C 281, de 26.9.1996) modificada en 2001 (DO C 17, de 19.1.2001).

²² Lourdes de la Torre (2011, p. 9).

intentos de identificar los SIGnE²³, finalmente la Comisión determinó que no era posible ni deseable elaborar a priori una lista definitiva de todos los SIG que deben considerarse no económicos.²⁴

A ello debe sumarse, las alusiones que las instituciones europeas vienen haciendo a los Servicios Sociales de Interés General (SSIG en adelante), como un tipo de servicios no encuadrables necesariamente en ninguna de las anteriores categorías o, dicho de otro modo, se trata de servicios que podrían ser económicos o no económicos (según deban remunerarse o no), pero les caracteriza su naturaleza social y el ser reconocidos como derechos sociales fundamentales, que los Estados están obligados a garantizar²⁵. Derechos que podemos encontrar en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como el derecho a la educación y acceso a la formación profesional y permanente, que incluye la gratuidad de la enseñanza obligatoria; el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos de maternidad, enfermedad, accidentes laborales, dependencia, vejez o pérdida de empleo; a la ayuda social y a la ayuda de vivienda; y a acceder a la prevención sanitaria y beneficiarse de la atención sanitaria.²⁶

25

La extensa y dispar producción, sobre todo, de comunicaciones de la Comisión y sentencias del TJUE sobre el sentido y ámbito de expresiones como “interés general”, “actividad económica” “remuneración”, ponen de manifiesto que tanto el concepto de servicio de interés general como su diferenciación entre económico, no económico o social, son contingentes y variables, dependen de la concepción social dominante en cada lugar o momento, y se refleja claramente en tendencias históricas y políticas.

²³ Por ejemplo, según la Comunicación de la comisión *Los servicios de interés general en Europa*. (DO C 17, de 19.01.2001) serán SIGnE y por tanto no se les aplicarán las normas de competencia y del mercado interior: la seguridad interior y exterior del país, la administración de justicia, la política de asuntos exteriores; la educación nacional; los regímenes obligatorios de la seguridad social, y otras prestaciones sociales.

²⁴ Informe al Consejo Europeo de Laeken (COM (2001) 598 de 17.10.2001, punto 30).

²⁵ El reconocimiento de los servicios sociales como servicios de interés general responde a una larga reivindicación, también presente en España, en favor de su consideración como servicios públicos y como derechos esenciales de los ciudadanos (entre otros: Tornos, J y Galán, A. (2007).

²⁶ DO C202/389 de 7.06.2016.

Durante el último siglo y medio se ha observado la transición de un Estado abstencionista, que no condicionaba la libertad de los individuos (“*laissez-faire*”), a un Estado providencia que, salvaguardaba la libertad de los individuos a la par que les reconocía ciertos derechos que debe atender el Estado (*Welfare State*). Más tarde, se proclama la quiebra del “Estado de bienestar” y se reivindica el principio de subsidiariedad, según el cual, el Estado sólo debe actuar para corregir las imperfecciones del mercado. Pero las tendencias siguen avanzando y hoy en día, que se conoce mejor qué resultado ha dado la privatización de los servicios públicos, se valora más la calidad del servicio, su accesibilidad universal, las buenas condiciones laborales de los trabajadores o el respecto al medio ambiente²⁷.

Por ello, lo más acertado es reconocer la libertad de los Estados miembros para definir qué consideran SIG, SIEG o SSIG, y una amplia discrecionalidad para organizar, regular y financiar los mismos como recoge el Protocolo n.º 26 de los Tratados de la Unión Europea, y se ve reflejado en otras muchas disposiciones como, la Directiva de Servicios²⁸ (2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006) o la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión²⁹ (2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014).

²⁷José María Serrano (2017) explica con claridad la evolución pendular de la gestión del servicio urbano de agua a través de la prestación directa o por empresas privadas, desde la segunda mitad del siglo XIX, donde son las empresas privadas las que, casi en exclusiva, comienzan el suministro domiciliario del agua, hasta la actualidad, en que ante la crisis y la creciente desigualdad social, se reclama un mayor peso de lo público en la economía, lo que ha derivado en la remunicipalización de diversos servicios públicos, como el suministro del agua.

²⁸ La Directiva 2006/123 tiene por objeto establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, pero no afecta a la libertad de los Estados miembros a decidir, lo que consideran SIEG, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios (art. 1). La Directiva tampoco se aplicará a los servicios no económicos de interés general, los servicios sanitarios, ni los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas, proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado (arts. 1 y 2).

²⁹ La Directiva 2014/23 establece las normas aplicables a los procedimientos de contratación de los poderes públicos por medio de una concesión; pero reconoce la libertad de los Estados para definir los SIEG, cómo se han de organizar y financiar, y la

La pregunta que podríamos hacernos en este momento es: **¿Qué prestaciones económicas y sociales considera el ordenamiento jurídico español como de interés general?**

Los intereses generales que defiende cada Estado suelen estar presentes en sus textos constitucionales. Según la **Constitución Española de 1978** (CE en lo sucesivo), España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1); y ordena a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2)

La **Constitución Española** reconoce ciertos derechos sociales y diseña un modelo económico.

Por lo que se refiere a los **derechos sociales**, se declara el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE); a la protección de la salud (art. 43.1 CE); al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1 CE) o a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) entre otros; así como, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE); la formación y readaptación profesional; la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE); un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos (art. 41 CE); o una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad (art. 49 CE), etc. Los anteriores derechos se configuran como principios rectores que deben informar la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero sólo podrán ser reclamados ante los tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE). La regulación de estos derechos puede

libertad de la administración (autoridades nacionales, regionales y locales) para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras y la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Estas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con autoridades o confiarlas a operadores económicos (arts. 1, 2 y 4).

corresponder al Estado o a las comunidades autónomas, en atención a la distribución de competencias entre ambos.

En cuanto al **modelo económico**, la Constitución se diseña en un momento de resurgimiento del neoliberalismo económico (1978) y consagra la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE); pero también declara que toda la riqueza del país está subordinada al interés general (art. 128.1 CE), se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y la posibilidad de reservar por ley al sector público, recursos y “servicios esenciales”³⁰, especialmente en caso de monopolio, así como acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiera el interés general (art. 128.2 CE).

La Constitución también ordena a la Administración Pública servir con objetividad los intereses generales (art. 103 CE). Según Garrido Falla para satisfacer los intereses generales, la Administración puede actuar utilizando la coacción (policía), la persuasión (fomento) o facilitando por sí misma las prestaciones necesarias para satisfacer el interés o la necesidad pública en cuestión (actividad de servicio público)³¹.

Además de la actuación de la Administración Pública como prestadora de servicios públicos, la Constitución reconoce al Sector Público la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE). El concepto de **Sector Público** integra tanto a la Administración (estatal, autonómica o local) como al sector público institucional. Éste integra a su vez, los organismos públicos, entidades de derecho público y entidades de derecho privado vinculados o dependientes de las administraciones públicas, así como a las universidades públicas (art. 2 Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público).

La Administración Pública puede prestar servicios públicos y puede producir bienes y servicios para el mercado, en concurrencia con los

³⁰ La reserva de “servicios esenciales” se ha interpretado en sentido positivo como la posibilidad de reservar actividades de las que se derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de una comunidad, como señaló el Tribunal Constitucional aludiendo a los servicios esenciales en un contexto de huelga (STC 26/1981 de 17 de julio); pero también en un sentido negativo como que sólo ese tipo de actividades se puede reservar el sector público. (Molero y Pacheco, 2014)

³¹ Garrido Falla (1994, p. 20).

particulares que, en ejercicio de la libertad de empresa, realizan esa misma actividad.

El **Estatuto de Autonomía** de la Comunitat Valenciana (EA en lo sucesivo) reconoce que los valencianos y valencianas son titulares de los derechos, deberes y libertades reconocidos en la CE, en el ordenamiento de la UE, en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en la Carta Social Europea; y vincula a los poderes públicos valencianos para que velen por su protección y respeto, así como, por el cumplimiento de los deberes (art. 8 EA). A continuación, el EA declara que todos los ciudadanos tienen derecho a gozar de servicios públicos de calidad (art. 9.2 EA) y que la Generalitat deberá garantizar la financiación suficiente para el ejercicio de las competencias propias en la prestación del conjunto de los servicios públicos asumidos, y cuando dichos recursos no lleguen a cubrir un nivel mínimo de servicios públicos equiparables al resto del conjunto del Estado, se establecerán los mecanismos de nivelación pertinentes (art. 67.3 EA).

El Sector público de la Generalitat integra a la Administración de la Generalitat, al Sector público instrumental de la Generalitat y a las Instituciones de la Generalitat (art. 2 Ley 1/2015); mientras que el Sector público instrumental se integra por organismos públicos, sociedades mercantiles, fundaciones y consorcios, adscritos a la Generalitat³².

El concepto de servicio público viene delimitado en todo caso, por la existencia de un interés general reconocido en la ley³³.

³² Esta misma Ley ordena el sector público de la Generalitat en: a) Sector público administrativo, integrado por: la Administración de la Generalitat y los organismos autónomos de la misma; las Instituciones y los consorcios; y b) Sector público empresarial y fundacional, integrado por las siguientes entidades de la Generalitat: entidades públicas empresariales; sociedades mercantiles, fundaciones, los consorcios y otras entidades de derecho público no incluidas en el sector público administrativo.

³³ Lourdes de la Torre (2011, p. 9) destaca con acierto el papel clave que ocupa y debería seguir ocupando el usuario en los Servicios de Interés General, en particular cita: *“Tampoco podemos olvidar en este escenario, el papel claro que ocupa el usuario de los SIG, en particular, la satisfacción de sus necesidades, sus preferencias y sus derechos en el centro de las disposiciones, dirigidas por los principios comunes de un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del*

acceso universal, más aún si tenemos en cuenta que la creación de los SIEG sólo se justifica en la medida en que permite el cumplimiento de los cometidos de interés general al servicio de los usuarios de dichos servicios”.

2. MODALIDADES DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LA GESTIÓN INDIRECTA.

2.1 Modalidades de prestación de los servicios públicos. Motivaciones, límites y garantías.

En el capítulo anterior pudimos ver cómo, de conformidad con la normativa de la Unión Europea, los Estados miembros son libres para definir qué consideran servicios de interés general (servicios públicos), y gozan de una gran discrecionalidad para organizar, regular y financiar los mismos (Protocolo n.º 26); por ello hay servicios que se han privatizado, pero son objeto de regulación y control, y otros, cuya titularidad todavía corresponde a los poderes públicos.

En este Informe vamos a centrarnos en los servicios públicos cuya titularidad, de conformidad con nuestro marco constitucional y estatutario, corresponde a la Generalitat Valenciana.

31

También vimos cómo los poderes públicos pueden decidir gestionar los servicios directamente o encomendarlos a otras entidades (externalización), que pueden ser públicas o privadas, y actuar por motivos lucrativos o por motivos no lucrativos (Comunicación Comisión 20.11.2007).

En ambos casos, es la Administración de la Generalitat, como titular, quien tiene la obligación de garantizar un servicio de calidad, como exige el Estatuto de Autonomía (art. 9). Además, como recuerda la Ley 5/1983 del Gobierno Valenciano, la Administración Pública de la Generalitat será responsable de las lesiones que, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sufran los ciudadanos en sus bienes y derechos, salvo por circunstancias de fuerza mayor (art. 79). Cuando la prestación del servicio público se haya externalizado, la responsabilidad de la Administración por los daños causados a los usuarios de los servicios públicos se limita a aquellos que sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella

misma, y sin perjuicio de las especialidades que se establecen en la legislación sobre contratación pública (art. 32.9 Ley 40/2015)³⁴.

Los servicios públicos pueden ser prestados de modo directo por la Administración de la Generalitat (Presidencia y Consellerías) o a través de alguna entidad del sector público instrumental dependiente de ella como puede ser una agencia, una fundación o una sociedad mercantil, de capital íntegramente público³⁵.

Y pueden ser prestados de modo indirecto. En estos casos, como vimos, el Protocolo n.º 26 establece que las empresas encargadas de gestionar los SIEG quedarán sometidas a las normas de los Tratados en materia de competencia y mercado interior.

Estas normas, en cambio, no afectarán a la competencia de estas autoridades para prestar, encargar y organizar los SIGnE.

También vimos cómo, los servicios de interés general de carácter social pueden prestarse indirectamente al margen de la regulación sobre contratos públicos de la Unión Europea, si cumplen determinadas condiciones. Son los llamados servicios sociales de interés general (SSIG).

La gestión indirecta de SIG se rige principalmente, por la legislación sobre contratos de las administraciones públicas, o sector público. La vigente es 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

³⁴ La LCSP en su art. 196 atribuye al contratista la obligación general de indemnizar todos los daños y perjuicios que cause a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, con las excepciones señaladas en el citado art. 32.9 Ley 40/2015. En todo caso, la ley reconoce a los terceros la posibilidad de requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños (art. 196 LCSP). A tales efectos es importante diseñar en los pliegos de cláusulas del contrato la distribución de responsabilidad entre las partes.

³⁵ La Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, identifica como Sector Público Instrumental determinados entes que se encuentran bajo la dependencia o vinculación de la Administración de la Generalitat Valenciana o de otros entes de su sector público (art. 2). El sector público instrumental se integra por organismos públicos (organismos autónomos, entidades de derecho público, y entidades públicas empresariales); sociedades mercantiles de la Generalitat; fundaciones del sector público de la Generalitat y consorcios.

Europeo y del Consejo 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública (LCSP en lo sucesivo)³⁶.

Esta Ley tiene por objeto regular la **contratación del sector público**, así como los efectos, cumplimiento y extinción de los diversos contratos administrativos (art.1).

Pero antes de adentrarnos en las diversas modalidades de externalización de la gestión del servicio público previstas en la legislación sobre contratación pública, merece la pena que hagamos una breve reflexión sobre las razones que pueden motivar la decisión de externalizar la gestión de un servicio público, los posibles límites a la externalización y las garantías que deberían adoptarse para asegurar la calidad del servicio.

2.1.1. Motivaciones para externalizar la gestión de un servicio público.

33

La cuestión planteada parece remitir al clásico debate sobre si es mejor la gestión pública o privada de los servicios, pero no es ese nuestro objetivo.

Por una parte, porque si bien en un primer momento la privatización tuvo un papel instrumental en las políticas financieras y de reconversión industrial (1985-1991), y debía justificarse su utilización, con el tiempo acabó teniendo un carácter finalista, esto es, pasó a ser una política más. Este proceso tuvo lugar según Bel y Costa (2001) cuando el gobierno percibió que con ella ganaba un amplio apoyo político entre amplias capas del electorado. Hoy en día sigue siendo un tema esencialmente politizado, que como un credo parece no precisar justificación; es naturalmente bueno o malo.

Por otra parte, porque resulta difícil encontrar motivos favorables a la externalización que no sean a su vez cuestionados por la doctrina, tanto desde

³⁶ Antecedentes de esta Ley fueron las leyes **13/1995**, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que dio paso al texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo **2/2000**, de 61 de junio; la Ley **30/2007**, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que dio paso a su vez al texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo **3/2011**, de 14 de noviembre.

una perspectiva teórica como práctica; y porque en ocasiones, incluso, los motivos alegados no son realmente los perseguidos. Así, es habitual alegar motivos de eficacia (mejor precio) y eficiencia (mejor calidad) para la externalización, pero la realidad pone de manifiesto que en ocasiones los motivos reales perseguidos pueden ser otros, como huir de las rigideces y estrecheces presupuestarias, tecnológicas y de gestión de los recursos humanos, que afectan a la Administración Pública³⁷. Por ello, la doctrina aconseja alejarse de posturas apriorísticas maximalistas, y analizar caso por caso³⁸.

Ante este contexto, lo más edificante podría ser tener en cuenta los puntos débiles que se señalan de cada opción para que, con independencia de la decisión que se tome, se trate de combatirlos, para garantizar ese servicio de calidad que se exige a la Generalitat.

Entre los **puntos débiles** que se relacionan con la **gestión pública** se suele citar, por una parte, que la Administración no cuenta con los medios necesarios para prestar el servicio; lo que está en relación directa con sus posibilidades de financiación y los límites de gasto público a que se le somete³⁹; y por otra, la ineficiencia. Suele afirmarse que las entidades públicas no necesitan controlar sus costes para sobrevivir por lo que tienen pocos incentivos para comportarse eficientemente. La eficiencia económica exige que no se desperdicien recursos ni se infrutilicen; pero la ineficiencia en este contexto se relaciona principalmente con la gestión de personal, derivada de la condición de empleado público y del régimen jurídico “poco flexible” al que está sometido. Ambos puntos débiles podrían superarse,

³⁷ Así se puso de manifiesto en un estudio de ámbito estatal realizado a partir de encuestas en profundidad y reuniones de grupo con altos cargos y grupos de funcionarios de élite (Ramíó y García, 2006, p. 9).

³⁸ Gimeno Feliu (2016, p. 2)

³⁹ Precisamente, las limitaciones al endeudamiento de los ayuntamientos ha sido la causa de un gran número de externalizaciones de servicios municipales. Al externalizarse la gestión, la concesionaria paga un canon al municipio y la legislación española no impide que el canon alivie el déficit presupuestario, en lugar de destinarse a la mejora de las infraestructuras del servicio (Soler Manuel, 2003).

mejorando la inversión en los servicios públicos esenciales, y siendo más eficientes en el gasto público⁴⁰.

Entre los **puntos débiles de la gestión privada** se señala que, como su finalidad es principalmente obtener beneficios a partir de la actividad económica que desarrolla, para remunerar a sus inversores y directivos, siendo los ingresos previsibles, el beneficio dependerá de la reducción de gastos, y esto, puede afectar a la calidad del servicio⁴¹. También se dice que

⁴⁰ No podemos ignorar que desde 2020, primero por la pandemia de la COVID-19 y luego por la Guerra provocada por la invasión rusa de Ucrania, están suspendidas las reglas fiscales del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, lo que ha permitido elaborar unos Presupuestos centrados en el crecimiento económico, la creación de empleo, y el desarrollo de políticas estratégicas en ciencia, sanidad, educación, protección de las clases medias y trabajadoras, y colectivos vulnerables, principalmente. Así se refleja también en los Presupuestos de la Generalitat para 2023, que tiene como uno de sus retos: el refuerzo de los servicios públicos para asegurar el mantenimiento de las prestaciones sociales; la consolidación de las 6.000 plazas creadas en sanidad con carácter estructural, y la continua inversión en infraestructura, junto con la adopción de medidas dirigidas a fortalecer la atención en salud mental. Cuando se levante la suspensión, posiblemente volveremos a los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública que venimos acatando desde 2011, tras la reforma del art. 135 de la CE y posterior aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, en particular de su artículo 11, 1 y 2.

⁴¹ En este sentido, en marzo de 2023 se publicaban los resultados de un estudio sobre el sistema sanitario privado en el que se destacaba la *“Insatisfacción del colectivo médico por, entre otros, los bajos baremos y la elevada carga asistencial”* (en **Un sistema sanitario en transformación. Los retos del aseguramiento privado en España. Cátedra Extraordinaria Salud Sostenible y Responsable. Universidad Complutense de Madrid**, p. 32). También recientemente, el 3 de febrero de 2023, se hacía público el **“Manifiesto Dignifica”** que reivindica la seguridad de los pacientes en la práctica de la sanidad privada, criticando el sistema actual, dominado por las compañías aseguradoras y las clínicas y hospitales, que someten al médico a bajos precios y *“esos bajos precios le obligan a trabajar a volumen, dejando la calidad en un segundo plano: los bajos precios están reñidos con la alta calidad. Esto puede llevar a dos problemas muy graves: el sobrediagnóstico (realizar diagnósticos más graves o solicitar más pruebas de las necesarias, para poder cobrar baremos mayores) y el no realizar procedimientos dado que el esfuerzo que precisan no se corresponde al pago recibido, lo que deja indefenso al paciente”* (http://www.secomcyc.org/wp-content/uploads/2022/10/Carta_seguridad-paciente-y-SSCC_def0223.pdf). El Manifiesto Dignifica, ha sido ratificado por más de una decena de sociedades científicas (Academia Española de Dermatología y Venereología; Sociedad Española de Neurología; Sociedad Española de Oncología Radioterápica; Sociedad Española de Reumatología; Asociación Española de Urología y Sociedad Española de Cirugía Cardiovascular y Endovascular, entre otras). En un comunicado conjunto estas sociedades criticaron las bajas tarifas (baremos) que les pagan las aseguradoras a los médicos especialistas (entre 7 y 15 euros por acto de consulta

la privatización sale más cara a la Administración y a los usuarios⁴². En estos casos, habrá que tomar las medidas necesarias para controlar el coste que la externalización supone para la Administración, y para garantizar una calidad óptima del servicio.

Pero tampoco podemos olvidar los **riesgos que entraña en sí misma la posibilidad de optar por la privatización de los servicios públicos**, con independencia de la posterior gestión del servicio. Entre estos riesgos, sobresale el de la **corrupción y los conflictos de intereses**. Se dice que los políticos en el poder desean permanecer en el mismo y los grupos de interés ofrecen apoyo político a cambio de una regulación favorable para sus intereses, en este caso, que les permita ampliar sus negocios en nuevas áreas reservadas hasta el momento al sector público, y en condiciones que favorezcan sus objetivos lucrativos. En estos contextos, la regulación suele ser beneficiosa para los grupos de interés mejor organizados o con mejores contactos en el gobierno⁴³. Para evitar la influencia que los grupos de presión

ambulatoria), y la frustración que les produce “*que no pueden implementar al servicio de los pacientes en atención privada las posibilidades que ofrecen las actuales técnicas y tecnologías*”, porque las compañías aseguradoras se resisten a incorporar en sus coberturas los actos médicos, diagnósticos y terapéuticos más avanzados e innovadores de cada especialidad, “*Lo que, sin duda, perjudica la calidad y supone la no eliminación de riesgos a los pacientes, conforme a los actuales estándares de la Medicina*”.

(<https://www.epe.es/es/sanidad/20230623/dermatologos-oncologos-cirujanos-urologos-denuncian-bajas-tarifas-cobran-sanidad-privada-89051499>).

⁴² Según Zubiri Oria (2010) “*cuando se privatiza la producción de una prestación pública hay que pagar, además del coste del servicio, el beneficio del productor. Esto encarecerá la prestación, a no ser que la empresa privada tome medidas reductoras del coste como pagar menos a quienes prestan el servicio, proveerlo con personal menos cualificado, limitarse a aceptar usuarios que no sean caros o producir solo prestaciones baratas. Estos comportamientos se han dado en, por ejemplo, la producción privada de sanidad o educación*”.

⁴³ Muñoz Machado (2015, p.32). Páez y Silva (2010, pp. 53-54) tras analizar el proceso de privatización de los servicios públicos en varios países de América Latina concluyen que: “*desde la teoría la privatización es positiva si está acompañada de una regulación clara, aplicable, exigible. Pero desde la práctica, se tiene la percepción de que los procesos han favorecido a un reducido grupo de intereses privados y políticos, con aumentos considerables de las tarifas, exclusión de algunos servicios, altos costos fiscales y una indudable pérdida de eficiencia, en algunos casos*”. Álvarez Royo-Villanova (2007) pone el ejemplo del sector de las prisiones en USA, donde la población reclusa ha crecido extraordinariamente coincidiendo con la expansión del sector privado en el sistema carcelario, y el correlativo aumento del poder de sus lobbys y su

puedan ejercer sobre los poderes públicos, debería promoverse un mercado más competitivo⁴⁴. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2017) valoraba en 40.000.000 millones de euros/año la cantidad imputable a los sobrecostos causados por la falta de competencia en la contratación pública.

Asimismo, debería reforzarse la transparencia y la supervisión tanto del proceso de contratación como de la prestación de los servicios públicos⁴⁵. Ni el legislador ni la administración, desconocen estos riesgos. Tanto la Directiva 2014/23 (art. 35) sobre la adjudicación del contrato de concesión, como la Directiva 2014/24 (art. 24), que regula la adjudicación de los demás

participación en la financiación de las campañas de los políticos favorables a la privatización.

⁴⁴ Uno de los principios y a su vez objetivos de la contratación pública es salvaguardar la libre competencia para garantizar la concurrencia de empresas en las licitaciones públicas (art. 1 y art. 332 LCSP). Se supone que, en un mercado competitivo, al que concurren pluralidad de empresas buscarán mejorar sus procesos, lo que repercutirá en la calidad de sus productos y servicios, y permitirá a la Administración acceder a la mejor oferta, con la mejor relación calidad-precio en pro de una gestión de los recursos públicos más eficiente (OIRESCON, *Informe anual de supervisión de la contratación pública*, 2022).

Sin embargo, según dicho Informe, es cada vez más frecuente detectar en los procesos de licitación acuerdos entre empresas para presentar ofertas (50% de los casos), o para el reparto de licitaciones (28,57% de los casos), lo que puede constituir una práctica colusoria contraria a la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, en particular a su art. 1.1.

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación recomienda, para detectar y combatir las prácticas colusorias, acciones formativas y divulgativas y, por supuesto, su denuncia, como hasta ahora, ante los órganos de contratación, la Comisión de Defensa de la Competencia o el Servicio de Gestión Administrativa y Defensa de la Competencia, de la Comunitat Valenciana, o ante los tribunales administrativos. Cuando las empresas se agrupan para presentar una única oferta, deja de haber competencia efectiva y provoca disfunciones y situaciones perjudiciales para la economía y los usuarios de los servicios.

En el mismo sentido, merece destacarse la Guía contra el fraude en la licitación pública de la CNMC (2017) cuando enumera los indicios de posible manipulación en licitaciones públicas o privadas, y ofrece varios medios para su denuncia: teléfono y e-mail (buzoncolaboración@cnmc.es).

⁴⁵ Una de las medidas previstas en la propuesta de Modernización de las Administraciones Públicas (Una Administración para el siglo XXI) es la Estrategia Nacional de Contratación Pública, que comprende: Profesionalización de los agentes intervinientes en la contratación pública, mejorar el acceso de las pymes, refuerzo de la transparencia y la eficiencia, de la seguridad jurídica y de la supervisión y control.

contratos, contemplan expresamente la obligación de los Estados de exigir a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación. Para facilitar este trabajo, la Comisión Europea (2017), a través de la Oficina Europea de lucha contra el fraude (OLAF), ofrece una recopilación de indicadores de alerta de fraude en la contratación pública que suelen darse en las distintas fases de la licitación, así como, una serie de herramientas horizontales para la prevención del fraude (Transparencia, Ética e integridad y Estrategia nacional de contratación pública).

En este sentido, merece destacarse las **Recomendaciones del Código de Integridad de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana** (2023)⁴⁶.

En particular, la Recomendación General “*La ejecución de los contratos en clave de integridad pública*”, se centra en “*analizar los principales riesgos de corrupción asociados a la falta o insuficiencia de control del cumplimiento de los contratos durante su ejecución*”; y señala:

“En ese momento, cuando culmina con éxito un procedimiento de licitación y por fin se formaliza un contrato, las administraciones dan por cumplidos sus objetivos, sin prestar atención a lo verdaderamente relevante: la ejecución de la prestación contratada y la comprobación por parte de la Administración contratante del cumplimiento del contrato por quién va a cobrar dinero público por ello. Sólo de ese modo se habrá cubierto la necesidad inicial que lo motivó y se podrá recibir la prestación <a satisfacción de la administración contratante>. En cambio, una vez formalizado el contrato en cuestión, hemos detectado cómo, en la mayoría de los casos, el mismo queda relegado en un plano residual (antes,

⁴⁶ Entre otras recomendaciones merecen citarse las relativas a “*La ejecución de los contratos en clave de integridad pública*” (pp. 1075-1160); “*Reflexiones sobre el conflicto de interés: su desconocimiento, la antesala de la corrupción*” (pp. 1193-1228) o “*El ejercicio del cargo público con integridad: antes, durante y después del proceso electoral*” (pp. 1459-1586).

guardado en el cajón; hoy archivado en su expediente electrónico), siendo evidentes los riesgos de corrupción que ello lleva aparejado”⁴⁷.

(...)

“En otras palabras, que un órgano contratante relegue la ejecución de un contrato a la propia inercia de los acontecimientos, sin aplicar los debidos mecanismos preventivos y de control, es tanto como cerrar los ojos y desproteger los intereses generales (las necesidades públicas) que dicho contrato pretendía satisfacer, de injerencias particulares, abriendo la puerta a sendos riesgos de corrupción, tales como: la falta de planificación de las políticas públicas y su gestión; el conflicto de interés; el enriquecimiento injusto, o la falta de control de la actividad de nuestras instituciones, entre otros”.

(...)

“Detener la corrupción exige un cambio en la cultura de cada organización pública que, practicando la integridad institucional, deje bien claro cómo se invierte el dinero público en la externalización de prestaciones que cubren necesidades públicas y que permita rendir cuentas de que con dichos contratos se ha actuado sin desviarse de su misión de servicio público, controlando con eficacia el cumplimiento de los mismos, esto es, la satisfacción real de las necesidades del órgano de contratación⁴⁸”.

39

(...)

“Resulta bastante frecuente la no detección de incumplimientos de las obligaciones generales o de las condiciones especiales de ejecución o, detectándolos, la no exigencia de responsabilidades por incumplimiento. Ello se traduce en la contingencia; en la materialización de dichos incumplimientos de manera impune durante la ejecución del contrato y en la correlativa merma de control del modo y manera en que se satisfacen las necesidades públicas⁴⁹”.

(...)

⁴⁷ AVAF (2023, p. 1083)

⁴⁸ AVAF (2023, p. 1084)

⁴⁹ AVAF (2023, p. 1106)

“Siendo el control de la ejecución de los contratos necesario y obligatorio por Ley, la realidad es que no se invierte ni tiempo ni medios para inspeccionar, vigilar y controlar su ejecución, ni hacer un seguimiento de éste, contribuyendo al incumplimiento de determinados principios tales como la eficiencia en el gasto público, la transparencia e integridad, y dando lugar a irregularidades administrativas o supuestos de fraude o corrupción⁵⁰”

En la supervisión de la prestación del servicio, debe implicarse no sólo a la Administración como responsable última, sino también a los demás colectivos interesados, lo que incluye a usuarios y trabajadores.

Precisamente, una de las críticas que se vienen haciendo a los procesos de externalización es que no se cuenta con la opinión de los ciudadanos, ni en la decisión de externalizar, ni posteriormente a la hora de controlar la calidad del servicio prestado.

El ciudadano disconforme con la gestión pública de un servicio tiene diversas vías para trasladar su disconformidad, como veremos a continuación, y en todo caso, tiene la opción de votar cada cuatro años el cambio de gobierno de la Administración, pero una vez el servicio está externalizado o finalmente privatizado, sus opciones se reducen considerablemente⁵¹. Este es el drama que se vive en países cuyos servicios “públicos” están privatizados, cuando estos no son satisfactorios para la

⁵⁰ AVAF (2023, p. 1127)

⁵¹ Desde el punto de vista de la protección de los consumidores, Clara Asúa (2012) lamenta que la privatización ha limitado de modo drástico las posibilidades de incidencia de las defensorías de la ciudadanía, y pone como ejemplo, las facultades del Sindic de Greuges en Cataluña que, al igual que en la Comunitat Valenciana, tiene entre sus funciones velar por defender los derechos y libertades de los ciudadanos, pudiendo investigar las actuaciones, “de las personas físicas o jurídicas que gestionan servicios públicos o lleven a cabo, entre otras, mediante concierto o concesión, actividades de interés general” (art. 17 Ley 2/2021, de Sindic de Greuges de la Comunitat Valenciana). En su opinión, cuando un servicio se “privatiza” y su titular ya no es la Administración Pública, deja de ser un servicio público y los ciudadanos ya no cuentan con estas defensas.

mayoría de la población, pero resulta prácticamente imposible publicarlos, por ejemplo, por los intereses creados entre las grandes corporaciones⁵².

2.1.2. Límites a la externalización, condiciones y garantías que aseguren la calidad del servicio.

Nos planteamos en este capítulo si hay límites a la externalización o si todo tipo de servicio puede externalizarse sin límite alguno.

No es un tema pacífico. Algunos opinan que todo servicio público debe poder externalizarse. Otros en cambio, opinan que determinados servicios por su carácter esencial o estratégico para la Administración y sus ciudadanos no deberían externalizarse⁵³.

⁵² Un caso paradigmático es el de **Estados Unidos** en relación con los servicios sanitarios. Un reciente informe de The Commonwealth Fund (2022) compara el gasto en salud y los resultados de este país con la de 38 países de altos ingresos de la OCDE. USA gastó el doble que el siguiente en atención médica, pero la esperanza de vida de sus ciudadanos es la más baja y la tasa de enfermos crónicos la más alta. Se trata de servicios muy caros, no accesibles a la mayoría de la población, y orientados a cronificar las enfermedades más que a prevenirlas o curarlas. Para acceder al servicio se hace necesario tener un seguro médico, pero estos son caros y no cubren todo el coste de la factura, ni todas las enfermedades. Los estudios recomiendan que se haga extensible el seguro público *Medicare* a toda la población. Los principales beneficiados de la privatización de la atención médica en Estados Unidos son las grandes compañías aseguradoras y los médicos que, organizados en potentes asociaciones como la Asociación Médica Americana (AMA) son los que más cobran del mundo (según Statista, en 2021 el salario medio anual era de 316.000 \$, seguido de Alemania con 183.000 \$). Los estudios realizados sobre el **Reino Unido**, que también privatizó pronto los servicios públicos presentan resultados preocupantes. Grimshaw, Vincent y Willmott (2002), detectaron una tendencia a la baja calidad de los servicios externalizados durante la década de los noventa (servicios sanitarios y de desarrollo y mantenimiento de instalaciones informáticas). Más recientemente, Benjamin Goodair y Aaron Reeves (2022) han comprobado que el aumento de la externalización de servicios médicos se corresponde con un aumento de la mortalidad tratable, “*como resultado de una disminución de la calidad de los servicios de atención sanitaria*”.

⁵³ Así, por ejemplo, Segismundo Álvarez (2007), quien concluye que “*Solo los que defiendan intereses de parte pueden sostener que cualquier privatización es buena o mala*”. El autor se plantea qué servicios se gestionan mejor por entidades públicas y señala por una parte: la salud pública y la educación, porque además de haber fracasado en los países donde se privatizó, “*poner determinados servicios de especial importancia en un*

En todo caso, la externalización de un servicio público deberá justificarse y regularse debidamente.

La ley no exige propiamente una **justificación** de la externalización de los servicios públicos al mismo nivel que se exige para su reversión. No obstante, parece razonable que, siendo competencia de la Administración, relegar su gestión a terceros, debería justificarse, en la imposibilidad de la entidad pública para proveer dicho servicio, o de proveerlo en condiciones similares a las exigidas en caso de externalización.

La **regulación** de la externalización del servicio se hace necesaria para garantizar su prestación universal, de forma continuada y regular, a precios asequibles y respetando los estándares de calidad básicos que establece la Administración.

Precisamente, la LCSP tiene entre sus objetivos asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios, y por ello, exige que se definan con carácter previo y detallado las necesidades a satisfacer a través del contrato, y que se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa. Además, para conseguir una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, la Ley establece que en toda contratación pública se incorporen de manera transversal “y *preceptiva*” criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, “*en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual*” (art. 1).

régimen de cierta protección de las fuerzas del mercado unida a una vigilancia especial, puede suponer un ahorro de coste”; y por otra, las prisiones, hospitales y servicios sociales, porque la competencia funciona mal cuando la “clientela” servida es más vulnerable y la solicitud del servicio no es voluntaria. Carles Ramió y Oriol García (2006, p. 17), proponen la definición de un mapa conceptual, de cada institución pública, que delimite con claridad las competencias y servicios públicos que “bajo ningún concepto pueden ser objeto de externalización”, entre otras citan: aquellas vinculadas con la seguridad, con la gestión de información confidencial de los ciudadanos, con la inspección de determinados ámbitos de regulación, con la gestión estratégica de los servicios comunes en materia de personal, economía, informática y tecnologías de la información y comunicación, con la inteligencia que contribuye a tomar decisiones, etc. “En definitiva, debe trazarse un marco conceptual que excluya de la externalización aquellas funciones y competencias consideradas estratégicas, críticas y sensibles para el funcionamiento de las administraciones”.

Así, el expediente de contratación debe iniciarse por el órgano de contratación “motivando la necesidad del contrato” (art. 116.1 LCSP), lo que obliga a las entidades del sector público a tener que justificar, que el contrato es necesario para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, y a tener que determinar con precisión (dejando constancia documental) la naturaleza y extensión de las necesidades que pretende cubrir mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas (art. 28.1 LCSP). Con anterioridad, los órganos de contratación deben realizar los estudios de mercado que se precisen, y dirigir las consultas a los operadores económicos necesarias para preparar correctamente la licitación (art. 115 LCSP); así mismo, deben programar la actividad de contratación pública, y dar a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa (art. 28.4 LCSP). Cuando el objeto del contrato es la prestación de un servicio público, dice el art. 285 LCSP que la tramitación del expediente “*irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrá carácter vinculante en los supuestos en que concluya en la inviabilidad del proyecto*”. La ley no determina qué consecuencias tendría en cambio, la no realización de ese estudio, lo que es relevante dada la general ausencia de éstos en los procesos de externalización, al menos en los analizados en este informe, como veremos más tarde.

Al expediente se incorporan los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas particulares, respetando en todo caso los contenidos previstos en los arts. 121-130 LCSP. Entre otras se incluirán las cláusulas que definan los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación o, cuando se trate de la prestación de servicios, las características exigidas a éstos, los niveles de calidad, y su evaluación⁵⁴. Debe tenerse en cuenta

⁵⁴ La representante de CCOO en la Comisión propone que, para evitar posteriores problemas, se incorporen en los contratos y pliegos las mismas exigencias de titulación del personal, y normas generales de acceso al empleo, que se exigen en la administración pública, en previsión de su posterior integración y porque, en algunos casos se computan los servicios prestados igual que a los empleados públicos. Como ejemplo, señala el caso

también, la obligación que la Ley 18/2018 para el fomento de la responsabilidad social impone a las Administraciones públicas de incorporar en los pliegos de contratación criterios sociales, ambientales, éticos, de transparencia, entre otros (art. 12). El art. 13 incorpora una serie de cláusulas de responsabilidad social y transparencia que deberían incluirse en la contratación pública, bien como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución⁵⁵.

La regulación debe contemplar también todas las obligaciones que asuman las partes, en particular para garantizar los anteriores objetivos, su seguimiento y supervisión, y las consecuencias del incumplimiento de aquellas, dejando siempre abierta la puerta a la internalización del servicio, una vez finalizado el contrato o en caso de concurrir cualquier otra causa de extinción de éste, como puede ser, el incumplimiento de los objetivos del

de la exigencia de la formación sanitaria especializada para ejercer en la sanidad pública, requisito no exigible en las concesiones administrativas al tratarse de una gestión privada.

⁵⁵ Entre otras, podemos destacar **la e) y la f)**. Según la primera, se indicará “*la obligación del adjudicatario de subrogarse como empleador en las relaciones laborales. El órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de las personas trabajadoras a quienes afecte la subrogación para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará esta medida, con salvaguardia de sus derechos de protección de datos. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores y trabajadoras afectados, estará obligada a proporcionar la referida información exacta y veraz al órgano de contratación, a requerimiento de este. Asimismo, deberá incorporarse en el anuncio de licitación la advertencia de que esa contratación se encuentra sometida a la subrogación de los contratos de trabajo de todos los trabajadores y trabajadoras que, a pesar de pertenecer a otra contrata, vengán realizando la actividad objeto del contrato, quedando la nueva empresa subrogada en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social de la anterior*”.

La segunda propone que en los pliegos se determinen “*los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa para la administración, entendida como aquella que no sólo tenga en cuenta el menor precio, sino también parámetros de eficacia, de forma que se adjudique a la oferta de mejor relación coste-eficacia, siempre y cuando no repercuta en un menoscabo de las condiciones laborales, salariales y sociales de los trabajadores y trabajadoras afectados por la contratación o la subcontratación y se vele por las condiciones y calidad del servicio que se ofrece. Los criterios podrán estar relacionados con los costes o con otro parámetro que permita identificar la oferta que presenta la mejor relación coste-eficacia, como el coste del ciclo de vida o criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio*”

contrato o de las obligaciones de las partes. Pero incluso, lo anterior no será suficiente, la externalización debe prepararse bien y debe supervisarse durante toda su ejecución, como veremos a continuación.

Carles Ramió y Oriol García (2006) después de analizar los procesos de externalización de servicios públicos en España concluían que, la externalización es un instrumento que proviene de la gestión privada y debe adaptarse a la realidad específica de la gestión pública para evitar rebajar a los ciudadanos a la categoría de clientes, y evitar que un supuesto logro de la eficacia y la eficiencia vaya en perjuicio de los derechos de los ciudadanos, que son prioritarios. Del estudio realizado distinguen dos **modelos de externalización**: un modelo reactivo, disfuncional, que es el detectado, que externaliza para cubrir un déficit y donde la administración no usa de sus prerrogativas de gestión; y un modelo proactivo de carácter normativo que busca la eficiencia y la eficacia, donde la Administración es activa y hace uso de sus prerrogativas en la gestión de los contratos. Los autores, reflejan claramente en el siguiente cuadro esas diferencias entre los dos modelos:

ELEMENTOS DE LAS EXTERNALIZACIONES	MODELO REACTIVO	MODELO PROACTIVO
Análisis previo del sector privado	No	Sí
Permeabilidad a las imposiciones del sector privado	Sí	No
Respuesta positiva del sector privado	Sí	Variable
Centralización de los concursos de externalización	No	Variable
Tendencia a la prórroga automática	Sí	Variable
Alta exigencia de eficiencia y eficacia en el control	No	Sí
Inspección real	No (formal)	Sí
Externalización de elementos estratégicos, sensibles o críticos (seguridad, información, confidencialidad, etc.)	Sí	No
Evaluación	No	Sí

Tras el análisis de ambos modelos, los autores distinguen los elementos que tienen más importancia para lograr unos servicios eficientes y eficaces, entre otros podemos destacar los siguientes: 1) Debe definirse correctamente el objeto del contrato (las actividades *core* de la Administración y los instrumentos de medición y evaluación en los que basar la decisión); 2) La

ausencia de mecanismos de control y de evaluación de los servicios externalizados tiene como resultado un alza de precios y un descenso en los niveles de calidad, ya que no se dispone de instrumentos válidos para fiscalizar la actuación y los costes de los proveedores privados. Se hace necesario por tanto implementar la evaluación a lo largo de todo el proceso. *“Para ello, debería optimizarse los canales de comunicación disponibles, por ejemplo, mediante la participación de la ciudadanía en la determinación de las necesidades o en la información de los niveles de calidad del servicio prestado”*. Una tercera vía de mejora del control de la externalización a nivel interno sería el uso de las nuevas tecnologías, que permiten fiscalizar la actividad a tiempo real. 3) La renuncia de la Administración a hacer uso de sus prerrogativas de planificación, diseño, evaluación y control implica *“una cesión irrevocable de poder al proveedor privado”*. Dicha cesión de poder tiene sus manifestaciones extremas en el dominio de la agenda de externalizaciones, o en los fenómenos de captura del gestor público, por parte de las organizaciones privadas.

Según los autores, la externalización puede ser conveniente para dar solución a las demandas de una sociedad cada vez más compleja y tecnológicamente avanzada. Un modelo general de gestión de servicios mixto entre gestión privada y gestión pública *“es absolutamente necesario e imprescindible para lograr unos servicios públicos de calidad y sostenibles económicamente”*. Pero dicho esto, añaden: *“la externalización requiere de un nivel de compromiso y de responsabilidad que no siempre se alcanza”*. Si al externalizar la gestión se abandonan las competencias propias e inalienables de la administración (planificación, evaluación y control), *“se descapitaliza la dimensión de gestión del contrato, los gestores privados pueden acabar decidiendo por los administradores públicos, lo que irá en perjuicio del común de la ciudadanía”*.

La estrategia principal para mejorar el rendimiento de la externalización pasa por tanto, añaden, por configurar un modelo proactivo, que defina el mapa conceptual de cada institución pública, delimite qué se puede externalizar y qué no; que optimice el uso de las fuentes de información existentes; que planifique la externalización mediante un detallado análisis del mercado que permita determinar el sujeto activo de la externalización; el control y la evaluación deben tener un papel protagonista a lo largo del proceso; así mismo, *“la aproximación de las externalizaciones al ciudadano mediante los procesos de evaluación también constituye un*

campo de mejora, puesto que se cuenta con una fuente de información insesgada a la vez que con una fuente de legitimación”.

Uno de los principales problemas que pueden plantear los servicios externalizados, como estamos viendo, es la **falta de calidad**, precisamente por ser el elemento que más se resiente cuando se reducen los costes y el control del servicio. Por ello, la Comisión de la UE viene insistiendo en que los servicios deben ser de la mejor calidad y debe crearse un marco de calidad para los servicios públicos y sociales.

La **Comisión de la UE** en su Comunicación “*Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa*” de 2011, destaca la importancia de prestar los servicios de manera que incorporen valores de calidad, seguridad y asequibilidad, igualdad de trato, acceso universal y derechos de los usuarios. Para ello propone diversas líneas de acción, entre ellas:

“Fomentar la calidad: la Comisión reforzará su compromiso de fomentar la calidad en el ámbito de los servicios sociales y utilizará los logros en este ámbito como modelo para otros servicios de interés general”.

47

La Comisión reconoce que la demanda de esos servicios aumenta, mientras que la capacidad para financiarlos es más limitada, como consecuencia de la crisis y, a más largo plazo, del envejecimiento demográfico; lo que justifica que se tomen iniciativas en el ámbito de la calidad de los servicios sociales. Entre estas alude a ciertas iniciativas destinadas a desarrollar herramientas para definir, medir, evaluar y mejorar la calidad de los servicios sociales con especial énfasis en los cuidados de larga duración, y concluye: “Prácticamente todos los proyectos destacaron la importancia de implicar a los usuarios en la definición y evaluación de la calidad de los servicios sociales”.

En el marco de la **Generalitat Valenciana**, encontramos en su portal de Transparencia un apartado dedicado a la **Calidad y Evaluación de los Servicios Públicos**, donde se señala que la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental, de acuerdo con su orientación de servicio a la ciudadanía, y con el objetivo de ser una administración moderna, eficaz y eficiente, se compromete a alcanzar una gestión excelente en la prestación

de los servicios públicos, propiciando la mejora continua de sus sistemas de gestión, en orden a la máxima satisfacción de sus expectativas y necesidades.

Para hacer efectiva la consecución de las expectativas y necesidades de la ciudadanía, para caminar hacia la excelencia y apoyar permanentemente el incremento del nivel de calidad, se establecen distintos programas o instrumentos generales de actuación entre los que cabe destacar: las evaluaciones de calidad; las cartas de servicios; los sistemas de reconocimiento; las quejas y sugerencias; la Red de Calidad, o la difusión de la evaluación y mejora de la calidad de los servicios públicos de la Generalitat, a través del Portal de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

La norma que regula los mencionados instrumentos es el **Decreto 41/2016**, que establece el sistema para la mejora de la **calidad de los servicios públicos**. Este Decreto se aplica a la Administración de la Generalitat y a los distintos entes que conforman su sector público instrumental. En relación con centros e instituciones de los sectores sanitario, de servicios sociales y de enseñanza, cultura, deporte y ocio, se contempla que su normativa específica pueda adaptar alguna de estas medidas, como es el caso de las quejas y sugerencias (reguladas en el capítulo V), o las evaluaciones de calidad (capítulo II, secc. 1ª) o los certificados de calidad (capítulo IV secc. 1ª).

La evaluación de la calidad se realiza internamente, mediante autoevaluación, y externamente, mediante evaluadores externos. En ambos casos la metodología de evaluación se apoya en una plataforma informática corporativa, basado en el Modelo EFQM de excelencia, que permite obtener una puntuación que refleja el nivel de excelencia alcanzado por la organización. Las cartas de servicios son un instrumento de mejora continuada de los servicios, que consisten en documentos por medio de los cuales las organizaciones públicas informan sobre los compromisos de calidad de los servicios que gestionan y prestan, en respuesta a las necesidades y expectativas de la ciudadanía, y a la demanda de transparencia en la actividad pública. El reconocimiento de la calidad se lleva a cabo mediante certificaciones de calidad que constatan que la gestión se ajusta a los requisitos de calidad previamente definidos, y premios a la excelencia, que reconoce públicamente la calidad en la gestión de los servicios que

prestan a la ciudadanía las entidades que conforman la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental. Las quejas son manifestaciones de disconformidad con la prestación de los servicios; las sugerencias son propuestas formuladas por los ciudadanos para mejorar la calidad de los servicios públicos, y los agradecimientos, son manifestaciones que expresa felicitación o reconocimiento por el buen funcionamiento de un servicio, centro o unidad de la Generalitat. El Decreto 41/2016 regula la iniciación, tramitación, finalización y seguimiento de las quejas, sugerencias y agradecimientos, y la información a la ciudadanía sobre las mismas⁵⁶.

Por otra parte, desde la Subdirección General de Inspección General de Servicios y Mejora de la Calidad, se publica un informe anual sobre las quejas y sugerencias presentadas en la Generalitat con el fin de elaborar acciones de mejora de la calidad global⁵⁷.

Otra norma que en materia de calidad de los servicios públicos debe destacarse es el **Decreto 18/2023** del Consell por el que se regula la **Calidad en el Sistema Público Valenciano de Servicios Sociales (SPVSS)**. En dicha norma la Administración toma además medidas para garantizar la calidad en todos los centros y servicios sociales de su titularidad, se gestionen de forma directa o indirecta (arts. 11-16), entre otras medidas pueden citarse las siguientes:

a) La Administración se compromete a garantizar que los centros y servicios que gestiona de manera directa disponen de modelos de evaluación y aseguramiento de la calidad.

⁵⁶ Las quejas, sugerencias y agradecimientos en el ámbito de las instituciones sanitarias dependientes de la consellería en materia de sanidad se regulan además por la Orden 06/2018, y las relativas a los centros e instituciones de servicios sociales, por la Orden 15/2013. La información, solicitud, tramitación y resolución de quejas por los servicios públicos prestados por la Administración de la Generalitat y su sector instrumental puede gestionarse en la siguiente página:

<https://sede.gva.es/es/queixes-suggeriments-i-agraiments>

⁵⁷ A continuación está disponible para todos los usuarios la posibilidad de Consultar los informes anuales de quejas; los informes de evaluación de calidad de los servicios públicos, y la metodología de evaluación para la acreditación de calidad de los servicios públicos de la Generalitat Valenciana.

b) Se ordena que en los contratos para la gestión integral externalizada de centros, servicios y programas se especifique en los pliegos de los contratos, el sistema por el que las entidades concurrentes, asegurarán la calidad en las actuaciones para la gestión de las prestaciones.

c) En la regulación de la acción concertada, las convocatorias incluirán como requisito la certificación de calidad específica e individualizada de los recursos concertados.

d) El acuerdo de acción concertada, fijará las condiciones materiales, técnicas y, en su caso, ratios de personal, en el marco que establece la normativa sectorial, que se deberán mantener durante el período de vigencia del concierto, y podrá prever e imponer actuaciones de mejora que no supongan modificación del concierto y de las condiciones estipuladas en el acuerdo de acción concertada, con el fin de garantizar en todo momento la calidad del servicio. Entre dichas actuaciones, se cita:

- Que se elabore un programa individualizado de atención a cada persona usuaria, con su valoración y seguimiento por el equipo profesional del centro.
- Que los centros dispongan de sistemas de obtención periódica de información sobre el grado de satisfacción de las personas usuarias respecto de la atención recibida.
- Que exista una evaluación de los resultados y servicios prestados.

e) En las convocatorias para la concesión de subvenciones para entidades sociales sin ánimo de lucro se incluirá como criterio objetivo a tener en cuenta en la selección de los proyectos subvencionables, la valoración de la acreditación de la efectiva implantación de sistemas de calidad y de autoevaluación.

De igual modo que es exigible al sector público la evaluación, interna y externa, de los servicios públicos que presta, y la adopción de medidas para que los usuarios de los servicios puedan expresar sus quejas y sugerencias; cuando se externaliza un servicio público, debe exigirse por lo menos a la empresa adjudicataria que adopte también medidas para garantizar la calidad del servicio y que se dé la opción a los usuarios de manifestar sus quejas y se hagan públicos los resultados.

2.2. Gestión indirecta a través de contratos del sector público.

Como decíamos al inicio del capítulo 2, la gestión indirecta de los servicios públicos se rige por la legislación de contratos del sector público, en particular por la vigente Ley 9/2017 (LCSP).

Esta Ley entiende por **contratos del sector público** aquellos en los que confluyen las siguientes circunstancias:

a) **contratos onerosos**, cualquiera que sea su naturaleza jurídica. Un contrato tiene carácter oneroso si el contratista obtiene (o pretende obtener) algún tipo de beneficio económico ya sea de forma directa o indirecta.

b) que celebren las entidades que conforman el sector público (art. 3 LCSP).

También quedan sujetos a esta Ley, los contratos subvencionados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores.

51

Son contratos del sector público sometidos a la LCSP:

a) **El contrato de obras.** Se trata de contratos que tienen por objeto bien la ejecución de una obra aislada o juntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I⁵⁸; bien la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra (art. 13 LCSP).

b) **El contrato de concesión de obras** es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el párrafo anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los

⁵⁸ Como puede ser la construcción, preparación de obras, demolición de inmuebles, movimiento de tierras, construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil, construcción general de edificios, de cubiertas y estructuras de cerramiento, de autopistas, carreteras, vías férreas, centros deportivos, obras hidráulicas, etc.

elementos contruidos (art. 14 LCSP); pero cuya contraprestación consiste en el derecho a explotar la obra, asumiendo el riesgo operacional en dicha explotación, y sin perjuicio de que además pueda recibir un pago como dice el considerando n.º 11 de la Directiva 2014/23.

c) **El contrato de concesión de servicios** (anteriormente conocido como una modalidad del contrato de gestión de servicios) es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los mismos términos que en el contrato de concesión de obras (art. 15 LCSP).

d) **El contrato de suministro** tiene por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles (art. 16 LCSP).

52

e) **El contrato de servicios** es aquel cuyo objeto consiste en una prestación de hacer consistente en desarrollar una actividad dirigida a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluso cuando el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario (art. 17 LCSP).

f) **Contrato mixto**, es aquel que contiene prestaciones propias de distintas clases de contratos (art. 18 LCSP).

La forma prevista en la ley para hacer posible la gestión indirecta de servicios públicos es preferentemente el contrato de concesión de servicios (art. 284 LCSP), acompañado o no de prestaciones propias de otros contratos, incluso como contrato mixto (art. 18 LCSP), por ejemplo: concesión de servicios y contrato de obras.

Quedan en cambio **excluidos** de la aplicación de la LCSP:

a) Los contratos que se concluyan en el sector de la defensa y la seguridad (art. 5 LCSP);

b) Los convenios celebrados entre sí por las administraciones, o con entidades que, aunque tengan personalidad jurídica privada, tengan la condición de poder adjudicador, siempre que se den las condiciones que marca el art. 6.1 (LCSP); esto es:

- Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado. Se presume esta vocación cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20% de las actividades objeto de colaboración (según el volumen de negocios o gasto generado).

- La finalidad del convenio debe ser garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;

- Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

c) Los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales (art. 6.2 LCSP);

d) Las encomiendas de gestión (art. 6.3 LCSP).

e) Los contratos celebrados en el ámbito internacional (art. 7 LCSP);

f) Los contratos de investigación y desarrollo, con las excepciones que marca el art. 8 LCSP;

g) Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y contratos de explotación de bienes patrimoniales, que no puedan ser objeto de contratos de concesión de obras (art. 9.1 LCSP);

h) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de

suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial (art. 9.2 LCSP);

i) Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros (art. 10 LCSP);

j) Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un **servicio público** cuya utilización por los usuarios requiera el **abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general** (art. 11.2 LCSP);

k) Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación (art. 11.3 LCSP);

l) Los contratos por los que una **entidad del sector público se obligue** a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio (art. 11.4 LCSP);

m) La prestación de **servicios sociales** por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación (art. 11.6 LCSP).

Como puede verse, quedan fuera de la aplicación de la LCSP, entre otros, aquellos acuerdos celebrados entre entidades del sector público para la prestación de servicios públicos; así como aquellos celebrados con entidades privadas con el fin de financiar los servicios prestados o autorizar a todas aquellas que cumplan determinadas condiciones previamente fijadas y publicitadas. Los primeros acuerdos suelen adoptar la forma de **convenios o encomiendas de gestión**, mientras que en los segundos es frecuente la **acción concertada**.

2.3. Gestión indirecta a través de otras entidades del sector público.

Como hemos visto, las administraciones públicas gozan de total discreción para prestar, encargar u organizar los servicios públicos. Como dice el art. 2.1 de la Directiva 2014/23, pueden optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.

En este punto estamos valorando la posibilidad de que la administración y en nuestro caso, la Generalitat Valenciana, pueda acordar con otras organizaciones y administraciones del sector público la prestación de servicios públicos.

En estos casos, los acuerdos suelen formalizarse como convenios y encomiendas de gestión.

Los **convenios** que suscriba la GV en el ejercicio de sus competencias, se rigen por el Decreto 176/2014, de 10 de octubre, y se describen como todo acuerdo de voluntades suscrito por la Generalitat con otras personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada, sustraído por razón de su naturaleza y objeto de las reglas legales aplicables a la contratación del sector público, que se formaliza para el adecuado desarrollo y cumplimiento de una finalidad de interés público (art. 2).

Dentro de las categorías de convenios, se denominan “*convenios de colaboración*”, aquellos que se suscriben para la gestión y prestación de servicios correspondientes a materias que, son de competencia exclusiva de la Generalitat (art. 3.2 c).

Los instrumentos de formalización de los convenios deberán especificar entre otros aspectos: el objeto del convenio, las actuaciones que se acuerda desarrollar para su consecución o cumplimiento y las obligaciones que comporta para cada una de las partes; así como el plazo de vigencia del convenio y otras causas de extinción diferentes a la conclusión del plazo de su vigencia, así como la forma de terminar, en estos supuestos, las actuaciones en curso de ejecución (art. 11.1). En aquellos convenios que impliquen obligaciones económicas para la hacienda de la Generalitat o de

cualquiera de los entes que conforman su sector público institucional, los centros directivos o entidades impulsoras de los mismos deberán emitir, una vez finalizada la vigencia del convenio y en el plazo máximo de tres meses, un certificado sobre la conformidad respecto a la ejecución y liquidación del mismo. Dicha certificación que se incorporará al expediente deberá fundamentarse, en su caso, en el informe o valoración final emitida por el órgano mixto de seguimiento y control del convenio (art. 13).

Las **encomiendas** de gestión se regulan por la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, y permiten que actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público se encomienden por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño, a otros órganos o entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades (art. 11.1). Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público; en tal caso, debería ajustarse a la previsto en la LCSP.

56

La formación de las encomiendas de gestión se realizará según se prevé en la Ley 40/2015, distinguiendo según la encomienda se realice entre órganos o entidades de la misma Administración, o de distintas Administraciones. En el primer caso, deberá hacerse expresa mención a la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada. En el segundo caso, deberá formalizarse mediante convenio entre ellas, y les será de aplicación lo visto anteriormente. (art. 11.3)

2.4. Gestión indirecta de los servicios públicos de carácter social (SSIG).

Como vimos anteriormente, la Directiva 2014/23/UE sobre contratos de concesión, considera procedente excluir de su ámbito de aplicación determinados servicios de carácter social, sanitario o educativo por tener menor dimensión transfronteriza; y por estar muy vinculados a las diferentes

tradiciones culturales de los Estados. Dada la importancia del contexto cultural y del carácter delicado de estos servicios, los Estados deben disponer de amplia discrecionalidad para seleccionar a los prestadores de los servicios de la manera que consideren más apropiada. Así, los Estados y las autoridades públicas son libres de prestar ellos mismos estos servicios o de organizarlos a través de la simple financiación de los mismos, o mediante la concesión de licencias y autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unas condiciones establecidas de antemano por el poder o entidad adjudicadora, siempre que se garantice una publicidad suficiente y se respeten los principios de transparencia y no discriminación (considerandos 13, 53 y 54, entre otros). Así mismo, la Directiva 2014/24 por la que se regulan los demás contratos y en particular los de servicios, remite a los Estados la regulación sobre la adjudicación de los contratos relativos a servicios sociales (servicios sociales y de salud, y servicios educativos y culturales, entre otros), pero respetando los principios de transparencia e igualdad de trato de los operadores económicos. A tales efectos, ambas directivas contemplan ciertas normas, aplicables a los contratos de concesión y de servicios cuando tengan por objeto precisamente prestaciones de carácter social.

57

La LCSP recoge la posibilidad de prestación indirecta de los SSIG al margen de la legislación contractual, principalmente en el art. 11.6 y DA 49^a.

El art. 11.6, al que hicimos anteriormente referencia establece: *“Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”*.

La Disposición Adicional 49^a de la LCSP bajo el título de *“Legislación de las Comunidades Autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social”*, contempla que las CCAA en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, pueden legislar articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.

En estos casos, los servicios de carácter social, sanitario o educativo se suelen prestar mediante **conciertos** (o **acciones concertadas**).

Los acuerdos de acción concertada se definen como instrumentos organizativos de naturaleza no contractual a través de los cuales las administraciones públicas pueden organizar la prestación de servicios dirigidos a las personas. La acción concertada está presente en España y en particular en la Comunidad Valenciana, la encontramos en los sectores de la salud, de la educación y de los servicios sociales.

Pero la normativa sobre conciertos no queda desvinculada de la normativa general sobre contratos y en particular de aquella que vela por garantizar los principios de transparencia y no discriminación, como ha puesto de relieve la **STJUE de 14 de julio de 2022** (ECLI:EU:C:2022:559).

La **LCSP** recoge varias normas aplicables a contratos de concesión de servicios y contratos de servicios, de carácter social, sanitario y educativo (enumerados en Anexo IV LCSP), que deben tenerse en cuenta, como las siguientes:

- El art. 131.2 establece que los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV se adjudicarán por el procedimiento restringido.
- La Disposición adicional 36^a titulada “Convocatoria de licitación de contratos de concesión de servicios especiales del anexo IV” establece que los órganos de contratación que celebren contratos de concesión de servicios especiales del anexo IV utilizarán como medio de convocatoria de licitación un anuncio de información previa que deberá tener el contenido establecido en el anexo III. B. Sección 3. Estos anuncios se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante.
- La Disposición adicional 47^a titulada “Principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV”, establece que, en los procedimientos de licitación de estos contratos *“los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las*

necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio". Asimismo, al establecer los criterios de adjudicación de estos contratos, el órgano de contratación podrá referirlos a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato, en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o, en la prestación de servicios de similar naturaleza; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de éstos.

- La Disposición adicional 48^a, titulada "Reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones", al igual que el art. 77 de la Directiva 2014/24, permiten que los órganos de contratación puedan reservar a determinadas organizaciones, el derecho a participar en los procedimientos de licitación de determinados contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV, siempre que dichas organizaciones cumplan determinadas condiciones:

a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los citados servicios.

b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, se realice con arreglo a criterios de participación.

c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen 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.

d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

La duración máxima del contrato que se adjudique de acuerdo con lo dispuesto en esta disposición adicional no excederá de tres años; y en el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación se hará referencia a esta disposición adicional.

2.4.1. La gestión indirecta de servicios públicos en el sector de la salud

La Constitución Española reconoce el derecho a la protección de la salud y ordena a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (art. 43). Por otra parte, admite que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de Sanidad (art. 148. 21º) y atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.16º).

En cuanto a la forma de prestar el servicio de asistencia sanitaria, la Ley General de Sanidad 14/1986 (LGS) y la ley 15/1997, de 25 de abril sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, contemplan las siguientes formas:

a. Mediante conciertos, teniendo en cuenta con carácter previo, la utilización óptima de los recursos sanitarios propios, y dando prioridad a las entidades que tengan carácter no lucrativo (art. 90 LGS);

b. Mediante subvenciones. Los centros y establecimientos sanitarios sean o no propiedad de las distintas Administraciones Públicas, podrán percibir, con carácter no periódico, subvenciones económicas y otros beneficios con cargo a fondos públicos para la realización de actividades sanitarias calificadas de alto interés social (art. 91 LGS).

c. Mediante la constitución de cualquier entidad de naturaleza o titularidad pública admitida en Derecho (art. Único, 1 L15/1997). El RD 29/2000 que desarrolla este precepto, contempla varias formas jurídicas para llevarlo a cabo: fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre; consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, y cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público (art. 3).

d. La prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades “públicas o privadas”, en los términos previstos en la LGS (art. Único, 2 L15/1997)

La Ley 7/2017, de 30 de marzo, regula la acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario. Esta ley define la acción concertada como una forma de gestión de servicios alternativa a la gestión directa o indirecta de los servicios públicos no económicos, que realizan entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de las personas.

Esta ley limita la acción concertada a las entidades sin ánimo de lucro, por su capacidad para organizar la prestación de servicios no económicos de interés general a las personas, tal y como reconoce la Sentencia del TSJUE de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14). Esta última admite la colaboración con entidades sin ánimo de lucro autorizadas por la legislación de los Estados miembros, como instrumento para la consecución de los objetivos de solidaridad y eficiencia presupuestaria, controlando los costes de los servicios a las personas, siempre que estas entidades *“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 consellería competente en materia de sanidad, podrá organizar la prestación de servicios sanitarios directamente, indirectamente o mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro, teniendo en cuenta con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios (art. 5.1). La ley regula a continuación, los requisitos que deben cumplir las entidades para acogerse al régimen de acción concertada; la formalización y efectos de los acuerdos; su financiación con fondos públicos destinados al sostenimiento de los servicios concertados; las obligaciones de las entidades; la inspección y control; las modificaciones de la acción concertada o la extinción de la acción concertada.

La **Comunitat Valenciana** regula la Salud en la Ley 10/2014, de 29 de diciembre (LSCV). En su versión original, la ley configuraba el sistema valenciano de salud (SVS) en su art. 7 como el *“conjunto de todos los centros, servicios y establecimientos de la Comunitat Valenciana, gestionados bajo la responsabilidad de la Generalitat, dirigidos a hacer efectivo el derecho a la salud, que incluye tanto la asistencia sanitaria como las actuaciones de salud pública”*, y encomendaba a continuación su gestión

y administración a la consellería competente en materia de sanidad, para que organice y tutele la salud a través de las prestaciones, servicios y medidas preventivas necesarios. Por último establecía: *“En el marco de la legislación estatal, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente, con medios propios o ajenos, públicos o privados, mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho, así como a través de la constitución de concesiones administrativas, consorcios, fundaciones, empresas públicas u otros entes dotados de personalidad jurídica propia, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas y fórmulas de gestión integrada o compartida”* (art. 7.3).

Con la Ley 8/2018, de 20 de abril, se modifica la LSCV y entre las numerosas modificaciones cabe destacar la incorporación de un nuevo párrafo 3º al art. 3 y la reforma del citado art. 7.3.

Entre los Principios rectores que orientan el sistema valenciano de salud se añade que el modelo de organización de centros y servicios del sistema valenciano de salud *“se caracteriza preferentemente por la gestión directa, como fórmula de mayor garantía de universalidad, de accesibilidad, de equidad, de no discriminación y de no demora en el acceso a la asistencia sanitaria a los servicios y actuaciones sanitarias y de salud pública”* (art. 3.3).

En coherencia con este nuevo principio, se modifica el apartado 3º del art. 7 de la LSCV y se añaden los apartados 4º a 7º. En primer lugar, se recuerda que la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria del sistema valenciano de salud, *“se llevará a cabo preferentemente mediante la fórmula de gestión directa de carácter público”*. Además, para garantizar la libre competencia y evitar posiciones de dominio, se prohíbe que ninguna persona física o jurídica pueda ostentar, *“directa o indirectamente, en el ámbito de la sanidad pública valenciana, más del 40 % de las participaciones o acciones en más de un ente titular de un contrato de gestión de servicio sanitario integral en régimen de concesión de un departamento sanitario”*.

Los nuevos apartados 4º a 7º incorporan medidas orientadas a regular cómo proceder en caso de que la conselleria competente en materia de sanidad decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha de esa decisión viniese siendo prestado por un operador económico y exista sucesión de empresa según el artículo 44 del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores. En particular señalan:

4. En los casos en los que la conselleria competente en materia de sanidad decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha de esa decisión viniese siendo prestado por un operador económico y exista sucesión de empresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en virtud de lo establecido en el citado precepto, en el artículo 130.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, la Generalitat, a través de la conselleria competente, se subrogará en la condición de empleador que la empresa concesionaria ostentaba en los contratos de trabajo celebrados al amparo del Estatuto de los trabajadores para la incorporación del personal necesario para la prestación del servicio, ya fueran temporales o indefinidos. El personal afectado seguirá en sus puestos en condición de personal a extinguir, desempeñando sus tareas y con idéntica condición de personal laboral hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores, y con las demás consecuencias laborales inherentes a la subrogación contractual.

5. No será obstáculo a lo anterior la calificación de las plazas que pueda ocupar este personal como propias de personal funcionario o estatutario, pudiendo desempeñarlas transitoriamente en la condición a extinguir, por lo que, cuando deje de ocuparlas, las mismas deberán proveerse de acuerdo a su naturaleza y conforme a los procedimientos adecuados en virtud de la misma.

6. En todo caso, la adquisición por este personal de la condición plena de personal funcionario o estatutario o, en general, la de empleado público en los términos del artículo 8 del Estatuto básico del empleado público, aprobado por el Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, solo podrá hacerse mediante la superación de los procesos normativamente establecidos al efecto y con respeto a los principios constitucionales y legales aplicables.

7. En cada supuesto en el que deba aplicarse esta disposición, la conselleria competente desarrollará las normas reglamentarias y adoptará las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a la misma.

Este cambio se razona en la Exposición de motivos de la Ley 8/2018 en aras de diseñar un modelo de gestión pública de los servicios sanitarios, porque, según dice: “*A la convicción de que la gestión pública directa es garantía de calidad y equidad se une la necesidad de poder establecer una mejor organización para lograr un mayor aprovechamiento de los recursos públicos. (...) El fin es asegurar la igualdad efectiva de acceso a los servicios y actuaciones sanitarias, así como una mejor organización del sistema valenciano de salud. Se da preferencia a la gestión directa, porque se considera que es el sistema que da mayor garantía de universalidad, de accesibilidad, de equidad, de no discriminación y de no demora en el acceso de la ciudadanía a los servicios y actuaciones sanitarias y de salud pública. Solo en casos excepcionales, cuando se justifique debidamente su estricta necesidad, será posible acudir a la gestión indirecta de los servicios sanitarios públicos*”.

2.4.2 La gestión indirecta de servicios públicos en el sector de la educación

La educación se concibe como un servicio público a partir de la Ley 14/1970 General de Educación y de Financiamiento de la Reforma Educativa, y la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del Derecho a la Educación (LODE)

La Ley 14/1970 (LGE) estableció la obligatoriedad y gratuidad de una educación general básica, y profesional de primer grado, para todos los españoles (art.2); declaró que la educación, a todos los efectos, tendrá la consideración de servicio público fundamental (art. 3), y atribuyó al Gobierno la obligación de determinar la política educativa, programar su implantación en función de las necesidades y recursos disponibles, creando los centros estatales de enseñanza, y estimulando y protegiendo la libre iniciativa de la sociedad encaminada a fines educativos, así como, supervisando todas las instituciones de enseñanza, estatal y no estatal (art. 4).

Esta ley distinguía entre centros estatales y no estatales, haciendo una expresa referencia a los derechos de la Iglesia Católica en materia de educación, conforme a lo acordado entre ambas potestades (art. 6), esto es, en el Concordato entre el Estado español y la Santa Sede⁵⁹. El art. 94. 4 establecía que las enseñanzas declaradas gratuitas serían impartidas en todos los centros estatales y no estatales, para lo cual estos últimos serían subvencionados por el Estado en la misma cuantía que represente el coste de sostenimiento por alumno en la enseñanza de los centros estatales, más la cuota de amortización e intereses de las inversiones requeridas, y añadía que, a los efectos de la referida subvención se establecerían los correspondientes conciertos. Según el art. 96 de dicha Ley, los centros no estatales podían acordar con el Estado conciertos singulares, que establecerán los derechos y obligaciones recíprocos en cuanto a régimen económico, profesorado, alumnado, incluido el sistema de selección de éstos y demás aspectos docentes. Era el Gobierno el que debía establecer las normas generales a que deben ajustarse los conciertos, así como aprobar éstos, previo dictamen del Consejo de Estado. Los centros no estatales y no concertados disponían en cambio de autonomía para establecer su régimen interno, selección de profesorado con titulación suficiente, procedimiento de admisión de alumnos, régimen disciplinario y régimen económico (art. 97).

La Constitución Española de 1978 vino a reconocer ese doble sistema educativo (público y no público) y buscó integrarlo, reconociendo el derecho universal a la educación junto a la libertad de enseñanza (art. 27.1);

⁵⁹ El vigente concordato es de 1979.

declarando obligatoria y gratuita la enseñanza básica (art. 27.4); garantizando tanto el derecho de todos a una educación, como la creación de centros docentes (art. 27.5); reconociendo a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6); y ordenando a profesores y padres, y en su caso alumnos, a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7) y reservando a los poderes públicos la inspección del sistema educativo (art. 27.8). Por último, la Constitución atribuye al Estado, entre otras, la competencia exclusiva para dictar las normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia (art. 149. 30ª).

Desde la reforma del sistema educativo en 1970, como reconoce la exposición de motivos de la LODE, en ausencia de una adecuada normativa reguladora y de control, la concesión de subvenciones a los centros docentes privados, así como su importe, crecieron rápidamente en contraste con el crecimiento más pausado de las inversiones en centros públicos, y añade: *“En ausencia de la adecuada normativa, lo que había nacido como provisional se perpetuó, dando lugar a una situación irregular, falta del exigible control”*.

66

En efecto, la Ley Orgánica 5/1980 que regula el Estatuto de los Centros Escolares, se limitó a diferenciar entre centros públicos y privados según la naturaleza de su titular (art. 8); estableció los requisitos que debían cumplir todos los centros docentes (art. 12), y en cuanto a los centros privados, tras establecer el derecho de toda persona física o jurídica a crear, gestionar o dirigir centros docentes acomodándose en lo esencial a lo previsto para los centros públicos (art. 32); somete la apertura y funcionamiento de los centros privados a previa autorización, siempre que reúnan los requisitos establecidos para todos los centros (art. 33); y sólo en relación con los órganos sociales, hace alusión a los centros o niveles sostenidos con fondos estatales o de otras entidades públicas. Estos centros deberán disponer de una junta económica en la que estén representados además de la titularidad del centro, los profesores, padres de alumnos y, en su caso, los alumnos, con la misión de intervenir en el control y supervisar la gestión económica del centro (art. 34). Entre otras carencias, la ley no regula la ayuda de los

poderes públicos a los centros privados, aunque si prevé su existencia, como hemos visto.

La Ley 8/1985 (LODE) añade a la anterior clasificación de los centros como públicos o privados, que aquellos centros privados sostenidos con fondos públicos recibirán la denominación de centros concertados. Estos centros se regulaban en el título IV de la Ley (arts. 47 a 63) que actualmente está ampliamente derogado y modificado⁶⁰. El art. 47.2 encomendó al Gobierno la tarea de establecer las normas básicas a las que deberían someterse los conciertos. Estas normas se desarrollaron en el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos (Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre). Este reglamento, regula entre otras cosas, cual ha de ser el contenido de los conciertos educativos; el procedimiento a seguir para ser autorizado como centro concertado, la competencia para aprobar o denegar los conciertos, su formalización, su inscripción de oficio en el registro de centros de la Administración educativa competente; la ejecución del concierto educativo, su renovación, modificación y extinción.

Posteriormente, la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación, clasifica los centros docentes en públicos, privados y privados concertados; estos últimos, cuando están acogidos al régimen de conciertos legalmente

⁶⁰ Se derogaron los arts. 47, 48, 49, 52.1, 53, 57.d por la Ley Orgánica 10/2002 de Calidad de la Educación, y se modificaron otros artículos principalmente por la Ley Orgánica 9/1995 de participación, evaluación y gobierno de los centros docentes, la Ley Orgánica 2/2006 de Educación y Ley 8/2013 para la mejora de la calidad educativa. En cuanto a las disposiciones vigentes, la ley comienza reconociendo que los centros concertados cuya titularidad sea reconocida como entidad sin ánimo de lucro o en régimen de cooperativa, se considerarán asimilados a las fundaciones benéfico-docentes a efectos de la aplicación a los mismos de los beneficios, fiscales y no fiscales, que estén reconocidos a las citadas entidades, con independencia de cuantos otros pudieran corresponderles en consideración a la actividad educativa que desarrollen (art. 50). Los temas que son objeto de regulación son principalmente: las obligaciones de los centros concertados con el fin de asegurar la gratuidad de la enseñanza y la voluntariedad de las actividades extraescolares (art. 51); los órganos sociales, su designación, composición, competencias y participación de padres, profesores y alumnos en el control y gestión de los centros (arts. 54 a 59); la selección del personal docente conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad (art. 60); causas de incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de concierto y consecuencias, entre ellas, la rescisión del concierto (arts. 61 a 63). Por último, se invita a los centros privados a que impartan la educación básica y a los que se creen, a acogerse al régimen de conciertos si lo solicitan en determinado plazo y forma (Disposición adicional quinta)

establecido; y añade que, la prestación del servicio público de educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados (art. 108). Los centros concertados se regulan en los arts. 116 y 117⁶¹. Entre otros aspectos, el art. 116 establece que los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas conforme a la Ley y satisfagan necesidades de escolarización, podrán acogerse al régimen de conciertos educativos formalizando con la Administración educativa que proceda, el correspondiente concierto. Entre los centros que cumplan los requisitos, tendrán preferencia para acogerse al régimen de conciertos aquellos que atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables, los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo, los que fomenten la escolarización de proximidad y los que estén constituidos y funcionen en régimen de cooperativa, cuya especificidad será objeto de reconocimiento en la normativa correspondiente. El Gobierno del Estado establecerá los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos mientras que las Comunidades Autónomas dictarán las normas necesarias para el desarrollo del régimen de conciertos educativos. La Ley continúa señalando los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos, así como el contenido que deberán tener éstos. Entre otros aspectos se señala que el concierto educativo tendrá una duración mínima de seis años en el caso de Educación Primaria y de cuatro años en el resto de los casos.

Por su parte, la Comunitat valenciana aprobó el correspondiente Reglamento de conciertos educativos mediante el Decreto 6/2017, de 20 de enero. En concreto, el objeto de esa norma era, como decía su artículo primero, desarrollar el régimen jurídico aplicable al procedimiento de acceso y a la formalización de conciertos educativos de régimen general para las enseñanzas voluntarias del segundo ciclo de Educación Infantil, y las enseñanzas obligatorias de Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria, Formación Profesional Básica y Educación Especial, como también la modificación, renovación y prórroga de los mismos en el marco de la legislación básica establecida en el RD. 2377/1985. También tenía por objeto, establecer el régimen jurídico aplicable al procedimiento de acceso y

⁶¹ Estos artículos fueron modificados por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, y Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre.

a la formalización de conciertos educativos de régimen singular para las enseñanzas no obligatorias de Bachillerato y de Formación Profesional, así como la modificación y prórroga de estos.

El Decreto consideraba, como refleja en su exposición de motivos, que los conciertos generales se rigen por el Real Decreto 2377/1985, pero *“Por lo que respecta a los conciertos singulares que tienen como ámbito de aplicación las enseñanzas postobligatorias, dada la falta de regulación básica estatal, hay que adaptar la normativa valenciana para aplicar los principios de transparencia e igualdad de trato establecidos expresamente en la Directiva 2014/23/UE.”*

En atención a esta competencia, en su Disposición transitoria única reguló la duración de los conciertos vigentes estableciendo que su finalización tendrá lugar cuando acabe el curso escolar siguiente, y *“sin perjuicio de las posibles prórrogas o renovaciones de los conciertos generales y la firma de nuevos conciertos singulares en los términos previstos en este decreto”*. En el mismo sentido se manifiestan numerosos artículos del Decreto que sólo contemplan la necesaria renovación de los conciertos generales.

Poco después, se dictaron sucesivas resoluciones de la Consellería de Educación resolviendo los expedientes de conciertos educativos, desestimando la renovación de los conciertos educativos singulares (Resolución de 19 de mayo de 2017). Dichas resoluciones fueron recurridas ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del **Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana** (Sentencias n.º 2154/2018; n.º 2159/2018, n.º 6394/2018 entre otras). En todos los casos, el TSJ estimó la demanda y anuló la Resolución impugnada, sobre la base de que lo que diferencia a los conciertos generales y singulares es el alcance de la financiación y no su régimen jurídico, que es el mismo, contenido principalmente en el Real Decreto 2377/1985. Esta norma, en sus artículos 42 y siguientes regula la renovación y extinción de los conciertos educativos. El art. 43 establece que los conciertos (régimen general o singular) se renovarán siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no se haya incurrido en las causas de no renovación previstas en el art. 62.3 de la LODE y exista consignación presupuestaria. Por tanto, el centro concertado tiene derecho a poder solicitar la renovación, y una vez examinada la documentación presentada, la

Administración procederá a renovar por otro periodo de años el concierto o a denegar la solicitud de renovación. Y como consecuencia de lo anterior, se declararon nulos el art. 2.1 del Decreto y sus disposiciones transitoria única y adicional segunda, y del anexo, los artículos 1.2, 4.3, 5.1, 5.4, 7, 8.3, 10.1, 21, 38.1, 42.1 y 44.1. Las sentencias del TSJ fueron recurridas por la representación procesal de la Generalitat Valenciana ante el **Tribunal Supremo**, quien desestimó los recursos, confirmando las anteriores sentencias (**SSTS 3137/2020 o 3138/2020**). Tal y como dice, si el concierto singular está sujeto a la normativa básica de conciertos, le es aplicable el Reglamento de normas básicas, lo que no puede contradecir la norma autonómica de desarrollo, como declara la sentencia de instancia. Recuerda además el Tribunal Supremo que, *“el régimen de concierto tiene como destinatario natural los niveles obligatorios, pero es voluntad de la Comunidad Valenciana concertar también niveles (no) obligatorios cuando podía haber previsto no concertarlos, reconducir el sistema de ayudas a un régimen de becas o haber instaurado un régimen transitorio a extinguir”*.

Como consecuencia de la anulación parcial del Decreto 6/2017 y de la reforma de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación, por la Ley Orgánica 3/2020, a la que hicimos referencia antes, el legislador valenciano optó por aprobar un nuevo Decreto 75/2023, de 19 de mayo, del Consell, de regulación de los conciertos educativos, en la Comunitat Valenciana.

El nuevo Decreto ya no tiene por objeto desarrollar sólo el régimen jurídico aplicable a los conciertos educativos de régimen general, y regular el régimen jurídico aplicable a los conciertos de régimen singular, sino que, como dice su art. 1 desarrollará ambos regímenes⁶², siguiendo por tanto la interpretación del Tribunal Supremo sobre el ámbito de aplicación de la legislación estatal, y en cuanto a la renovación de los convenios, establece en su art. 22.1 que: *“Los conciertos se renovarán siempre que se verifique que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación y no se haya incurrido en alguna de las causas que dan lugar a*

⁶² Según el art. 1 del Decreto 75/2023: *“El objeto de este decreto es desarrollar el régimen jurídico aplicable al procedimiento de acceso, modificación, renovación, prórroga y a la formalización de los conciertos educativos de régimen general y de régimen singular”*,

la rescisión del concierto previstas en la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio con sus modificaciones”.

El nuevo Decreto también recuerda que la Ley orgánica 2/2006 modificada declara, en su art. 15.2 que el segundo ciclo de la Educación Infantil será gratuito y establece que, a fin de atender las demandas de las familias, las Administraciones educativas garantizarán una oferta suficiente de plazas en los centros públicos y concertarán con centros privados, en el contexto de su programación educativa; y el art. 116.4 establece que corresponde a las comunidades autónomas dictar las normas necesarias para el desarrollo del régimen de conciertos educativos.

El vigente Decreto, viene a derogar el anterior n.º 6/2017 (Disposición derogatoria única) y reconoce que el Real decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos es el marco de referencia al que se deben someter los centros privados, acogidos a los diferentes regímenes de conciertos por lo que respecta a la educación básica y obligatoria, tal como se puede desprender de los artículos 1 y 9 del mismo.

Así mismo, con ocasión de la nueva redacción dada al artículo 109 de la LOE se ha introducido la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho de cualquier persona a la educación, mediante una oferta suficiente de “plazas públicas”, en condiciones de igualdad. En consecuencia, dice, las Administraciones educativas deberán promover un incremento progresivo de puestos escolares en la “red de centros de titularidad pública”.

2.4.3. La gestión indirecta de servicios públicos en el sector de los servicios sociales.

Los servicios sociales, se identifican como uno de los pilares del Estado social y democrático de derecho, surgido a partir de la Constitución de 1978. Esta atribuye la competencia exclusiva en materia de asistencia social a las comunidades autónomas (art. 148.1.20 CE), y la Comunitat Valenciana asumió la competencia en 1982 a través del art. 31.24.1 del Estatuto de Autonomía. A su vez, la Ley estatal 7/1985 reguladora de las bases del régimen local atribuye a las entidades locales la competencia en la prestación

de servicios sociales. En particular les corresponde la evaluación e información de las situaciones de necesidad social; la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social y, por último, la prestación de dichos servicios en poblaciones con más de 20.000 habitantes (art. 26.1.c). Los servicios sociales en los municipios de menor población serán prestados por las diputaciones provinciales (art. 36.1 b). El Tribunal Constitucional en sentencia de 3 de marzo de 2016 aclaró que los municipios tendrán las competencias en materia de servicios sociales que les atribuyan las leyes del Estado y de las comunidades autónomas.

El primer marco regulador del Sistema de Servicios Sociales de la Comunitat Valenciana se contiene en la Ley 5/1989, de servicios sociales, la cual reguló la iniciativa social en la prestación de estos servicios. Esta ley fue sustituida más tarde por la Ley 5/1997 según la cual, las administraciones locales mantienen la titularidad y la gestión de los servicios sociales y atribuye a las diputaciones provinciales la asistencia económica y técnica en municipios de menos de 10.000 habitantes. La vigente Ley 3/2019 de servicios sociales inclusivos supone un cambio de paradigma en la materia, bajo la inspiración de la Comunicación de la Comisión Europea de 26 de abril de 2006 sobre los servicios sociales de interés general y otros pronunciamientos, concibe los servicios sociales no de modo asistencial, sino como un derecho subjetivo de toda persona, y por ello, como dice su exposición de motivos, su objetivo es *“blindar los servicios sociales declarándolos servicios públicos esenciales, en virtud de los que se dispone en el artículo 128.2 de la Constitución Española, y de interés general, construyendo el Sistema Público Valenciano de Servicios Sociales”*. Ello, no obstante, como reconoce la misma exposición de motivos, la prestación de los servicios sociales también podrá realizarse por entidades de iniciativa privada, que aspiren a un beneficio empresarial o lucro, a través de *“un proceso de contratación administrativa”* o en colaboración con entidades de iniciativa social desde la gestión solidaria y sin ánimo de lucro *“mediante acción concertada”*⁶³.

⁶³ La ley se fundamenta, según dice en su exposición de motivos, en la normativa europea y en la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 11 de diciembre de 2014 (C-113/13) y 28 de enero de 2016 (C-50/14)), según la cual *“si una entidad de iniciativa privada aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial o lucro como consecuencia de su*

Esta dualidad se ve reflejada a su vez en el texto legal. El título IV regula la intervención de la iniciativa privada en el Sistema Público Valenciano de Servicios Sociales (SPVSS); define qué se entiende por entidades de iniciativa social o sin ánimo de lucro, y de iniciativa mercantil o con ánimo de lucro; y regula los contratos, la acción concertada y los convenios y acuerdos como fórmulas de colaboración con las administraciones públicas en la provisión de prestaciones y servicios.

Por otra parte, las entidades privadas que no participan en la gestión del SPVSS se someten al régimen de autorización, declaración responsable o comunicación, registro e inspección y control, infracciones y sanciones, comunicación de precios y otros aspectos expresamente previstos en la ley.

Los servicios sociales valencianos se definen como un conjunto de prestaciones y servicios, de titularidad pública y privada, así como por los planes, estrategias y proyectos destinados a la prevención, promoción de la autonomía personal de carácter integral y atención de las necesidades personales, familiares y sociales, así como la garantía de la inclusión social (art. 4).

La iniciativa privada en materia de servicios sociales podrá ser ejercida tanto por entidades de iniciativa social como por entidades de iniciativa mercantil, y personas físicas (art. 85.1). En el primer caso a través de conciertos principalmente y en el segundo, necesariamente a través de contratos administrativos. En todo caso, las administraciones públicas valencianas valorarán los planes de igualdad y las cláusulas sociales, saludables y medioambientales, de conformidad con la normativa vigente, en los procedimientos de concesión de los conciertos, así como en los

colaboración con la administración en la provisión de un servicio a las personas como los servicios sociales, solo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación administrativa. La colaboración con la administración en la provisión de los servicios sociales mediante la acción concertada tendrá lugar desde la gestión solidaria y sin ánimo de lucro. Ello se debe al hecho de que la mencionada normativa admite la colaboración con entidades sin ánimo de lucro en la provisión de servicios a las personas como instrumento para la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, controlando los costes de estos servicios y siempre que las entidades correspondientes no obtengan ningún beneficio proveyéndolos, con independencia del reembolso por parte de la administración de los costes variables y fijos necesarios para proveerlos, sin incluir, por tanto, el beneficio empresarial”.

convenios, contratos y los acuerdos de colaboración (art. 86: cláusulas sociales).

Se consideran entidades de iniciativa social las fundaciones, las asociaciones, las organizaciones de voluntariado y otras entidades sin ánimo de lucro que realicen actuaciones de servicios sociales previstas en su objeto social. Asimismo, se considerarán incluidas las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro, de acuerdo con su normativa específica (art. 85.2).

Se consideran entidades de iniciativa mercantil las personas jurídicas y las otras entidades privadas con ánimo de lucro que adopten cualquier forma societaria que reconozca la legislación mercantil y que realicen actuaciones de servicios sociales previstas en su objeto social (art. 85.3). La estabilidad del empleo y la calidad del trabajo de las personas profesionales de las entidades de iniciativa privada prestadoras de servicios sociales se considerará como criterio evaluable en el acceso a la financiación pública por parte de estas (art. 85.4). Las administraciones públicas valencianas podrán contratar la provisión de las prestaciones de su competencia con entidades de iniciativa privada, de acuerdo con lo que establece la normativa aplicable en materia de contratos del sector público (LCSP). A estos efectos, las administraciones públicas incluirán en la contratación pública cláusulas de responsabilidad social y de transparencia, bien como criterios de adjudicación o bien como condiciones especiales de ejecución, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 92).

74

Los acuerdos de acción concertada se definen como instrumentos organizativos de naturaleza no contractual a través de los cuales las administraciones competentes podrán organizar la prestación de servicios sociales por entidades de iniciativa social cuya financiación, acceso y control sean de su competencia ajustándose al procedimiento y a los requisitos que prevé esta ley y la normativa sectorial que sea aplicable (art. 87).

La citada ley regula más aspectos de la acción concertada con la iniciativa social, como: su ámbito objetivo, los requisitos de acceso al régimen de concierto, la duración de estos y el pago delegado (arts. 88-91).

Pero la regulación más detallada y completa la encontramos en el **Decreto 181/2017**, de 17 de noviembre del Consell, por el que se desarrolla la acción

concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social, ampliamente modificado por el Decreto 188/2021 de 26 de noviembre.

La Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) interpuso ante el TSJCV un recurso solicitando la anulación del **Decreto 181/2017**, dado que el mismo desarrolla varios preceptos de la Ley 5/1997 (art. 44 bis, apartado 1, letra c; 53 y 56, apartado 2 y título VI)⁶⁴, que consideran contrarios al Derecho de la Unión Europea, puesto que excluyen a las entidades con ánimo de lucro de la posibilidad de prestar determinados servicios sociales en el marco de la acción concertada, mientras que sí permite a cualquier entidad sin ánimo de lucro, y no solo a las organizaciones de voluntariado. A lo largo del procedimiento el Tribunal decidió suspenderlo y plantear al TJUE varias cuestiones prejudiciales que resuelve en la **Sentencia TJUE de 14 de julio de 2022** (ECLI:EU:C:2022:559).

Las tres cuestiones planteadas se concretan para este Tribunal en las siguientes:

a) ¿Se opone la Directiva 2014/24 sobre contratación pública (arts. 76 y 77) a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuera el valor estimado de

⁶⁴ Artículo 44 bis. Formas de provisión de las prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales. ...: c) Mediante acuerdos de acción concertada con entidades privadas de iniciativa social.

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

Artículo 56. Sobre conciertos. ...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; Artículo 63. Ámbito objetivo y requisitos exigidos para la acción concertada; Artículo 64. Procedimientos de concertación y criterios de preferencia; Artículo 65. Formalización y efectos de la acción concertada; Artículo 66. Financiación de la acción concertada; Artículo 67. Duración de los conciertos, y Artículo 68. Limitaciones, causas de extinción y resolución de conflictos).

esos servicios, y sin que dicha normativa exija que las referidas entidades respeten los requisitos establecidos en el art. 77⁶⁵?

Concluye el Tribunal que los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24 sobre contratación pública deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, y aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77, siempre y cuando, por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y, por otra parte, se respete el principio de transparencia, tal como se precisa, en particular, en el artículo 75 de la mencionada Directiva.

b) ¿Permite la Directiva 2014/24 sobre contratación pública (arts. 76 y 77) que la implantación del operador económico en la localidad en la que deben prestarse los servicios constituya un criterio de selección, previo al examen de sus ofertas?

Al respecto dice el Tribunal que, el artículo 76 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual, en el marco de la adjudicación de un contrato público de servicios sociales contemplados en el anexo XIV de dicha Directiva, la

⁶⁵ Según el art. 77 de la Directiva: Esta organizaciones deberán cumplir todas las condiciones siguientes: a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1; b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación; c) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen 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 d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

implantación del operador económico en la localidad en la que deben prestarse los servicios constituye un criterio de selección de los operadores económicos, previo al examen de sus ofertas.

En este caso, si bien considera que es un objetivo legítimo garantizar la accesibilidad y disponibilidad de los servicios, es desproporcionado que esa implantación en el territorio se exija desde el momento de presentar las ofertas, en lugar de aplazarse a la fase de ejecución.

3. PRINCIPALES MODELOS JURÍDICOS DE EXTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Del análisis realizado hasta el momento, cabe diferenciar dos modelos de externalización de los servicios públicos, el que se lleva a cabo a través de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), mediante la celebración de contratos, principalmente contratos de concesión de servicios y contratos de servicios; y el que se desarrolla de forma particular a través de instrumentos considerados no contractuales, como es la acción concertada. El concierto es un instrumento de colaboración con entidades y empresas que se utiliza asiduamente, como hemos dicho, en sectores sociales como la salud, la educación o los servicios sociales.

En este apartado pretendemos dar a conocer las principales características de estos instrumentos jurídicos: el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios, en sus versiones simples o mixta, y la acción concertada o concierto.

78

No obstante, antes de iniciar este análisis conviene tener presente qué otros modelos jurídicos eran posibles para llevar a cabo la externalización de los servicios públicos, antes de la aprobación de la vigente Ley de contratos del sector público de 2017, dado que, la totalidad de los contratos que vamos a analizar en las experiencias de reversión de los servicios externalizados en la Comunidad Valenciana, se celebraron con anterioridad a la aprobación de la vigente ley.

3.1. Antecedentes. El contrato de gestión de los servicios públicos.

En el derecho español, el contrato habitualmente utilizado para llevar a cabo la externalización de un servicio público en favor de una empresa privada era el **contrato de gestión de servicios públicos**, previsto tanto en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, como en la

Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y textos refundidos posteriores. Esta última incorpora por vez primera el contrato de concesión de obras.

3.1.1. Concepto de contrato de gestión de servicios públicos.

El contrato de gestión de servicios públicos se definía en el R.D. Legislativo 3/2011 (Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) como aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia (art. 8.1).

Para que pueda cederse la gestión de un servicio, además de ser de su competencia, debe tratarse de servicios susceptibles de explotación por particulares, por lo que en ningún caso podrá tratarse de servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (art. 275).

3.1.2. Modalidades del contrato de gestión de servicios públicos.

79

La contratación de la gestión de los servicios públicos podía adoptar las siguientes modalidades previstas en el art. 277:

“a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.

3.1.3. Aspectos de su régimen jurídico

a) Duración del contrato.

El contrato de gestión de servicios públicos no podía tener carácter perpetuo o indefinido. El pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) debía fijar su duración y las posibles prórrogas, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos (art. 278):

- i) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público.
- ii) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- iii) Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

80

b) Obligaciones y Derechos del contratista.

El Texto refundido de la LCSP de 2011, en sus arts. 279 a 281 atribuía al contratista entre otras, las siguientes obligaciones:

- i) A organizar y prestar el servicio público con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.
- ii) A prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.
- iii) A cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones.
- iv) A indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

Por otra parte, el contratista tenía derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, “entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración”. Estas contraprestaciones pactadas podrán revisarse, en su caso, en la forma establecida en el contrato.

c) Prerrogativas de la Administración y mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios en los siguientes casos previstos en el art. 282:

- i) Cuando existan razones de interés público, y
- ii) cuando concurren los supuestos previstos en el art. 105 del texto refundido (sucesión en la persona del contratista; cesión del contrato; revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución), si así se había previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación. Si no se hubiera previsto, solo podrán modificarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 107.1. La modificación del contrato acordada de esta forma no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- i) Cuando la Administración modifique las características del servicio contratado en las circunstancias anteriormente señaladas.

ii) Cuando actuaciones de la Administración, o causas de fuerza mayor, determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entendía por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de dicho texto refundido.

En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato, o su prórroga y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

3.1.4. Extinción del contrato y reversión del servicio público.

En el texto refundido de la LCSP de 2011, los contratos se extinguen con carácter general, por cumplimiento o por resolución (art. 221).

El contrato se entendía cumplido por el contratista cuando éste hubiera realizado, de acuerdo con los términos del contrato, y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación (art. 222). La resolución del contrato se acordaba por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, cuando concurrieran determinadas causas y se siguiera un determinado procedimiento, previsto en la ley.

Entre las causas de resolución del contrato se citaba: la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista; la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento; el mutuo acuerdo entre las partes; el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato; la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos; las causas establecidas expresamente en el contrato y las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley (art. 223). Con respecto al contrato de gestión de servicios públicos, las normas especiales previstas en esta materia se encuentran en los artículos 283 a 286.

El efecto principal que tendrá la finalización del plazo en estos contratos es que **el servicio público revertirá** a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones (normas de reversión) encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas (art. 283).

Son causas específicas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos (art. 286):

a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato. En estos casos, el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora.

b) El rescate del servicio por la Administración.

c) La supresión del servicio por razones de interés público.

d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta tendrá que abonar al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización.

Cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar a éste por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 271 bis.

Si concurre la causa prevista en la letra a), el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley. En los supuestos de las letras b), c) y d), la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización (art. 288. 4).

Con la transposición de la Directiva 2014/23/UE al ordenamiento español, la vigente Ley 9/2017 (LCSP) contempla el contrato de concesión de servicios en sustitución del anterior contrato de gestión de servicios públicos.

3.2. El Contrato de concesión de servicios.

A pesar de que existen antecedentes en la regulación de la contratación pública, de una modalidad de contrato de gestión de servicios públicos denominada “concesión”, la vigente regulación del contrato de concesión en la LCSP de 2017 es, mucho más precisa y próxima al contrato de concesión de obras que a otros contratos como los de servicios. De hecho, se habla incluso de un nuevo modelo de contrato para referirse al contrato de concesión⁶⁶.

El origen de esta nueva orientación del contrato de concesión deriva de la aprobación y posterior incorporación al derecho español, de la **Directiva 2014/23/UE**, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Esta Directiva centra su atención en la definición y regulación de este contrato, que pretende impulsar, porque, como dice,

“los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el

⁶⁶ La exposición de motivos de la LCSP en su apartado IV habla de “la nueva figura de la concesión de servicios”.

mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación”.

Pero esa promoción requiere seguridad jurídica, y uno de los principales problemas existentes, según la directiva, es la ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de estos contratos, lo que genera confusión incluso con otros contratos⁶⁷. Hay que comenzar por tanto por definir este modelo de contrato y destacar sus características diferenciales. A este respecto, la Directiva señala:

“Las concesiones son contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios” (considerando n.º 11).

85

A lo anterior, añade la Directiva en sus considerandos n.º 18 a 20, que:

“debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento (...) La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba

⁶⁷ Sirva como ejemplo, el común régimen jurídico que el Texto Refundido de la LCSP de 2011 dedica a todas las modalidades de contratos de gestión de servicios públicos, sea concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta.

asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios”.

“Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva. El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor”.

86

“Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario”.

Como hemos visto, según la Directiva, la característica principal del contrato de concesión es por tanto que la contraprestación que va a recibir el contratista consiste en el derecho a explotar económicamente el servicio, asumiendo el riesgo operacional que se genere, proceda de la demanda (como reducción de ingresos por el uso del servicio) del suministro (como incremento de costes) o de ambos; incluso, cuando la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador, podrá considerarse contrato de concesión si la recuperación de las inversiones y costes satisfechos por el contratista dependen de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.

Estas características permiten diferenciar el contrato de concesión de otros contratos como el concierto o el contrato de servicios⁶⁸.

La **Ley 9/2017**, de 8 de noviembre de contratos del sector público (LCSP en lo sucesivo), como su nombre indica transpone al ordenamiento jurídico español, la Directiva 2014/23/UE de adjudicación de los contratos de concesión; y dedica al contrato de concesión de servicios el art. 15 donde se define, y los arts. 284 a 296 que establecen su régimen jurídico particular.

Además, debe tenerse en cuenta, por una parte, que la ley contempla un régimen jurídico de aplicación general a todos los contratos (arts. 115 a 230), y por otra, que el art. 297 declara la aplicación supletoria de la regulación establecida en la ley al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza del contrato de concesión de servicios.

⁶⁸ Según el considerando n.º 13: “Los regímenes en los que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a realizar una determinada tarea, sin selectividad alguna, tales como los sistemas de elección por el cliente y de bonos de servicios, no deben considerarse concesiones aun cuando se funden en acuerdos legales entre la autoridad pública y los operadores económicos. Estos sistemas suelen basarse en una decisión de una autoridad pública por la que se definen condiciones transparentes y no discriminatorias sobre el acceso permanente de los operadores económicos a la prestación de determinados servicios, por ejemplo servicios sociales, pudiendo los clientes elegir entre los operadores”; y según el considerando n.º 17: “La presente Directiva no debe aplicarse a los contratos que no conlleven pagos al contratista y en los que este reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas calculadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones que este haya soportado para prestar el servicio”.

3.2.1. Concepto y principales características.

El contrato de concesión de servicios se define en el art. 15 LCSP como aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio; y concluye diciendo que “*El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior*” esto es, el de demanda o el de suministro, o ambos⁶⁹.

Entre las **características** más destacables del contrato de concesión de servicios, cabe destacar:

a) Se trata de un contrato por el que el poder adjudicador encomienda a una o varias personas (físicas o jurídicas) la organización y gestión de un servicio de su titularidad, a cambio del derecho a explotar el servicio. Para ello, es necesario que los servicios de titularidad pública “*sean susceptibles de explotación económica por particulares*” (art. 184).

⁶⁹ El art. 14 que regula el contrato de concesión de obra, establece en su apartado 4º que el derecho de explotación (de los servicios), deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de (dichos servicios) abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

b) El derecho a explotar el servicio público conlleva la transferencia al concesionario del riesgo operacional (una exposición real a las incertidumbres del mercado), abarcando tanto el riesgo de demanda como de oferta, por ello, la contraprestación que recibirá el concesionario consistirá en el abono de las tarifas que abonen los usuarios (arts. 288.a; 289.2, o 290.1).

c) La **duración de una concesión debe limitarse** para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Esta característica queda reflejada en el art. 29.6 LCSP cuando, al hablar del plazo de duración de los contratos dice que los de concesión de obras y de servicios “*tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares*”. Ese plazo máximo se fija en cinco años, pero se admite sobrepasar dicho plazo el tiempo que se considere razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o del servicio (las iniciales y las realizadas durante la vida de la concesión), junto con un beneficio sobre el capital invertido⁷⁰. En cualquier caso, la duración de estos contratos, incluidas las prórrogas no podrá exceder de:

- Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio;

- Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios;

⁷⁰ Esta previsión ha de contemplarse en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. Así mismo, los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional (considerando n.º 52 y art. 18 Directiva 2014/23/UE).

- Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

Los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270.3 para el contrato de concesión de obras y 290.5 para el contrato de concesión de servicios; en este caso, podrá tener lugar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuando actuaciones de la Administración pública, obligatorias para el concedente, o causas de fuerza mayor, “*determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato*”.

d) Se contempla una regulación especial para los contratos de concesión de servicios sociales y otros servicios específicos, que se recogen en el Anexo IV de la Directiva (determinados servicios sanitarios, sociales y afines). Los poderes y entidades adjudicadores que deseen adjudicar una concesión de servicios sociales u otros de los previstos en el anterior anexo, darán a conocer su intención a través de la publicación de un anuncio de información previa (arts. 19, 31.3, 32, 46 y 47 Directiva 2014/23/UE).

90

3.2.2. Aspectos de su régimen jurídico.

En cuanto al **régimen jurídico** aplicable al contrato de concesión de servicios públicos, debe acudirse en primer lugar a la LCSP y tener en cuenta, como hemos dicho, que ésta contempla, por una parte, el régimen general aplicable a todos los contratos (especialmente, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos: arts. 188 a 213) y por otra, el régimen especial aplicable al contrato de concesión de servicios contemplado en los arts. 284 a 296.

El régimen jurídico especial del contrato de concesión de servicios regula: Actuaciones preparatorias del contrato: Pliegos, anteproyecto de obra y explotación; Efectos, cumplimiento y extinción del contrato; Ejecución del contrato: obligaciones generales y derechos del contratista; Modificación del

contrato y mantenimiento de su equilibrio económico; Cumplimiento y efectos del contrato; Resolución del contrato y Subcontratación.

Los contratos deben definir los derechos y obligaciones de las partes. El art. 35 LCSP señala cual ha de ser su contenido mínimo: definición del objeto del contrato, precio, condiciones de recepción y pago, y demás estipulaciones relativas a los derechos y obligaciones de las partes. Los derechos y obligaciones se reflejan en los pliegos particulares, y como dice el art. 35.2 LCSP, “*el documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes, distintos de los previstos en los pliegos*”.

El contrato administrativo como todo contrato, vincula a las partes al cumplimiento de lo pactado, así lo recuerda el art. 189 LCSP cuando dice que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, pero con una importante excepción: “*sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas*”. Y es que la Administración, a través del órgano de contratación o persona que tenga atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre (art. 61.1) ostenta una serie de prerrogativas que puede aplicar al cumplimiento y ejecución del contrato. Estas prerrogativas habilitan a la administración a poder acordar los reajustes que sean imprescindibles a los efectos de asegurar la concordancia entre las prestaciones exigibles al contratista y las demandas del interés general⁷¹.

Las prerrogativas que tiene el órgano de contratación son, la de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable del contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta; así mismo, ostenta facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos previstos en el art. 190 LCSP⁷².

⁷¹ Muñoz Machado, 2018, p. 170.

⁷² Un ejemplo de prerrogativa, que ya vimos en la regulación del contrato de gestión de servicios públicos y que en la vigente LCSP se contempla en el art. 290 es, la posibilidad

Algunas de estas medidas pueden dar lugar, como vimos en la regulación en 2011 del contrato de gestión de servicios públicos, a la ruptura de la economía del contrato, en cuyo caso, como veremos a continuación, el concesionario también tendrá derecho a que se restablezca el equilibrio económico.

En cuanto a las disposiciones especiales que en materia de derechos y obligaciones de las partes son aplicables al contrato de concesión, pueden destacarse entre las obligaciones del concesionario:

a) La obligación del concesionario de organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación. En el caso de que la concesión recaiga sobre un servicio público, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate (art. 287).

b) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas. En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato.

c) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior.

d) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

que tiene la Administración de modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, cuando existan razones de interés público y cuando concurren determinados supuestos previstos en la ley.

e) Cualesquiera otras previstas en la legislación, en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el resto de la documentación contractual (art. 288).

Por otra parte, también se reconocen diversos derechos al concesionario, entre los que podemos destacar los siguientes:

a) Derecho a la contraprestación. El art. 289 LCSP reconoce al concesionario el derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración. Las contraprestaciones económicas pactadas se denominarán tarifas, tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario, y serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, en la forma prevista en la ley. Para garantizar el buen fin del contrato, se exige que el concesionario lleve y ponga a disposición de la entidad contratante, una contabilidad diferenciada de todos los ingresos y gastos de la concesión, y en particular, todos los ingresos derivados de las contraprestaciones pactadas (art. 289).

b) Derecho al restablecimiento del equilibrio del contrato.

Cuando en ejercicio de sus prerrogativas, la Administración realice modificaciones de las características del servicio contratado o de las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, que afecten al régimen financiero del contrato; se deberá compensar al concesionario, de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. También deberá restablecer el equilibrio económico del contrato cuando la Administración lleve a cabo actuaciones que, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. Fuera de estos casos, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando por causas de fuerza mayor,

previstas en el art. 239, se produzca de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas pueden consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión o su prórroga y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

c) Derecho a desistir del contrato

El contratista tendrá derecho a desistir del contrato, sin derecho a indemnización, cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él⁷³, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias previstas en el art. 290.6 LCSP:

i) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.

ii) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

3.2.3. Extinción del contrato

En cuanto a la **extinción** del contrato de concesión de servicios, puede decirse que, con carácter general los contratos de las Administraciones Públicas se extinguen por su cumplimiento, por resolución dictada en caso de suspensión del contrato y por desistimiento del contratista. (art. 209 LCSP).

⁷³ Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

A. Extinción por cumplimiento del contrato.

La extinción del contrato de concesión de servicios por cumplimiento del contrato se somete a las siguientes normas:

- En caso de extinción del contrato por cumplimiento, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato (art. 288 a).

- Finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados (art. 291.1).

- Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas (art. 291.2)

- Los bienes afectos a la concesión que vayan a revertir a la Administración en virtud de lo establecido en el presente artículo, no podrán ser objeto de embargo (art. 291.3).

95

B. Extinción por desistimiento del contratista.

Art. 209.6 LCSP. El contratista tiene derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de alguna de las circunstancias previstas en dicho precepto.

C. Extinción por resolución del contrato.

Son causas de resolución del contrato, las previstas en el art. 211 LCSP.

La resolución del contrato será acordada por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, y seguirá el procedimiento previsto en los arts. 212 y 213 LCSP

Además, en el caso de un contrato de concesión de servicios son causas de resolución las previstas en el art. 294 LCSP:

“Son causas de resolución del contrato de concesión de servicios, además de las señaladas en el artículo 211, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:

a) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

b) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional⁷⁴.

d) La supresión del servicio por razones de interés público.

e) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

f) El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el apartado 3 del artículo 263, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones”.

D. Extinción por secuestro o intervención de la concesión.

Según el art. 293 LCSP, cuando el contrato de concesión recaiga sobre un servicio público, si por causas ajenas al concesionario o bien del incumplimiento por parte de este se derivase perturbación grave y no

⁷⁴ El nuevo requisito de tener que acreditar que la gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional, con independencia de lo que sea mejor para el interés general, se ha visto por la doctrina como una clara manifestación de preferencia del legislador por la gestión indirecta; por poner las cosas más difíciles o directamente impedir el rescate, tal vez como reacción ante el fenómeno de la remunicipalización de los servicios públicos iniciada por los ayuntamientos (Fortes, 2019, p. 23; Gimeno Feliu, 2018, p. 9, o Mestre Delgado, 2018, p. 51, entre otros).

reparable por otros medios en el servicio, la Administración podrá acordar el secuestro o intervención del mismo, en los términos establecidos en el artículo 263. En todo caso, el concesionario deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado

Según el art. 263 LCSP, el órgano de contratación, previa audiencia del concesionario, podrá acordar el secuestro o intervención de la concesión en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación del servicio por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación. El acuerdo del órgano de contratación será notificado al concesionario y si este, dentro del plazo que se le hubiera fijado, no corrigiera la deficiencia se ejecutará el secuestro o intervención.

Efectuado el secuestro o intervención, corresponderá al órgano de contratación la explotación directa del servicio y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario. El órgano de contratación designará uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria. La explotación del servicio objeto de secuestro o intervención se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario, a quien se devolverá, al finalizar aquel, con el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores, y deducir, en su caso la cuantía de las penalidades impuestas.

El secuestro o intervención tendrá carácter temporal y su duración será la que determine el órgano de contratación sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años. El órgano de contratación acordará de oficio o a petición del concesionario el cese del secuestro o intervención cuando resultara acreditada la desaparición de las causas que lo hubieran motivado y el concesionario justificase estar en condiciones de proseguir la normal explotación del servicio. Transcurrido el plazo fijado para el secuestro o intervención sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, el órgano de contratación resolverá el contrato de concesión.

3.3. El contrato de servicios

Otro de los contratos a disposición del sector público que permitiría ceder o encomendar la gestión de un servicio público a personas privadas (físicas o jurídicas) es el contrato de servicios. Se trata de un contrato básico de nuestro ordenamiento jurídico⁷⁵, que tradicionalmente ha estado presente en la legislación de contratos de las administraciones públicas y que hoy se encuentra regulado en los arts. 308 a 314 de la LCSP 9/2017.

3.3.1. Concepto y principales características.

Los contratos de servicios son definidos en la LCSP como aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer, consistentes en el desarrollo de una actividad, o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario; y añade que, no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (art. 17).

98

En cuanto a las **características de este contrato**, a la vista de lo previsto en la regulación especial del mismo en la LCSP, podemos destacar las siguientes:

a) El contrato de servicios no conllevará a su finalización que la Administración suceda al contratista como empleador de sus trabajadores.

La ley prohíbe expresamente en su art. 308.2 que la entidad contratante instrumente la **contratación de personal** a través del contrato de servicios, y añade:

“A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben

⁷⁵ Es un contrato que se define en el Código civil como aquel por el que una parte se obliga a prestar un servicio a la otra a cambio de un precio cierto (art. 1544 C. c).

abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista”.

Esta norma, junto con otras dictadas con anterioridad⁷⁶ y posterioridad⁷⁷ parecen querer evitar el acceso al empleo público de los trabajadores de las contratas, sin cumplir los requisitos constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad.

b) Otra característica que define el contrato de servicios es que el precio a abonar por la Administración al contratista deberá ser determinado; los pliegos del contrato establecerán el sistema de determinación del precio del contrato de servicios (art. 309.1).

c) El contratista tendrá derecho a su remuneración por realizar la tarea o actividad encomendada a satisfacción del contratante, o por finalización del plazo en los contratos de mera actividad o de medios (art. 311.6).

d) El contrato de servicios se caracteriza porque el contratista presta el servicio a la Administración. Sin embargo, con la nueva LCSP, se contempla también la posibilidad de que el servicio se pueda prestar directamente a los

⁷⁶ En este sentido puede citarse la **Orden HAP/1816/2013** por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial, en cuyo apartado 8º se señala que *“en los procesos de integración del personal laboral que se lleven a cabo, en su caso, en ejecución de este Acuerdo, habrán de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando aquellos se realicen entre entidades de diferente naturaleza jurídica”* y en el caso de que se incorporase el personal de la extinta fundación al organismo público se realizará con la condición *“a extinguir, sin que en ningún caso este personal adquiera la condición de empleado público”*.

⁷⁷ Principalmente, la Disposición adicional 26ª y 34ª de la Ley de Presupuestos del Estado 2017 que, tras su reforma por la LPG2018, establecen que no podrán considerarse empleados públicos ni integrarse en tal condición en una Administración pública o entidad de derecho público a los trabajadores de los contratistas de concesiones o cualquier otro contrato cuando se extinga; así mismo, los contratos de trabajo de personal laboral de entidades públicas deberá formalizarse siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y hace responsable a los órganos competentes en materia de personal de las entidades públicas, serán responsables del cumplimiento de estas. Estas disposiciones fueron declaradas parcialmente inconstitucionales y nulas por STC 122/2018, de 31 de octubre, por la indebida utilización de una ley de presupuestos.

ciudadanos, como los servicios públicos, siempre que se den ciertos requisitos: que el servicio en cuestión sea de titularidad de la Administración y se haya regulado tanto el alcance de las prestaciones a los administrados como, los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo del servicio prestado, y demás prescripciones que señala el art. 312 LCSP. El especial régimen jurídico previsto para esta modalidad del contrato de servicios exige que le dediquemos una atención particular más adelante.

3.3.2. Aspectos de su régimen jurídico.

Como consecuencia de la importancia que adquiere en este contrato la forma de determinar el precio del contrato su regulación está expresamente prevista en la ley.

El pliego de cláusulas administrativas debe establecer el sistema de determinación del precio del contrato. Este puede estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades. Y si se trata de servicios en los que la ejecución del contrato lleva aparejados costes de inversión iniciales, y se prevé que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse un sistema de retribución que compense por las mismas (art. 309 LCSP).

El contrato debe ejecutarse con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el responsable del contrato, en los casos en que se hubiere designado. En otro caso, esta función corresponderá a los servicios dependientes del órgano de contratación.

No obstante, el contratista es responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato.

La Administración tiene derecho a exigir al contratista que la prestación se realice conforme a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento, y de no ser así puede requerirle la subsanación de los defectos observados con ocasión de su recepción. Si los trabajos efectuados no se adecuan a la prestación contratada, como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista, podrá rechazar la misma quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho (art. 311 LCSP).

3.3.3. Extinción del contrato.

El contrato de servicios se extinguirá por cumplimiento, por resolución dictada en caso de suspensión del contrato, y por desistimiento del contratista (art. 209 LCSP).

A. Extinción por cumplimiento del contrato.

Una vez cumplido el contrato de acuerdo con los términos del mismo, y a satisfacción de la Administración Pública, ésta, debe realizar la recepción o conformidad mediante un acto formal y positivo, en el mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Se deberá comunicar a la Intervención de la Administración correspondiente, cuando sea preceptivo, la fecha y lugar del acto para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión (210.1 LCSP).

En los contratos debe figurar un plazo de garantía a contar desde la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual, sin objeciones por parte de la Administración, quedará extinguida la responsabilidad del contratista, salvo que concurren los supuestos previstos en el art. 210.3 LCSP).

Por último, excepto en los contratos de obra, que se rigen por lo previsto en el art. 243 LCSP, en el plazo de 30 días desde la fecha del acta de recepción o conformidad, deberá acordarse y notificarse al contratista la liquidación correspondiente del contrato (art. 210.4 LCSP).

B. Extinción por resolución del contrato.

Las causas de resolución del contrato están previstas en el art. 211 LCSP y son, entre otras:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 relativo a la sucesión del contratista.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato. Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones calificadas esenciales cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo.

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato o las modificaciones impliquen alteraciones del precio en cuantía superior al 20 por ciento del precio inicial del contrato.

h) El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.

En los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo (art. 211.2 LCSP); y si concurren como causas de resolución el incumplimiento culpable del contratista y su declaración de concurso con

apertura de la fase de liquidación, prevalecerá la primera (ECLI:ES:TS:2022:859).

C. Extinción por desistimiento del contratista.

Los contratos de servicios se resolverán también de manera específica, por las siguientes causas previstas en el art. 313 LCSP:

“a) El desistimiento antes de iniciar la prestación del servicio o la suspensión por causa imputable al órgano de contratación de la iniciación del contrato por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.

b) El desistimiento una vez iniciada la prestación del servicio, o la suspensión del contrato por plazo superior a ocho meses acordada por el órgano de contratación, salvo que en el pliego se señale otro menor.

c) Los contratos complementarios quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal”.

103

En todo caso de resolución del contrato el contratista tendrá derecho a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración.

En los supuestos de resolución previstos en las letras a) y c) del apartado primero del presente artículo, el contratista solo tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, una indemnización del 3 % del precio de adjudicación del contrato (IVA excluido); y en los supuestos de resolución contemplados en la letra b) el contratista tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, el 6 % del precio de adjudicación del contrato de los servicios dejados de prestar en concepto de beneficio industrial (IVA excluido), entendiéndose por servicios dejados de prestar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones

aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran prestado.

3.3.4. El régimen especial de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (art. 312).

La LCSP introduce un régimen especial en la regulación del contrato de servicios, concretamente en el art. 312, para el caso de que el citado contrato conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Se trata de una figura nueva y controvertida porque se presenta como un contrato para la prestación de servicios públicos, sin asunción del riesgo operacional por parte del contratista, y con una regulación jurídica poco elaborada que puede generar problemas en su aplicación⁷⁸.

El régimen especial consiste en una serie de prescripciones que deberán cumplirse. Algunas de ellas derivan directamente de la naturaleza del servicio prestado (servicio público), y otras, sin más, aproximan este régimen especial al régimen previsto para el contrato de concesión. Las prescripciones previstas con las siguientes:

104

a) Así, la primera establece que, antes de proceder a la contratación de un servicio que conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía, *“deberá haberse establecido su **régimen jurídico**, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”*.

b) El adjudicatario del contrato de servicios de este tipo estará sujeto a **obligaciones similares a las que contrae el concesionario** y que vimos en art. 288, como la obligación de:

- prestar el servicio con la continuidad convenida, y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido

⁷⁸ Antonio Fortes (2019) llega a calificarlo como: experimento (normativo) de laboratorio “fallido”.

establecidas y mediante el abono en su caso de la “contraprestación económica fijada”; en lugar de “*la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas*”, como se especifica en el art. 288 LCSP. Tampoco se incluye en las obligaciones del contratista de este contrato especial, la obligación de seguir prestando el servicio una vez extinguido el contrato por cumplimiento, hasta que se formalice un nuevo contrato, como sí se exige al concesionario, y que, si estamos hablando de servicios públicos, debería exigirse por la necesidad de dar continuidad al servicio.

- cuidar del buen orden del servicio;

- indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración;

No se incluye en cambio, la obligación de respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, que sí se exige al concesionario (art. 288.d).

c) Al tratarse de un servicio público, la Administración conservará los **poderes de policía** necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios. Y en caso de que el contratista incumpliese el contrato, generando perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio, la Administración puede acordar el **secuestro o intervención** del servicio “*hasta que aquella desaparezca*”. Sorprende que el legislador no se haya remitido a la regulación del secuestro o intervención previsto para los contratos de concesión en el art. 263. Ahí se caracteriza esta medida como temporal, cuya duración en ningún caso podrá exceder de tres años, y que, durante la misma, la entidad contratante asumirá “la explotación directa” del servicio, características que sería bueno poder aplicar en este caso.

d) La extinción del contrato tendrá lugar, por su cumplimiento, como es lo habitual, y por resolución del contrato. Entre las **causas de resolución** del contrato, el art. 312 incorpora además de las propias del contrato de servicios, previstas en el art. 313, algunas de aplicación al contrato de concesión, contempladas en el art. 294 (c, d, y f), como el rescate, la

supresión del servicio o el secuestro o intervención, cuando no remite la causa que lo generó.

e) En cuanto a los **efectos de la extinción del contrato**, se contempla la **reversión**. El apartado b) del art. 312 cita entre las obligaciones del contratista la de “*entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados*”. En este sentido y para hacer posible la transmisión de los bienes, el apartado c) establece que los bienes afectos a los servicios regulados en este artículo no podrán ser objeto de **embargo**.

La reversión debería implicar la transmisión de todos los bienes y derechos que hagan posible la continuidad en la prestación del servicio; lo que puede entrañar no sólo la transmisión de las obras e instalaciones, sino también, otros bienes y contratos necesarios para el buen funcionamiento del servicio, como los contratos de trabajo. Por ello, sorprende el apartado f) cuando dice que: “*Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones*”. Esta norma, como el art. 308 anteriormente citado, aplicable a los contratos de servicios en general, parecen querer evitar el acceso indirecto al empleo público de los trabajadores de las contratistas, sin cumplir los requisitos constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad.

Pueden parecer efectos contradictorios, pero como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, y veremos más adelante (capítulo 4.2.2), habrá que analizar caso por caso para comprobar si en caso de reversión de estos contratos, se da sucesión de empresa y entra en aplicación el art. 44 TRET, o será suficiente con la reversión del servicio y, en su caso los elementos materiales accesorios.

3.3.5. Diferencias con el contrato de concesión de servicios.

La exposición de motivos de la vigente LCSP recuerda que con la nueva ley desaparece el contrato de gestión de servicios públicos; que éste incluía diversas modalidades de contratos que vinculaban al contratista con los administrados, pero que no siempre, el riesgo operacional lo asumía el contratista. Por este motivo, y porque, según dice, la Directiva 2014/23/UE distingue el contrato de concesión por la asunción del riesgo operacional del contratista, se ha reservado en la nueva ley, la figura del contrato de concesión para la prestación de servicios sometidos al riesgo operacional del contratista, y la figura del “contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía”, regulado en el art. 312 (contrato de servicios ex art. 312, en lo sucesivo), para aquellos contratos de gestión de servicios públicos cuyo riesgo operacional es asumido por la Administración.

Esta es la razón por la que el legislador justifica la incorporación del art. 312 LCSP, esto es, ofrecer garantías suficientes al administrado para que el contratista pueda prestar un servicio público (régimen jurídico previamente establecido), y la Administración disponga de herramientas suficientes para su control (ejercicio del poder de policía, posibilidad de rescate, de secuestro o intervención del servicio público), y cómo vimos, posterior recuperación del servicio (reversión).

Tenemos, por tanto, un contrato de servicios, cuya finalidad y régimen jurídico no difiere mucho del tradicional, y un nuevo contrato de servicios ex art. 312 con el que se pretende dar respuesta a contratos de gestión de servicios públicos cuyo riesgo operacional no sea asumido por el contratista sino por la Administración.

La exposición de motivos de la LCSP parece entender el contrato de servicios ex art. 312 como similar al contrato de concesión de servicios con la única diferencia de quién asume el riesgo operacional⁷⁹.

⁷⁹ Según la exposición de motivos de la Ley (apartado IV) para la Directiva 2014/23/UE “el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como se ha dicho antes, quién asume el riesgo operacional. En el caso de

Sin embargo, hay que aclarar que la asunción del riesgo operacional no es más que una consecuencia de la diferente naturaleza de ambos contratos.

En el contrato de concesión (como decía el anterior contrato de gestión de servicios públicos), el empresario contratista gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura (art. 277 a TRLCSP 2011), asumiendo las consecuencias de la actividad económica (los ingresos generados, las pérdidas sufridas y las responsabilidades derivadas de su gestión), como si fuese el titular del servicio. Sin embargo, como sabemos, el titular del servicio público es siempre la Administración.

Posiblemente ayudaría a ver la diferencia si distinguiéramos dentro del concepto de gestión del servicio público, por una parte, que el titular del servicio siempre es la Administración, y por otra, que la gestión del servicio por parte del contratista puede hacerse, por cuenta propia o por cuenta ajena, en este caso, por cuenta de la Administración. En este sentido es más clara la Ley Foral 2/2018 de Contratos Públicos de Navarra que, en relación con el contrato de servicios dice en su art. 30.2: “*Los servicios se prestarán al contratante o bien, por cuenta del contratante, a un tercero o al público en general*”; mientras que en el contrato de concesión de servicios el contratista presta el servicio por cuenta propia, asumiendo el riesgo operacional (art. 32).

Cuando uno gestiona el servicio por cuenta propia, como es el caso del concesionario, asume no sólo el riesgo operacional sino también la libre

que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.

Este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley. Por ello, determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio.

Por esta razón, en la medida que la diferencia entre el contrato al que se refiere el párrafo anterior y el contrato de concesión de servicios es la asunción o no del riesgo operacional por el empresario, es preciso que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar”.

capacidad de tomar decisiones, por lo que debe gozar de la máxima autonomía para valorar el riesgo y oportunidad de sus decisiones. Cuando uno gestiona el servicio por cuenta de la Administración, como el contratista en el contrato de servicios ex art. 312, responde del cumplimiento de sus obligaciones, pero no asume el riesgo operacional (falta de ingresos, pérdidas, responsabilidades), éste lo asume la Administración, lo que conlleva que esté sometido a las instrucciones de ésta, y que tenga derecho a un precio determinado si cumple con el objeto de su contrato, y con independencia del devenir del servicio.

En el contrato de concesión, el concesionario actúa como titular de la organización de los bienes, derechos y servicios necesarios para llevar a cabo la actividad encomendada. En ocasiones, el concesionario asume también la labor de crear la organización (construir las instalaciones, y poner en marcha dicha organización para prestar servicio). En el contrato de servicios ex art. 312 también puede darse que el contratista tenga que llevar a cabo la construcción de instalaciones o la adquisición de bienes, si se ha pactado así, lo cual deberá ser debidamente remunerado por ello (art. 309.2). Pero la gestión del servicio que lleve a cabo deberá ser por cuenta de la Administración y siguiendo las instrucciones de ésta.

109

La diferencia entre ambos contratos no reside sólo en quién asume el riesgo operacional, aunque ésta sea la consecuencia económica más importante. Las notas que permiten marcar la diferencia entre ambos contratos son las siguientes:

- a) Ambos contratistas pueden gestionar un servicio público, pero la gestión del concesionario será por cuenta propia, lo que exige tener gran **autonomía** a la hora de tomar las decisiones.
- b) El concesionario verá retribuida su gestión con la explotación del servicio, esto es, su retribución vendrá condicionada principalmente por los ingresos obtenidos a consecuencia del uso realizado por los ciudadanos de sus servicios, con independencia de si el pago por el uso lo hace el administrado o la Administración. Estas retribuciones se denominan “tarifas” (art. 289). Por el contrario, en el contrato de servicios ex art 123, el contratista tiene derecho a un precio determinado (art. 309), en particular, el art. 312 se refiere a su derecho a la contraprestación “fijada”, que debe pagar el contratante. A pesar de la

ambigüedad de la expresión, esa contraprestación no debe estar condicionada por el uso del servicio realizado por los ciudadanos. En el primer caso, el **riesgo operacional** lo debe asumir la contratista, y en el segundo la contratante.

- c) Al finalizar el contrato, en ambos casos, el servicio se **internalizará (o revertirá)** salvo que se opte por prorrogar el contrato o hacer una nueva licitación. La reversión del servicio sólo está prevista en la LCSP para el caso del contrato de concesión de servicios públicos (art. 291.1) y para el contrato de servicios ex 312; y en ambos la regulación es similar: el contratista deberá entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. Además, puesto que la reversión supone que la Administración pasa a prestar directamente el servicio, será también de aplicación a ambos el **art. 130 LCSP** en su apartado 3º, según el cual: *“En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”*; y en su apartado 6º, el cual establece ciertas excepciones en caso de subrogación⁸⁰.

A diferencia del anterior régimen común, como hemos visto, sólo en el caso del contrato de servicios ex art. 312 y no en el contrato de concesión, se establece un precepto con el fin de impedir la confusión

⁸⁰ Según el art. 130.6 LCSP: *“Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos”*

de las plantillas del contratante y contratista, posiblemente para evitar la subrogación del personal de ésta.

3.4. Contrato mixto.

Se denomina contrato mixto aquel que contiene prestaciones propias de dos o más tipos de contratos. El contrato mixto no es por tanto una modalidad contractual sino una circunstancia que puede darse en una determinada relación contractual.

La LCSP define el contrato mixto en su art. 18 a la vez que establece algunas particularidades de su régimen jurídico.

La celebración de contratos mixtos sólo será posible cuando, las prestaciones propias de cada uno de los contratos que confluyen estén vinculadas entre sí, y mantengan relaciones de complementariedad, que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional, dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o, a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante (arts. 18.1 y 34.2 LCSP)

111

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la ley va diferenciando según se trate de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos; o de sus efectos, cumplimiento y extinción.

En el primer caso las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en esta Ley, serán las siguientes:

- a) Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal⁸¹.

⁸¹ En el caso de los contratos mixtos que comprendan en parte servicios especiales del anexo IV, y en parte otros servicios, o en el caso de los contratos mixtos compuestos en parte por servicios y en parte por suministros, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros.

b) Cuando el contrato mixto contenga prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios, por una parte, y contratos de concesiones de obra o de servicios, de otra, se actuará del siguiente modo:

1.º Si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal.

2.º Si las distintas prestaciones son separables y se decide adjudicar un contrato único, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones correspondientes a estos contratos supere las cuantías establecidas en los artículos 20, 21 y 22 de la presente Ley, respectivamente. En otro caso, se aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

En cuando a los efectos, cumplimiento y extinción del contrato mixto, se aplicarán las normas que correspondan a las diferentes prestaciones que confluyen en el contrato.

No obstante, lo establecido anteriormente, en los casos en que un elemento del contrato mixto sea una obra y esta supere los 50.000 euros, deberá elaborarse un proyecto y tramitarse de conformidad con los artículos 231 y siguientes de la presente Ley, relativos al contrato de obra.

En el supuesto de que el contrato mixto contenga elementos de una concesión de obras o de una concesión de servicios, deberá acompañarse del correspondiente estudio de viabilidad y, en su caso, del anteproyecto de construcción y explotación de las obras previstos en los artículos 247, 248 y 285.2 LCSP.

3.5. El concierto o acción concertada

En la tradición de la regulación de los contratos del sector público hemos visto el concierto como una modalidad del contrato de gestión de los servicios públicos. El art. 277 del Texto Refundido de la LCSP de 2011 establecía que, la contratación de la gestión de los servicios públicos podía adoptar la modalidad de **concierto**, con personas físicas o jurídicas que vengan realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. El régimen jurídico aplicable a este contrato era similar al previsto para la modalidad de concesión, y que tuvimos oportunidad de ver en el apartado 3.1, dedicado al contrato de gestión de servicios públicos. Sin embargo, en la vigente LCSP de 2017 ha desaparecido el contrato de gestión de servicios públicos y sus modalidades, entre ellas el concierto⁸².

Como vimos en el capítulo 1, los Tratados de la Unión Europea y el Protocolo nº 26 reconocían a las autoridades nacionales, regionales y locales discrecionalidad para prestar, encargar, financiar y organizar los SIEG. En consecuencia, las Directivas 2014/23 sobre contratos de concesión y 2014/24 sobre los demás contratos públicos, y en particular el de servicios, remiten la regulación de la prestación de servicios sociales, sanitarios y educativos a las legislaciones nacionales, pero siempre que garanticen los principios de transparencia y no discriminación.

También vimos como la LCSP recoge la posibilidad de prestación indirecta de los SSIG al margen de la legislación contractual (art. 11.6 y DA

⁸² Teniendo en cuenta la exposición de motivos de la LCSP de 1997, aquellos contratos que, como el contrato de gestión de servicios públicos, en sus modalidades de concesión, gestión interesada y concierto, que ya no están presentes en la vigente ley y que tuvieran por objeto la prestación de servicios públicos asumiendo el contratista el riesgo operacional, se calificarán como contratos de concesión, y si el riesgo lo asumiera la Administración, como contratos de servicios. La Disposición adicional trigésima cuarta LCSP establece que las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la citada ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en esta ley.

49^a) pero contiene normas particulares tanto para el contrato de concesión de servicios, como para el contrato de servicios, de carácter social, sanitario o educativo, relativas a los criterios y al procedimiento de adjudicación; a la publicidad de los anuncios; al deber de los órganos de contratación de velar en todas sus fases del contrato por garantizar: la calidad del servicio, su continuidad, accesibilidad, asequibilidad; disponibilidad y exhaustividad; las necesidades de los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios y la innovación en la prestación de éstos. También vimos cómo era posible reservar este tipo de contratos de servicios del Anexo IV a determinadas organizaciones que cumplieran ciertos requisitos. Y, por último, hemos podido comprobar cómo la legislación aplicable al sector de la salud, la enseñanza y los servicios sociales contemplan diversas formas de gestión indirecta de los servicios, aunque prioricen la gestión directa pública.

Como regla general, los servicios sanitarios, educativos y de servicios sociales pueden prestarse libremente con criterios de mercado. Pero si concurre financiación pública, habrá que formalizar la relación de colaboración bien mediante contratos administrativos regidos por la LCSP (concesión o servicios); o mediante acción concertada. En estos sectores está prevista la acción concertada como medio de colaboración de entidades privadas, preferentemente de iniciativa social o carentes de ánimo de lucro, en la prestación de servicios públicos.

Con el fin de conocer las principales características y particularidades del régimen jurídico de la acción concertada, tomamos como referencia el marco normativo que regula, en la Comunitat Valenciana, la acción concertada para la prestación de servicios en el ámbito sanitario (Ley 7/2017); los conciertos educativos (R.D. 2377/1985 y Decreto 75/2023), y la acción concertada para la prestación de servicios sociales (D. 181/2017).

Antes de abordar el somero análisis de las anteriores normas cabe señalar que en las mismas, los acuerdos de acción concertada se conciben como alternativa a la gestión directa e indirecta,⁸³ y no como un supuesto más de gestión indirecta, como ha sido tratado en este informe por razones sistemáticas. No obstante, como veremos al final de este capítulo, los

⁸³ Por todos véase en art. 2 Ley 7/2017.

acuerdos de acción concertada no dejan de ser contratos particulares de externalización de los servicios y, por tanto, modos de gestión indirecta de los mismos.

3.5.1. Concepto y principales características.

Los acuerdos de acción concertada se suelen describir como instrumentos organizativos de naturaleza no contractual, a través de los cuales la administración competente podrá organizar la prestación de servicios de carácter sanitario (educativo o de servicios sociales) a través de los recursos disponibles de las entidades concertadas, fijando su financiación, el acceso de las personas usuarias y el control bajo competencia y responsabilidad pública.

Estos instrumentos son útiles, en sectores como el de la educación, cuando los poderes públicos quieren garantizar la gratuidad de la prestación de un servicio y no disponen de los medios materiales, técnicos y humanos para ello, pero sí de los recursos financieros necesarios para que otras entidades que sí disponen de aquellos medios, puedan, con el sostenimiento de los fondos públicos, llevar a cabo el servicio de conformidad con los requisitos y condiciones exigidas⁸⁴. En otros casos, como en las residencias públicas concertadas, el usuario paga una parte del coste de la plaza, normalmente en proporción a sus ingresos, y sólo en el caso de que no disponga de recursos suficientes, no pagaría.

115

Los **principios generales** que deben regir la acción concertada son los de:

a) Subsidiariedad, conforme al cual la acción concertada estará subordinada, con carácter previo, a la utilización óptima de los recursos propios.

b) Solidaridad, fomentando la implicación de las entidades del tercer sector en la prestación de servicios a las personas, conforme a lo establecido en la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social.

⁸⁴ En este sentido se manifiesta el Real Decreto 2377/1985, arts. 1 y 2.

c) Igualdad, garantizando que en la acción concertada quede asegurado que la atención que se preste se realice en plena igualdad con las personas que sean atendidas directamente por la administración.

d) Publicidad, previendo que las convocatorias de solicitudes de acción concertada y la adopción de acuerdos 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.

h) Participación activa y efectiva de las personas que utilizan los servicios, por sí o a través de sus representantes legales, junto con los profesionales y la estructura de dirección, desde la planificación de las actividades hasta la evaluación de la atención prestada. Este último principio ha sido incorporado en el Decreto 181/2017 para la prestación de servicios sociales.

3.5.2. Aspectos de su régimen jurídico.

El régimen jurídico presente en los reglamentos que regulan los acuerdos de acción concertada suele tener por objeto delimitar el ámbito objetivo y subjetivo de los mismos, el procedimiento de concertación, el contenido de los conciertos, entendido como documento de formalización del acuerdo, la ejecución de los acuerdos, las medidas de control y seguimiento, la modificación, revisión y prórroga de los conciertos, y la extinción de los mismos.

De los anteriores aspectos queremos destacar los siguientes:

a) El **ámbito objetivo** hace referencia a los servicios cuya prestación se concierta, puede tratarse de determinado servicio sanitario; de enseñanza obligatoria o voluntaria; de servicios a personas mayores, a personas con diversidad funcional o a mujeres, entre otros.

b) El **ámbito subjetivo** hace referencia a las entidades que pueden acceder a ser prestadoras de los servicios y por tanto acceder al concierto. En el ámbito sanitario, sólo pueden acceder a la acción concertada las “*entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro prestadoras de servicios sanitarios*” (art. 5.3 L.7/2017). En el ámbito educativo, pueden acogerse al régimen de conciertos los centros privados, pero tendrán preferencia, “*aquellos que atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables, los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo, los que fomenten la escolarización de proximidad y los que estén constituidos y funcionen en régimen de cooperativa, cuya especificidad será objeto de reconocimiento en la normativa correspondiente*” (art. 116.2 LO 6/2006). En el sector de los servicios sociales, sólo pueden acceder a la acción concertada las “entidades de iniciativa social” que se definen como “*fundaciones, asociaciones, organizaciones de voluntariado y otras entidades sin ánimo de lucro que realicen actividades de servicios sociales. Asimismo, se consideran incluidas las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro conforme a su normativa específica*” (arts. 1 y 3 Decreto 181/2017).

En todos los casos, para poder acceder a la acción concertada las entidades deben demostrar estar al corriente de sus obligaciones tributarias y de seguridad social, y estar previamente autorizadas para realizar la actividad de que se trate, además de cumplir los demás **requisitos y condiciones mínimas** que se exijan (de naturaleza administrativa, técnica o económica).

c) En cuanto al **procedimiento de concertación**, la convocatoria de los acuerdos de acción concertada debe garantizar que las entidades que cumplan los requisitos establecidos puedan acogerse y optar al régimen de acción concertada conforme a los principios generales anteriormente vistos. Asimismo, dicha convocatoria deberá establecer la puntuación mínima y los criterios de selección de entidades para la adopción de acuerdos de acción concertada, cuando resulte esta necesaria en función de las limitaciones

presupuestarias o del número o características de las prestaciones susceptibles de concierto. La normativa establece también una serie de **criterios de valoración** de las entidades y servicios que deberán ser tenidos en cuenta en las convocatorias. La selección dependerá del cumplimiento del mayor número de criterios.⁸⁵

d) Finalizado el procedimiento y evaluado por la comisión correspondiente de evaluación, la persona titular de la consellería resolverá y notificará la **resolución de concesión**. La acción concertada debe formalizarse en un documento administrativo (**concierto**) en el que conste los derechos y obligaciones de las partes y las características concretas del servicio.

e) Los conciertos tienen **duración temporal**, en el sector sanitario y de servicios sociales, no pueden exceder de 4 años, sin perjuicio de las eventuales prórrogas cuando estén expresamente previstas en el acuerdo de acción concertada, por otros dos años por acuerdo explícito de ambas partes (art. 23 D. 181/2017 tras su reforma por D. 188/2021) o hasta un total de 10 años (art. 5.5 Ley 7/2017). Los conciertos educativos tendrán una duración de seis años en Educación Primaria y de cuatro en el resto de casos, sin perjuicio de la renovación de los conciertos generales, como dice el art. 18 D. 6/2017, pero también de la renovación de los conciertos singulares, dado que como vimos anteriormente (apartado 2.4.2.) el Tribunal Supremo ha

⁸⁵ Entre los criterios de valoración de las entidades suele citarse: la implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio; los años de experiencia acreditada en la prestación del servicio; la valoración de las personas atendidas, si ya hubieran prestado el servicio anteriormente, efectuada o supervisada por la conselleria correspondiente; los certificados de calidad emitidos por organismos o entidades públicos; la continuidad en la atención o calidad prestada; el arraigo de las personas objeto de la acción concertada en el entorno; las buenas prácticas sociales y de gestión de personal, incluidas en un plan de igualdad para aquellas medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo y la inserción sociolaboral de personas con diversidad funcional conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público, y especialmente en la ejecución de las prestaciones objeto de la acción concertada, y cualesquiera otros que resulten determinantes para la valoración de la capacidad e idoneidad de las entidades, incluida la formación y experiencia de los profesionales.

declarado aplicable a ambos conciertos la misma normativa básica, prevista en el R.D. 2377/1985.

f) En relación con el régimen económico de la acción concertada, ésta obliga a la administración a **asignar fondos públicos para el sostenimiento de los servicios concertados**, cuantía global que debe estar establecida en los presupuestos de la Generalitat. Las tarifas que se fijen como contraprestación económica en ningún caso podrán ser superiores a las fijadas en la ley de tasas vigentes. Las entidades concertadas asumen la obligación de **prestar gratuitamente los servicios** objeto del concierto, de acuerdo con las condiciones técnica correspondientes y con sujeción a las normas vigentes.

g) Los servicios de acción concertada quedan sujetos al **control** de carácter financiero y a las funciones inspectoras y sancionadoras de las administraciones competentes en la materia. La administración en su función inspectora comprobará la adecuación de la actuación hacia los usuarios valorando el cumplimiento de los objetivos y los resultados de forma periódica

119

h) La conselleria competente podrá **revisar las condiciones técnicas y los módulos económicos** de los conciertos como consecuencia de cambios normativos. También podrán revisarse los importes de los módulos económicos durante el plazo de duración del concierto social, por resolución del órgano competente de la conselleria, para mantener las condiciones económicas del concierto, dentro de las disponibilidades presupuestarias y de los términos previstos en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. La frecuencia de las revisiones de los módulos económicos establecidos en ningún caso puede ser inferior a un año natural.

3.5.3. Extinción del concierto.

La normativa citada establece las causas de extinción de los conciertos y las consecuencias de ello. Extinguido el acuerdo de acción concertada, la administración competente debe garantizar la continuidad de la prestación del servicio de que se trate, con carácter general, puede optar por prorrogar

el acuerdo, asumir su gestión de forma directa o volviendo a convocar acuerdos de acción concertada. La entidad concertada como titular del centro podrá seguir desarrollando la actividad económica (sanitaria, educativa o de servicios sociales), si conserva la autorización para ello, pero ya no como servicio público.

Son causas de extinción de los conciertos:

a) El acuerdo mutuo de quienes intervienen, manifestado con la antelación que se determine en la acción concertada para garantizar la continuidad del servicio.

b) El incumplimiento grave de las obligaciones derivadas de la acción concertada 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 de la acción concertada, salvo que se acuerde su prórroga o renovación. Cabe recordar en este punto, como vimos en el capítulo 2.4.2, que el Tribunal Supremo⁸⁶ ha confirmado la nulidad del art. 21 del D. 6/2017 y, en relación con los conciertos educativos, ha establecido su sometimiento a las normas básicas del RD 2377/1985, el cual declara, en su art. 43: *“Los conciertos se renovarán siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no se haya incurrido en las causas de no renovación previstas en el art. 62.3 de la ley orgánica reguladora del Derecho a la Educación y existan consignaciones presupuestarias disponibles”*. Por tanto, el centro concertado tiene derecho a poder solicitar la renovación, y una vez examinada la documentación presentada, la Administración procederá a renovar por otros cuatro años el concierto o a denegar la solicitud de renovación

d) La extinción de la persona jurídica a la que corresponde la titularidad.

⁸⁶ Entre otras véase las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3137 y ECLI:ES:TS:2020:3138)

e) La revocación de la acreditación, homologación o autorización administrativa de la entidad concertada o de los servicios de la acción concertada.

f) El cese voluntario, debidamente autorizado, de la entidad concertada en la prestación del servicio.

g) La inviabilidad económica de quien es titular de la acción concertada, constatada por los informes de auditoría que se soliciten.

h) La negativa o la denegación de atención a los usuarios derivados por la administración competente, o la prestación de servicios no objeto de la acción concertada o no autorizados por esta.

i) La solicitud de abono a las personas receptoras 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 establezca la normativa sectorial o, de acuerdo con esta, los acuerdos de acción concertada.

3.5.4. Sobre la naturaleza contractual o no contractual de la acción concertada. La STJUE de 14 de julio de 2022.

En las páginas anteriores hemos visto en varias ocasiones como los acuerdos de acción concertada se definen como instrumentos organizativos de naturaleza no contractual. Esta idea se deduce de varias normas:

- En la **Directiva 2014/23**, los regímenes en los que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a realizar una determinada tarea, sin selectividad alguna, se excluyen de su ámbito de aplicación porque, aun cuando se funden en acuerdos legales entre la autoridad pública y los operadores económicos, no se consideran contratos de concesión (considerando nº 13).

- En la **Directiva 2014/24**, aquellas situaciones en las que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a desempeñar una determinada tarea, sin ningún procedimiento de selección, *“no deben entenderse como una contratación”*, sino como simples regímenes de autorización (considerando nº 4). Así mismo, reconoce que 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 (considerando nº 114).

- El **art. 11.6 LCSP** establece: *“Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”*

- La **Disposición adicional cuadragésima novena de la LCSP** establece: *“Legislación de las Comunidades Autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social. Lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”*.

- La **Ley 5/1997 que regula el sistema de Servicios Sociales de la Comunitat**, establecía en su **art. 44 bis** que las Administraciones públicas proveerán a las personas de los servicios sociales de las siguientes formas: Mediante gestión directa o medios propios; mediante gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público, y *“Mediante acuerdos de acción concertada con entidades privadas de iniciativa social”*. Y en su **art. 62** señala: *“Los*

acuerdos de acción concertada son instrumentos organizativos de naturaleza no contractual". En los mismos términos se expresa la vigente **Ley 3/2019, de servicios sociales inclusivos** en su **art. 87**.

- El **Decreto 181/2017** del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat por entidades de iniciativa social, tiene por objeto la regulación de los acuerdos de acción concertada, como forma de gestión de servicios sociales (art. 1). Y, en su artículo 3, define la acción concertada como "*forma de provisión específica de servicios sociales ... diferente a la gestión directa e indirecta*", y el acuerdo de acción concertada como "*instrumento organizativo de naturaleza no contractual*".

El Decreto 181/2017 fue objeto de recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, solicitando su anulación, por excluir a las entidades con ánimo de lucro de la posibilidad de prestar ciertos servicios sociales en el marco de la acción concertada. La duda sobre la compatibilidad de esta norma con la Directiva 2014/24 de contratos del sector público, llevo a solicitar una cuestión prejudicial al TJUE, quien se pronunció en sentencia de 14 de julio de 2022, a la que hicimos referencia en el capítulo 2.4.3.

Una de las cuestiones que se plantea precisamente es, si la Directiva 2014/24 se opone a que los poderes adjudicadores recurran a los conciertos para la prestación de servicios sociales y no a los procedimientos contractuales previstos en la Directiva.

El TJUE recuerda que los contratos públicos son contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios; y que, al ser un concepto del Derecho de la Unión, "*la calificación que el Derecho español da a los acuerdos de acción concertada carece de pertinencia*" y por tanto, la referencia que hace la norma a que constituyen instrumentos organizativos de naturaleza no contractual, "*no basta para que queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24*".

El Tribunal analiza a continuación si los servicios que integra el citado Decreto quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva

2014/24, y pese a no disponer de la información completa, entiende que al menos, algunos servicios sociales de asistencia a las personas quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. En consecuencia, el Tribunal pasa a analizar las cuestiones prejudiciales a la luz de las normas de la Directiva 2014/24 que regulan los Regímenes de Contratación Particulares, y en especial los Servicios Sociales y otros servicios específicos (arts. 74 a 77).

Para poder determinar si la Directiva era aplicable al caso, el Tribunal ha debido analizar si los servicios que son objeto del acuerdo están comprendidos en el ámbito de aplicación de la directiva (en particular en el Anexo XIV), y si su importe está dentro del umbral previsto para este tipo de contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en dicho anexo. En particular, según el art. 4.d), la Directiva se aplicará si el importe estimado del contrato, excluido el IVA, es igual o superior a 750.000 euros.

Pero, además, con independencia de la inclusión del contrato en el ámbito de aplicación de la Directiva, señala la sentencia que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque el contrato no estuviera sujeto a la Directiva, si lo está a las normas fundamentales y a los principios generales del Tratado FUE, en concreto a los principios de igualdad de trato y a la obligación de transparencia. Tanto la Directiva 2014/23 (art. 3), como la Directiva 2014/24 (art. 18) recogen como principios de la contratación, la igualdad de trato, la no discriminación y la actuación transparente y proporcionada.

En definitiva, los acuerdos de concertación se regularán por la legislación estatal o autonómica que corresponda, pero ésta debe respetar los principios y garantías que prevén las directivas sobre contratación pública para los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos.

4. LA REVERSIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EXTERNALIZADOS.

4.1. La reversión de los servicios públicos como reivindicación.

En paralelo a la implantación y desarrollo de las políticas de privatización de lo público iniciadas en los años ochenta, se extendieron las movilizaciones ciudadanas, tanto de entidades y asociaciones vecinales, como de organizaciones sindicales y profesionales, en contra de la externalización de los servicios públicos, y a favor de la recuperación de aquellos ya externalizados.

Estas movilizaciones se multiplicaron tras la crisis de 2008 y los recortes en los servicios básicos que supusieron los programas de austeridad impuestos desde la Unión Europea. La contestación social a los recortes, en 2011, fue el motor del movimiento 15 M⁸⁷,

125

Dentro del clima de crisis y movilizaciones ciudadanas nace la Marea Blanca en 2012, tras el anuncio de la externalización de seis hospitales y el 10% de los centros de atención primaria de la Comunidad de Madrid a través del Plan de Medidas de Garantía de la Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público⁸⁸

Las movilizaciones del personal sanitario fueron secundadas de forma masiva y se extendieron al resto de comunidades autónomas y sectores⁸⁹,

⁸⁷ El Movimiento 15M paraliza el Mundo. El Movimiento 15M paraliza el Mundo. Canal de YouTube. Europapress. <https://youtu.be/3OoYcSbUmOI>

⁸⁸ Plan de Medidas de Garantía de la Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público, Comunidad de Madrid. Presupuestos 2012. SATSE.

https://www.satse.es/media/comunidad_de_madrid/documentos/informes/plan-de-medidas-de-garantia-de-la-sostenibilidad-del-sistema-sanitario-publico-comunidad-de-madrid

⁸⁹ Lista de mareas. 15mpedia. https://15mpedia.org/wiki/Lista_de_mareas

uniendo a plataformas, asociaciones y organizaciones sindicales en defensa de los servicios públicos.

Las reivindicaciones fueron integrándose en los sucesivos programas electorales de los distintos partidos políticos, tanto de partidos tradicionales como en las nuevas formaciones que surgieron a partir del movimiento 15M⁹⁰.

El 24 de mayo de 2015 tuvieron lugar las elecciones a las Cortes Valencianas. La reversión o al menos, la crítica a las numerosas externalizaciones de los servicios públicos llevadas a cabo en los anteriores años estaba presente en los programas electorales de varios partidos políticos.

El contenido de las propuestas para la IX Legislatura de Compromis⁹¹, EU⁹², PSPV⁹³ y Podemos⁹⁴ incluía la auditoría de los contratos externalizados, el control exhaustivo de los cumplimientos, la paralización de la externalización y la reversión de los servicios externalizados.

Tras los resultados electorales⁹⁵ se conforma un pacto de gobierno entre el PSPV, Compromis y Podemos. Este último, si bien no asumiría

⁹⁰ Lozano, María “Siete logros del 15-M siete años después” *Diario Público*. 14 de mayo de 2018. <https://www.publico.es/politica/siete-logros-15-m-siete-anos-despues.html>

⁹¹ Programa electoral 2015. Coalició Compromis. GVA Oberta.

http://intra.pre.gva.es/convera/docpdf_castellano/progrelectorales/corts_valencianes/2015/coaliciocompromis2015.pdf

⁹² Programa Electoral 2015. EUPV-EV-ERP-V-AS:AC.

http://intra.pre.gva.es/convera/docpdf_castellano/progrelectorales/corts_valencianes/2015/eupv_autonomicas2015.pdf

⁹³ Programa Electoral 2015. PSPV. GVA Oberta.

http://intra.pre.gva.es/convera/docpdf_castellano/progrelectorales/corts_valencianes/2015/psoe_2015.pdf

⁹⁴ Programa Electoral Podemos. GVA Oberta.

http://intra.pre.gva.es/convera/docpdf_castellano/progrelectorales/corts_valencianes/2015/podemos_autonomicas2015.pdf

⁹⁵ Archivo Histórico Electoral. GVA Argos.

http://www.argos.gva.es/ahe/pls/argos_elec/DMEDB_elecComunidades.informeElec?aNComuId=17&aVLengua=c

competencias en la gestión, si condicionó su apoyo al cumplimiento de acuerdos mínimos.

Con el nuevo gobierno cambia la política en materia de externalización de los servicios públicos. El Acuerdo del Botánico, nombrado así por haber sido firmado en el Jardín Botánico de la Universidad de Valencia, fue suscrito el 11 de junio de 2015 por el Partido Socialista del País Valenciano (PSPV-PSOE) y Coalició Compromís (Compromís), con el apoyo de Podemos (Podem) con la intención de concurrir conjuntamente a la formación del Gobierno de la Comunidad Valenciana para la IX Legislatura de esta Comunidad.

El **Acuerdo del Botánico de 2015**, recoge, entre sus líneas de actuación: “2. *la Regeneración Democrática y lucha contra la corrupción*”, entre cuyos objetivos se encuentra: “g. *Mejorar la aplicación del procedimiento de contratación de las empresas y servicios públicos mediante la reducción drástica de la discrecionalidad e incrementar los mecanismos de control y transparencia. Establecer mecanismos legales que impidan contratar con empresas condenadas y dificultar la contratación con empresas y personas imputadas en casos de corrupción. Introducir nuevos sujetos legitimados para presentar la impugnación de los modificados en la contratación pública*”⁹⁶.

127

El **IV Plan de Salud** de la Comunidad Valenciana para el periodo 2016-2020, publicado en el DOGV el 6 de mayo de **2016**⁹⁷, representa un instrumento estratégico de planificación de las políticas de salud en la Comunitat Valenciana.

Este Plan apostó por la reorientación y reorganización asistencial del sistema sanitario, con el fin de abordar los principales retos que imponían el

⁹⁶ Acuerdo del Botànic 2015. GVA Oberta, Acords de Govern. <https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/165320114/Acuerdo+del+Bot%C3%A1nico.pdf/001b1b39-7e0f-4fe9-8094-a5d94e94f6e7>

⁹⁷ Acuerdo de 29 de abril de 2016, del Consell, por el que se aprueba el IV Plan de Salud de la Comunitat Valenciana 2016-2020.

https://dogv.gva.es/datos/2016/05/06/pdf/2016_3140.pdf

envejecimiento de la población y el predominio de las enfermedades crónicas.

El IV Plan de Salud se configuró en torno a cinco grandes líneas estratégicas⁹⁸, vinculadas a las cuales se definieron 33 objetivos y 291 acciones concretas, para conseguir mayores cotas de equidad y justicia social, ofreciendo prestaciones de calidad con los máximos niveles de eficiencia y efectividad. Uno de los objetivos del Plan era “*Garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario público incrementando su efectividad*” (1.3) y para su consecución se propusieron entre otras las siguientes acciones:

“1.3.2. Fomentar el autoconcierto, de forma que esta actividad extra sea asumida por los equipos de los centros sanitarios que acrediten altos rendimientos en su actividad ordinaria, así como impulsando estrategias de plan de choque interno para que los equipos de los departamentos puedan asumir listas de espera de sus departamentos vecinos.

1.3.3. Revertir progresivamente las concesiones y su integración en el sistema sanitario público, aumentando el control público de las mismas con una escrupulosa fiscalización de la actividad y del cumplimiento de los contratos, a la vez que estructurando las funciones, recursos y líneas de trabajo de los comisionados.

1.3.4. Revertir progresivamente la actividad y los equipos de resonancia magnética a la red sanitaria pública, revisando el marco contractual para garantizar su estricto cumplimiento y garantizando que la reversión plena del servicio a la red pública se realiza en las condiciones adecuadas.

1.3.5. Aumentar el grado de internalización del resto de actividades concertadas para realizarlas con recursos propios, mejorando en cualquier caso la gestión de la actividad concertada y la tramitación de

⁹⁸ Línea 1: Innovación, reorientación y reorganización del sistema sanitario, para asegurar la máxima calidad y la mejor valoración percibida por los y las pacientes; Línea 2: Orientación hacia la cronicidad y hacia los resultados en salud para incrementar la esperanza de vida en buena salud; Línea 3: Fortalecer la equidad y la igualdad de género, reducir las desigualdades en salud y fomentar la participación; Línea 4: Cuidar la salud en todas las etapas de la vida; Línea 5: Promover la salud en todos los entornos de la vida.

expedientes de contratación e incluyendo controles rigurosos de todos los servicios externalizados.”⁹⁹

El Acuerdo del Botánico se renovó en **enero de 2017**, tras dos años de gobierno, reformulando y renovando los objetivos, entre los que se cita expresamente la *“Recuperación de los servicios públicos privatizados y concesiones administrativas. Poner en marcha auditorías. Promover la derogación de la Ley 15/97”* (nº 92), y en su Anexo, titulado “Medidas de competencia o coordinación estatal” se vuelve a reproducir el anterior objetivo.¹⁰⁰

Los resultados de las elecciones autonómicas de mayo de 2019¹⁰¹ revalidan el gobierno, esta vez incluyendo en el reparto de competencias a la coalición electoral Unides Podem, formada por Podemos e Izquierda Unida del País Valencià. **El II Acuerdo del Botánico, firmado en 2019** vuelve sobre el tema con dos menciones expresas. Por una parte, en el Eje 3 [titulado: “Servicios Públicos para continuar rescatando y cuidando a las personas] el Objetivo 22 señala:

“Continuaremos trabajando por la recuperación de los servicios públicos privatizados, una vez finalizada la concesión con una política común que garantice una mejor prestación, más equitativa, eficiente y de calidad y que no suponga un perjuicio económico para la Generalitat”.

Por otra parte, en el Eje 4 [titulado “Ocupación, modelo productivo e Innovación”] el Objetivo 30 señala:

⁹⁹ IV Plan de Salud de la Comunidad Valenciana. 2016-2020. GVA Sanidad. <http://www.sp.san.gva.es/sscc/opciones4.jsp?CodPunto=4022&Opcion=SANMSPLAN4PLANSALUD&MenuSup=SANMS501&Seccion=SANPSPLAN4SALUD&Nivel=2>

¹⁰⁰ Acuerdo del Botánico. Documento de la renovación del acuerdo, 11 de enero de 2017. GVA Oberta. Acuerdos de Gobierno.

<https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/165320114/Acuerdo+del+Bot%C3%A1nico.+Documento+de+la+renovaci%C3%B3n+del+acuerdo.+Enero+2017.pdf/2a8c1b7c-c547-4a22-a5b3-8bd851ebb717>

¹⁰¹ Archivo Histórico Electoral. GVA Argos.

http://www.argos.gva.es/ahe/pls/argos_elec/DMEDB_elecComunidades.informeElec?aNComuId=17&aVLengua=c

*“Ante la finalización de la concesión en la próxima legislatura, trabajaremos para devolver a la gestión pública directa el servicio de las Inspecciones de Vehículos (ITV), con la total prioridad de salvaguardar la seguridad viaria en las carreteras valencianas, la mejora en la calidad del servicio, la rebaja de las tarifas para las personas usuarias y una gestión transparente y eficiente”.*¹⁰²

A resultas de esta nueva orientación, se pusieron en marcha diversos procesos de reversión como consecuencia de la finalización de los contratos de externalización de servicios públicos,

El seguimiento del cumplimiento de estos acuerdos se ha realizado desde enero de 2016 en los llamados Seminarios de Gobierno, cuyo objetivo ha sido analizar la gestión del Consell de forma semestral y marcar objetivos para el siguiente período.

En cada uno de estos seminarios, se han analizado los objetivos de reversión previstos y se ha hecho seguimiento y valoración de los procesos de reversión de los servicios públicos.

Así mismo, en el mes de marzo de 2023 se puso en marcha la web de Rendición de Cuentas de la Generalitat Valenciana, donde, por primera vez, se publican en una página web los resultados de todas las actuaciones realizadas por el Gobierno de la Generalitat, en todos los departamentos del Consell, (la Presidencia y las 11 consellerías)¹⁰³.

A través de esta web se puede seguir el cumplimiento de los compromisos asumidos en los programas electorales, los acuerdos adoptados por el Gobierno del Botánico, y los procesos de reversión llevados a cabo durante la X legislatura, y que son objeto de análisis en el capítulo 5 de este Informe.

¹⁰² Acuerdo del Botánico II. GVA Oberta. Acuerdos de Gobierno.

https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/165320114/Acord_Botanic_2_VAL.pdf/ef454922-c443-4fcd-9368-6cb139a4a209

¹⁰³ Rendición de Cuentas. GVA <https://rendiciocomptes.gva.es/es/inici>

4.2. Posibilidades jurídicas para la reversión de los servicios públicos, y efectos de la reversión.

4.2.1. Posibilidades jurídicas para la reversión de los servicios públicos externalizados.

En las anteriores páginas hemos visto cómo la Administración es libre para determinar si un servicio público de su titularidad o competencia va a ser gestionado directamente por ella (o a través de alguna entidad del sector público instrumental), o indirectamente, acordando o contratando su prestación con otra entidad o empresa.

Hemos visto también cuales son los instrumentos jurídicos más utilizados por la Administración para externalizar la gestión de los servicios públicos: contratos de concesión y servicios ex art. 312 (o contratos mixtos), y el concierto o acción concertada.

Los anteriores modelos de contratos se encuentran regulados principalmente en la legislación sobre contratos públicos, y en particular en la vigente Ley de Contratos del Sector Público 9/2017.

131

Ello, no obstante, hemos revisado la legislación anterior, aplicable a los contratos de externalización que han sido revertidos en los últimos años. La Ley 30/2007 de contratos del sector público y el texto refundido posterior de dicha ley, aprobado en 2011 contemplaban la posibilidad de que los servicios públicos se prestasen mediante el “Contrato de Gestión de Servicios Públicos”, actualmente desaparecido, y que comprendía cuatro modalidades: concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta. Todos estos contratos tenían en común, por una parte, su orientación a la prestación de servicios públicos, y por otra que, a su finalización, si no se optaba por la prórroga o por una nueva licitación, el servicio público revertía a la Administración pública. En estos casos, el contratista debía entregar las obras e instalaciones a que estuviera obligado con arreglo al contrato, en estado de conservación y funcionamiento adecuados (art. 283). Lo que no era común a todos estos contratos era, que el riesgo operacional lo asumiera la misma parte; en unos casos el riesgo lo asumía la contratista y en otras la contratante, como recuerda la exposición de motivos de la LCSP.

La vigente LCSP contempla dos modalidades de contratos adecuados para la prestación de servicios públicos: el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios con prestación directa a favor del ciudadano, regulado en el art. 312 LCSP. Y en ambos casos se prevé, como vimos, la **reversión** del servicio público a la Administración con ocasión de su extinción, salvo que se opte por otras soluciones, como vimos.

El **art. 291 LCSP** bajo el título de Reversión, señala que “Finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Administración”.

La reversión permite a la Administración prestar directamente el servicio público. Pero ello no sólo tiene lugar como consecuencia de la finalización del plazo o cumplimiento natural del contrato, como dice el art. 291.

La reversión será posible en todo supuesto en que se extinga el contrato, sea por finalización de su vigencia o por resolución del contrato, al concurrir alguna de las causas previstas en la ley o en el contrato.

La resolución puede tener lugar entre otras causas, además de por fallecimiento del contratista; extinción de su personalidad jurídica; concurso o declaración de insolvencia; por mutuo acuerdo; por incumplimiento del contrato por cualquiera de las partes; por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados; por impago durante la ejecución del contrato, de los salarios que correspondan a los trabajadores o por incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor (art. 211).

Además, los contratos para la prestación de servicios públicos, sean de concesión o de servicios, pueden también resolverse por desistimiento del contratista; por secuestro o intervención del contrato; por rescate, o por supresión del servicio por razones de interés público. Este último supuesto supone la extinción del servicio por lo que una vez declarada su supresión no puede seguir prestándose ni directa ni indirectamente. Podrá tal vez seguir desarrollándose dicha actividad o servicio, pero ya no como servicio público.

- a) El **secuestro o intervención** se contemplan en la regulación de los contratos de concesión y de servicios (ex art. 312), como mecanismos a disposición del órgano de contratación, para, en determinados casos, asumir la explotación directa del servicio (arts. 263, 279; 293, 294 y

312). Esta medida podrá tener lugar cuando el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación del servicio por causas ajenas al mismo, o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación. Durante ese periodo, que no puede exceder de tres años, la explotación del servicio se realizará por la Administración, pero por cuenta y riesgo del contratista, a quien se le entregará el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores, y deducir, en su caso la cuantía de las penalidades impuestas. El órgano de contratación acordará de oficio o a petición del contratista, el cese del secuestro o intervención cuando resultara acreditada la desaparición de las causas que lo hubieran motivado y el concesionario justificase estar en condiciones de proseguir la normal explotación de la obra. Transcurrido el plazo fijado para el secuestro o intervención sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, el órgano de contratación resolverá el contrato de concesión. Se trata por tanto de una situación excepcional que posibilita el acceso directo a la gestión del servicio por la Administración, pero con carácter temporal y por cuenta del contratista.

- b) El **rescate** del servicio para su gestión directa por parte de la Administración podrá adoptarse por razones de interés público. Con el rescate se da por terminada la concesión, con independencia de la buena gestión de su titular. No obstante, el rescate del contrato requerirá, como vimos en el capítulo 3.2.3.C, la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la contratada (arts. 279, 294 y 312).

También es posible la prestación de servicios públicos a través de acuerdos de acción concertada o conciertos. Hemos analizado la acción concertada para la prestación de servicios sociales y servicios en el ámbito sanitario, así como, los conciertos educativos.

Los conciertos tienen una duración máxima fijada en la ley que varía entre cuatro y seis años, sin perjuicio de sus posibles prórrogas. El concierto

también se extingue cuando concurre alguna de las causas previstas en la legislación (acuerdo mutuo, incumplimiento grave de las obligaciones; revocación de la acreditación; extinción de la persona jurídica; cese voluntario de la entidad concertada; inviabilidad económica, etc.).

Una vez extinguido el acuerdo de acción concertada, y como debe garantizarse la continuidad de la prestación del servicio público, se puede prorrogar el acuerdo, prestarse directamente por la Administración, ofrecerse una nueva acción concertada o licitarse un contrato público de concesión o servicios ex 312.

4.2.2. Efectos de la reversión de los servicios públicos.

La reversión, como consecuencia de la extinción del contrato de prestación de servicios, está expresamente prevista en la LCSP, en el art. 291 y parcialmente, en el art. 312. Según establece el art. 291:

“1. Finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

2. Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas.

3. Los bienes afectos a la concesión que vayan a revertir a la Administración en virtud de lo establecido en el presente artículo, no podrán ser objeto de embargo.

De la lectura del anterior precepto podemos extraer varios efectos que se derivan de la reversión, pero no parecen suficientes, como veremos a continuación. Son efectos que se derivan de la reversión de un servicio público:

1º Se produce un traspaso de la competencia de gestión del servicio público, de la contratista a la administración, de manera que el servicio pasa a gestionarse directamente por ésta.

2º El contratista debe entregar “las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato”. La entrega se limita en este caso a las obras e instalaciones a que esté obligado conforme a contrato, el contratista; de lo que se deduce que puede darse el caso de que no necesariamente tengan que entregarse estos bienes.

La gestión del servicio público, como vimos, puede prestarse por el contratista con sus propios medios (materiales y personales), con medios puestos a su disposición por la Administración, o por medios que, conforme al contrato, haya creado y organizado el contratista para la prestación del servicio. Tanto en el contrato de concesión como en el de servicios, hemos visto que es posible asumir junto con la prestación del servicio, el encargo de realizar obras y de equipar las instalaciones para poder desarrollar el servicio. Por tanto, sobre la entrega de las obras e instalaciones habrá que estar a lo pactado, como dice el art. 291.

Como criterio interpretativo, a la hora de valorar el alcance de los bienes a entregar habrá que tener en cuenta, que el fin último perseguido con la reversión es la continuación de la prestación del servicio en condiciones adecuadas.

135

3º Las obras e instalaciones deberán entregarse en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. En el caso de que deba, conforme al contrato, hacerse entrega de estos bienes, deberá hacerse en condiciones idóneas para el mantenimiento del servicio.

La idea de funcionamiento adecuado conlleva traspasar no sólo los citados elementos estructurales sino también lo que hace que sea posible su funcionamiento, esto es, todos los elementos que organizadamente hacen posible el desarrollo de una actividad en dichas instalaciones: principalmente la actividad de prestación del servicio público. En definitiva, si el servicio revierte del contratista al contratante, puede que la organización mediante la cual se ha prestado el servicio se tenga que traspasar también o no, pero si debe traspasarse, tendrá que comprender los elementos necesarios, para poder seguir desarrollando la prestación en condiciones adecuadas¹⁰⁴. No

¹⁰⁴ La reversión implica necesariamente la transmisión de la actividad, y puede que también exija la transmisión de la organización. Sobre la distinción entre empresa-organización y empresa-actividad, véase María del Carmen Salcedo (2007)

será suficiente con entregar obras e instalaciones sino todos los demás elementos que sean necesarios para poder continuar prestando el servicio (obras, instalaciones, bienes, derechos, contratos, usuarios de los servicios, empleados, etc).

4º Como medida de garantía, y con el fin de hacer posible la entrega de los bienes acordados, la ley prohíbe que puedan embargarse “los bienes afectos a la concesión”. Se trataría por tanto de bienes absolutamente inembargables conforme al art. 605.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5º La entrega de los diversos elementos que integran la organización mediante la cual el contratista ha prestado el servicio, y que ahora, pasan a disponibilidad de la Administración para que pueda continuar con su prestación, deberá seguir las normas propias de la transmisión de empresa, y entre ellas deberá tenerse en cuenta las que regulan la transmisión de cada uno de sus elementos: transmisión de bienes (muebles e inmuebles), de derechos (de propiedad, de crédito, ...), de obligaciones, de contratos (de suministros, ...), de clientes (en este caso: personas usuarias del servicio), y personas trabajadoras.

6º Como hemos visto, los arts. 291 y 312 LCSP sólo hacen referencia al deber del contratista de “*entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato, y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados*”, de forma que se pueda continuar la prestación del servicio, lo que puede exigir transmitir también la organización necesaria, y con ello, el personal (contratos de trabajo). Además, habrá que tener presente el art. 130 LCSP según el cual, en el caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, “*vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general*”.

La subrogación del personal que venía trabajando en la contrata no es por tanto un efecto que se derive necesariamente de la reversión, salvo que así se haya previsto, o estemos ante un supuesto de sucesión de empresa.

La **sucesión de empresa** supone el traspaso de una entidad económica, entendida como “conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una

actividad económica”, que mantenga su identidad tras el traspaso, permitiendo continuar la actividad. Dentro de ese conjunto organizado podremos encontrar, bienes, derechos y relaciones contractuales, como las relaciones de trabajo. La Directiva 2001/23/CE tiene por objeto precisamente, proteger los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, y sus normas han sido incorporadas al Estatuto de los Trabajadores, aprobado por R.D. Legislativo 2/2015 (TRET); concretamente a su art. 44, titulado “La sucesión de empresa”. Según este precepto, en su párrafo primero: *“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*.

Esta subrogación se ha cuestionado cuando nos encontramos ante un supuesto de reversión, por lo que entraña de asunción de la gestión directa del servicio público por parte de la Administración. Se ha cuestionado que la Directiva sea de aplicación a la Administración Pública; que la reversión sea un supuesto de transmisión de empresa¹⁰⁵, o que los trabajadores de las contrataciones puedan ingresar como empleados en la Administración pública, incumpliendo las exigencias constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad. Sobre todo, para evitar este último efecto, se han dictado normas que no siempre han prosperado y que, en todo caso, no tienen un carácter general¹⁰⁶; pero también es cierto que, si concurren en el caso los

¹⁰⁵ La Directiva es de aplicación, según su art 1. 1, c) “a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica... en un mercado determinado”, pero, ¿es la Administración pública una empresa?, ¿presta servicios en un mercado cuando provee servicios públicos a los ciudadanos?, ¿son susceptibles de explotación económica los servicios públicos? Sobre el particular véase entre otros Eva María Menéndez (2018). Sin embargo, como veremos más adelante, la jurisprudencia coincide en aplicar la Directiva 2001/23 en los supuestos de reversión, sea en favor de una empresa pública o de la propia Administración Pública.

¹⁰⁶ Entre otras, las vistas en el capítulo 3.3: Orden HAP/1816/2013 sobre medidas de reestructuración y racionalización del sector público; la Ley Presupuestos Generales de 2017 (Disposiciones adicionales 26ª y 34ª anuladas más tarde por STC 122/2018), o los

presupuestos de la sucesión de empresa, la jurisprudencia no ha dudado en aplicar el art. 44 TRET¹⁰⁷. Esta situación ha generado incertidumbre e inseguridad jurídica a falta de una regulación específica del estatuto del personal laboral que, sin haber superado el proceso de selección exigido por la normativa de función pública, trabaja en la Administración. Para ofrecer un marco de estabilidad se han propuesto diversas alternativas, como la figura del “*personal laboral indefinido no fijo*” que tiene la consideración de empleado público (art. 8 TREBEP) o el “*personal laboral a extinguir*”, que no tiene dicha consideración, aunque sí es empleado del sector público, como veremos en el capítulo 5, al analizar, en las diversas experiencias de reversión, la problemática planteada en materia de personal, y como se ha resuelto en cada caso.

arts. 308 y 312 en materia de contratos de servicios y sus prevenciones para evitar la confusión de las plantillas.

¹⁰⁷ Los presupuestos para la existencia de la sucesión de empresa son: que se transmita una entidad económica y que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica. Para determinar si se mantiene su identidad debe tomarse en consideración, según el TJUE (sentencias EU:C:2003:629; EU:C:2011:24 y EU:C:2015:781) todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación: tipo de empresa, transmisión o no de elementos materiales; valor de los bienes inmateriales en el momento de la transmisión; el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela, grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y duración de una eventual suspensión de dichas actividades; siendo estos elementos tan sólo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse. En la **STJUE de 20 de enero de 2011** (caso CLECE), se trataba de la reversión del servicio de limpieza a su prestación directa por un ayuntamiento. El Tribunal consideró que la actividad de limpieza descansaba esencialmente en la mano de obra, por lo que no podía mantenerse la identidad si el supuesto cesionario (ayuntamiento) no se hacía cargo de la mayor parte de la plantilla, en lugar de contratar nuevo personal para realizar la limpieza (ECLI:EU:C:2011:24). En la **STJCE de 26 de noviembre de 2015** (Caso ADIF) en cambio, el servicio que se revierte es de manipulación de unidades de transporte intermodal, actividad que no está basada esencialmente en la mano de obra, sino que requiere de un equipamiento importante (grúas y locales, que son indispensables para llevar a cabo la actividad y que la empresa pública puso a disposición de la contratista). Según el Tribunal, el hecho de que la empresa pública no se hiciera cargo del personal que la contratista había dedicado al desarrollo de la misma actividad cedida no basta para excluir la existencia de transmisión de una entidad económica pues se mantiene su identidad, ya que la actividad se basa esencialmente en el equipamiento. (ECLI:UE:C:2015:781). Al mantenerse la identidad estamos por tanto ante un supuesto de transmisión de empresa al que es de aplicación la Directiva 2001/23.

7º Como puede verse, la reversión, cuando implica la transmisión de la organización que venía prestando el servicio, es compleja y exige tramitarse con acierto para evitar la interrupción del servicio o causar perjuicios en su prestación. Para preparar debidamente este proceso, el art. 291.2 LCSP, exige que *“Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas”*.

La Administración debe adoptar con antelación las disposiciones necesarias (normas de reversión), no sólo para transmitir los bienes sino, como venimos diciendo, todos los demás elementos que deban transmitirse, incluidas las relaciones laborales, para que la Administración acabe recibiendo una organización bien conservada y en funcionamiento, preparada para seguir prestando el servicio en condiciones adecuadas.

Para hacer posible la entrega del servicio y la organización que entraña, es fundamental disponer con antelación de la información necesaria para preparar la transmisión, y de la colaboración de buena fe del contratista transmitente.

En los casos en que el servicio público se haya externalizado mediante **acuerdos de acción concertada**, una vez extinguido el acuerdo, el servicio revierte a la Administración, que seguirá prestando el servicio directamente, si no opta por otras soluciones como vimos.

Pero en estos casos, aunque revierta el servicio, no se produce transmisión a la Administración de la organización que hasta el momento prestaba el servicio. Téngase en cuenta que una de las exigencias para acceder al concierto es que la entidad tenga autorización para poder desarrollar la actividad en cuestión y tenga los medios materiales y personales suficientes para ello. La entidad concertada una vez extinguido el contrato, al ser la titular de la organización (o centro), si conserva la autorización, podrá seguir desarrollando su actividad docente, social o sanitaria, pero ya no como servicio público, sino como centro privado.

4.3. Límites y condicionantes a la reversión de los servicios públicos.

Hemos visto hasta el momento como, la Administración puede optar por prestar los servicios públicos de forma directa o indirecta, y si opta por esta última, una vez extinguido el contrato o acuerdo, el servicio público revierte a la Administración, quien podrá prestarlo directamente. Hemos visto también que la reversión puede implicar el traspaso meramente de la actividad o junto con ésta, la transmisión de la organización a través de la cual se presta el servicio.

Nos planteamos ahora qué límites existen a la reversión de los servicios públicos en el ámbito jurídico. En principio hemos detectado los siguientes límites o condicionantes:

a) En caso de **rescate del servicio**. Como vimos, el rescate es una medida extraordinaria que permite a la Administración recuperar el servicio para su gestión directa por razones de interés público, “*no obstante la buena gestión de su titular*”; pero el rescate del contrato (concesión y servicios ex 312) “*requerirá la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional*” (arts. 279, 294 y 312).

El rescate es una medida extraordinaria porque implica entre otras cosas que se recupera el servicio durante la vigencia del contrato de externalización. Ello conlleva que, de utilizarse¹⁰⁸, se tenga que justificar por razones de “interés público”¹⁰⁹ y se deba indemnizar al contratista.

¹⁰⁸ La sentencia del TSJ de Cataluña (sala de lo contencioso) n.º 875/2019, de 28 de octubre de 2019, dice que no existe precepto alguno por el que la Administración “*venga obligada a proceder al rescate de una concesión, sino que en el ámbito de sus competencias podrá valorar si utiliza un mecanismo que le permite por razones de utilidad pública limitar derechos de los particulares*”. El rescate es por tanto una facultad discrecional de la Administración.

¹⁰⁹ La sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 15 de diciembre de 2016 reconocía el rescate de la concesión como medida apropiada, en aras de la preservación del interés público, al abrirse la fase de liquidación concursal del concesionario, con el fin de recuperar el contrato administrativo.

Además, no será suficiente con la existencia de un interés público prevalente, se requiere que se acredite que la gestión directa “*es más eficaz y eficiente que la concesional*”.

Este requerimiento, no se contemplaba en la regulación anterior del rescate (arts. 269 y 286 TRLCSP 2011). En opinión de Fernández Valverde (2017, p. 72), la acreditación de tales requisitos se presenta como esencial en el marco de la actual economía sostenible; sin embargo, como vimos en el capítulo 3.2.3.C, otros autores conciben el nuevo requisito más bien, como una clara manifestación de la preferencia del legislador del momento, por la gestión indirecta de los servicios.

b) Conciertos educativos

Como vimos al analizar los conciertos, a su extinción, por cumplimiento de su vigencia o por concurrencia de alguna de las otras causas previstas en

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3, de Palma de Mallorca, de 13 de marzo de 2017 (ECLI:ES:JCA:2020:146), conoce del rescate por acuerdo del Consell Insular de 2 de agosto de 2017, del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación, como carretera de peaje de la variante de la C-711 del túnel que cruza la Sierra de Alfàbia. La sentencia destaca que, “*el rescate es una forma excepcional de conclusión del contrato administrativo a modo de resolución unilateral de la Administración o potestad expropiatoria de una concesión de servicio público, ello precisa de la concurrencia de un interés público, que ha de concurrir de forma sobrevenida (STS de 5.4.1999, recurso 7541/1994, 25.9.1987). Por consiguiente, por muy política y discrecional que sea dicha potestad de rescate tropieza con el infranqueable límite de la concurrencia de un concepto jurídico indeterminado que necesariamente ha de concurrir de forma clara y meridiana: el interés público. Este concepto debe ser puesto en relación con el de adecuación a fin a que refiere el art. 34.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del PAC, de aplicación y los principios de Buena Administración a que se refiere la Legislación de contratos del Estado (art.3)*”. Esos principios de Buena Administración, según se extrae del art.34.2 de la Ley 39/2015, exigen que dicho interés público sea real (ha de existir); determinado (ha de estar contrastado en el expediente); lícito (ha de ser conforme a la legislación) y ha de ser eficaz (ha de representar una utilidad para la colectividad). En el caso enjuiciado se considera que no se ha justificado un concreto, real y acreditado interés público concurrente en el acuerdo de rescate, lo que determina que deba ser anulado, conforme al art. 35.1 i de la Ley 39/2015, en relación con el art. 9.3 C.E, por falta de motivación de los acuerdos impugnados de rescate, además de incurrir en arbitrariedad. La sentencia fue recurrida por la Administración y posteriormente ratificada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (ECLI:ES:TSJBAL:2021:116). Esta ha sido de nuevo recurrida ante el Tribunal Supremo quien, por Auto de 3 de marzo de 2023 admitió a trámite el recurso, estando a la espera en estos momentos de su resolución.

la legislación, la Administración puede asumir la gestión directa del servicio, si no opta por otras soluciones, que aseguren la continuidad del servicio.

Sin embargo, la regulación de los conciertos educativos contiene una norma extraordinaria por la que se limita la posibilidad de que la Administración recupere la prestación del servicio a la conclusión del concierto. El Real Decreto 2377/1985, como vimos en el capítulo 2.4.3, establece en sus art. 42 y 43 que:

i) Los centros privados que deseen renovar un concierto educativo lo solicitarán de la Administración durante el mes de enero del año correspondiente a su finalización, y acompañarán la solicitud de la documentación que acredite que siguen cumpliendo los requisitos que determinaron la aprobación del concierto.

ii) Los conciertos “*se renovarán siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no se haya incurrido en las causas de no renovación previstas en el artículo 62.3 de la ley orgánica reguladora del Derecho a la Educación y existan consignaciones presupuestarias disponibles*”; por tanto, “*La Administración, una vez examinada la documentación presentada, procederá a renovar por otros cuatro años el concierto o a denegar la solicitud de renovación*”.

142

Como puede verse, la Ley blinda el derecho del centro a renovar indefinidamente el concierto, mientras no le retiren la acreditación y exista consignación presupuestaria. Medidas como ésta y el incremento de la inversión en la educación privada en detrimento de la pública hacen que ésta esté por debajo de la media europea¹¹⁰.

c) Aplicación del principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

La Administración, a la hora de plantearse la reversión de un servicio público, deberá tener en cuenta la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y valorar las

¹¹⁰ Según datos facilitados por Teresa Galeote (2020), la media de la Educación Pública en Europa es del 81% mientras que en España es del 62%. Y en el caso de la Comunidad de Madrid es minoritaria (49%).

repercusiones y efectos que tendrá la decisión desde el punto de vista, sobre todo, de la eficiente asignación y utilización de los recursos públicos.

La LO 2/2012 responde a la reforma del art. 135 de la Constitución, en septiembre de 2011, que introdujo una regla fiscal para limitar el déficit público de carácter estructural y limitar la deuda pública. La Ley 2/2012 tiene por objeto el establecimiento de los principios rectores, que vinculan a todos los poderes públicos y a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público orientada a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera (art. 1).

Esos principios se desarrollan en el capítulo II y son los de estabilidad presupuestaria (art. 3); sostenibilidad financiera (art. 4); plurianualidad (art.5); transparencia (art. 6); eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (art. 7); principio de responsabilidad (art. 8) y de lealtad institucional (art. 9).

El principio 7º de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, que es el que nos interesa en particular, se recoge en el art. 7 de la LO 2/2012, y establece:

143

1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.

3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

El art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012, en su apartado 3º obliga a la Administración y entidades del sector público en general, a valorar con antelación a la toma de decisiones, aprobación de acuerdos, contratos, etc., que afecten o puedan afectar a los gastos o ingresos públicos, sus repercusiones y efectos, de manera que se respeten las exigencias que imponen los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera¹¹¹.

Se entiende por estabilidad presupuestaria, la situación de equilibrio o superávit estructural de las Administraciones Públicas; así como, la situación de equilibrio financiero¹¹², en el caso de las entidades públicas del sector institucional (art. 3 LO 2/2012).

Se entiende por sostenibilidad financiera, la capacidad de la entidad para financiar compromisos de gastos presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad, conforme a lo establecido en esta ley y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad. Se entiende que existe sostenibilidad cuando el periodo medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en esta última normativa (60 días).

¹¹¹ Destaca la representante de la Confederación Empresarial Valenciana en la Comisión de Estudio y Debate que, dar cumplimiento a las exigencias del art. 7.3 es uno de los aspectos más importantes en todo proceso de reversión porque tiene un doble impacto: a) en cuanto al procedimiento a tramitar, porque exige una valoración que se contenga en un dictamen, memoria unida al expediente o incorporándose a la propia motivación del acto, debe ser previa a la toma de la decisión de no prorrogar el contrato, y de no existir valoración o ésta no fuera previa, en su opinión “*el acto administrativo adoptado debería considerarse nulo por no haber seguido el procedimiento legalmente establecido*”; y b) en cuanto al fondo de la decisión a adoptar. A este respecto señala que “*la valoración a llevar a cabo pasa por realizar un estudio económico riguroso sobre: 1) la incidencia que la decisión de revertir un servicio público tiene sobre los ingresos y gastos públicos; 2) la razonabilidad económica de la decisión que se propone; 3) y su repercusión en las exigencias derivadas de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, lo que exige comprobar que la decisión a adoptar no va a suponer una modificación de la situación de equilibrio o superávit estructural, y que se mantiene la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial*”.

¹¹² Sobre el ámbito y principio de prudencia financiera aplicable a las Comunidades Autónomas, véase la Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera.

Con similar orientación, el art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público establece que, las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho; y deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: “j) *Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos*”.

5. LA EXPERIENCIA DE LA GENERALITAT VALENCIANA EN LA REVERSIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EXTERNALIZADOS DURANTE EL PERIODO 2015-2023.

En este apartado vamos a dar cuenta de la experiencia de la Generalitat Valenciana en materia de reversión de los servicios públicos externalizados, durante el periodo 2015-2023.

Las experiencias que vamos a desarrollar son las de los Departamentos de Salud de La Ribera, Torrevieja, Marina Alta y L`Horta-Manises (5.1); las Resonancias Magnéticas (5.2); el Servicio de Farmacia de Centros Socio-sanitarios de Titularidad Pública (5.3); el Centro Específico para Personas con Enfermedad Mental Crónica (CEEM) de Albocàsser (5.4); el Servicio de Inspección Técnica de Vehículos (5.5), y el Albergue del IVAJ de Biar (5.6).

Durante este periodo se han planteado otros procesos de reversión que no han sido llevados a cabo, en algunos casos porque no se ha visto conveniente (Servicio de Ambulancias) y en otros porque los contratos de externalización siguen vigentes, aunque se ha hecho pública la voluntad de la Administración de proceder a su reversión llegado el momento (Departamento Salud Elx-Crevillent, Servicio de Hemodiálisis o Centros y servicios del sistema público valenciano de servicios sociales).

146

5. 1. Los Departamentos de Salud de La Ribera, Torrevieja, Denia y Manises.

Los primeros casos de reversión que vamos a analizar están relacionados con el sector de la salud, y es que a partir de 1997 la Generalitat Valenciana comenzó a externalizar la gestión del servicio público de salud de diversas áreas o departamentos, al concurso de empresas privadas.

Como vimos, la Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, introdujo junto a los conciertos, las subvenciones y la constitución de entidades públicas, la posibilidad de que

la prestación y gestión de servicios sanitarios y sociosanitarios se llevase a cabo mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad (art. único, 2).

Estas nuevas formas de gestión tuvieron reflejo en la Ley 10/2014 de Salud de la Comunidad Valenciana, en particular en su art. 7.3, que viene a reproducir todas las anteriores formas. Sin embargo, este precepto fue modificado más tarde (Ley 8/2018) con el fin de, respetando las fórmulas de gestión de la legislación básica estatal, priorizar la gestión directa de carácter público de los centros y servicios sanitarios.

El proceso de reversión de los Departamentos de Salud¹¹³ de la Generalitat Valenciana se presentó en la sesión del 30 de mayo de 2022 del Grupo de Trabajo de la Comisión de Estudio y Debate sobre la Reversión de los servicios Públicos externalizados.

La directora general de Recursos Humanos de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, junto con la subdirectora general de Administración de personal y salud laboral, y el jefe del Servicio de régimen jurídico de personal, expusieron las diversas experiencias de reversión llevadas a cabo por dicha Conselleria durante el periodo que es objeto de estudio en este Informe. En este apartado vamos a ver las experiencias de los Departamentos de Salud de La Ribera, Torrevejeja, Denia y Manises, y a continuación veremos el caso de las resonancias magnéticas (5.2) y del Servicio de Farmacia de los Centros socio sanitarios (5.3).

El proceso de reversión se inicia en 2017 ante la inminente finalización del contrato de gestión de los servicios sanitarios especializados del Área de Salud de Alzira, el 31 de marzo de 2018. La reversión del Departamento de Salud de la Ribera se hace sobre el contrato de concesión

¹¹³ Para entender la externalización de los **departamentos** o **áreas de salud** es preciso aclarar qué comprende exactamente este concepto. Según el artículo 13 de la Ley 10/2014, de Salud de la Comunitat Valenciana, el Sistema Valenciano de Salud se ordena en departamentos de salud, siendo éstos las demarcaciones geográficas en las que queda dividido el territorio de la Comunitat Valenciana a los efectos sanitarios y que equivalen a las áreas de salud previstas en la legislación básica estatal. Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana. <https://www.boe.es/eli/es-vc/1/2014/12/29/10/con>

de 2003. El servicio estaba externalizado desde 1997, pero la Conselleria de Sanidad no entró a explicar estos antecedentes en el grupo de Trabajo, porque técnicamente no afectaban al proceso de reversión. No obstante, hemos considerado de interés, a los efectos de este Informe, conocer esos antecedentes para entender mejor el proceso y poder sacar conclusiones para un futuro.

Todos los procesos de externalización del servicio público de salud han contado con similares objetivos y marco regulatorio (contrato, pliego de condiciones), propuestos por la Administración pública. Pero también, desde la parte de los concesionarios, hay que destacar que, aun siendo diferentes empresas, en todas ha tenido una presencia significativa la entidad Ribera Salud, SA; la composición de las comisiones mixtas de seguimiento han sido similares; las modificaciones contractuales llevadas a cabo se han generalizado a todas las concesiones e incluso, las reclamaciones de las concesionarias ante los tribunales se han basado en las mismas causas y han contado incluso, en muchos casos, con la misma representación procesal y dirección jurídica.

La situación descrita aconsejaba comenzar analizando los elementos comunes a todos los contratos, con el fin de destacar a posteriori las particularidades de cada uno.

A continuación, veremos los principales aspectos que han caracterizado el devenir de esos procesos y que han sido por lo general, comunes. Desde los problemas que dificultaban la aprobación de las liquidaciones anuales; la modificación de las cláusulas contractuales o cambios en su interpretación; la actuación de las comisiones mixtas de seguimiento de los contratos o las reclamaciones económicas derivadas de las diversas alteraciones que las concesionarias tuvieron que soportar.

Llegada la fecha de vencimiento del contrato, cabía prorrogarlo, pero, la Administración optó por no prorrogarlo dando pie a la reversión, como estaba previsto en la legislación y en los contratos. En los casos en que esta reversión se ha iniciado, veremos qué pasos se han dado y que problemática

se ha suscitado hasta el momento, dedicando especial atención a lo relacionado con la situación de los trabajadores de la concesionaria.

Concluiremos el capítulo con una breve síntesis de la valoración que la experiencia de externalización ha suscitado en informes emitidos por la Intervención General de la Generalitat y la Sindicatura de Cuentas.

5.1.1. Antecedentes: El primer contrato de externalización con Ribera Salud, de 19 de junio de 1997

El primer contrato de externalización se celebró el 19 de junio de 1997 entre la Consellería de Sanidad y “Ribera Salud, Unión Temporal de Empresas. Ley 18/82”.

El 4 de marzo de 1997 se había publicado en el BOE la resolución de la Consellería de Sanidad y Consumo por la que se hacía público el concurso para la gestión de la atención sanitaria especializada del Área 10 del Servicio Valenciano de Salud (Departamento de La Ribera). En la resolución figuraba como lugar de ejecución Alzira; plazo de ejecución: Obra y equipamiento, dieciocho meses y, gestión del servicio, diez años. La ejecución del contrato comprendía también, la ejecución de obras.¹¹⁴

149

Por Resolución del Conseller de Sanidad de 12 de mayo de 1997 se adjudicó el contrato a Ribera Salud UTE y se publicó en el diario oficial¹¹⁵

El objeto del contrato era: *“la gestión indirecta por concesión administrativa, de la prestación de los servicios de atención sanitaria especializada, tanto hospitalaria como ambulatoria, de acuerdo con el catálogo básico de servicios establecidos por la legislación vigente, para la*

¹¹⁴ BOE el 4 de marzo de 1997 *Resolución de la Consejería de Sanidad y Consumo por la que se hace público el concurso para la gestión de la atención sanitaria especializada del Área 10 del Servicio valenciano de Salud.*

<https://www.boe.es/boe/dias/1997/03/04/pdfs/B04150-04150.pdf>

¹¹⁵ DOGV 12 de junio de 1997 y BOE el 2 de julio de 1997.

https://dogv.gva.es/datos/1997/06/12/pdf/1997_8202.pdf

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-1997-10290

población del Área de Salud nº 10 y que estén incluidas en el régimen de cobertura de la Sanidad Pública. El Gestor ha de construir y realizar previamente, a sus expensas, las obras e instalaciones técnicas necesarias para la prestación del Servicio”.

Como contratista adjudicatario aparece la Unión Temporal de Empresas formada por la Compañía de Seguros Adeslas, SA; Alicante Salud, SA (Ribera Salud); Dragados y Construcciones, SA; y Luis Batalla, SA.

El presupuesto base de licitación o canon de explotación es de 34.000 pesetas/año por cada persona con derecho a asistencia sanitaria.

El 9 de febrero de 1999, se inauguró el Hospital de Alzira, que ya estaba en funcionamiento desde el 1 de enero.

A. Cuestionamiento y confirmación de la legalidad del proceso de externalización.

La primera concesión del hospital de Alzira (área de salud La Ribera) fue objeto de impugnación, al cuestionarse la legalidad de la concesión administrativa como forma de gestión del servicio público sanitario.

En 1997, **CCOO** recurrió ante el **Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana** la convocatoria del concurso que suponía la externalización del servicio público. La parte recurrente se preguntaba si era legal la figura de la concesión administrativa para gestionar el servicio público sanitario y los centros sanitarios de la Seguridad Social, a la vista de que la Ley 14/1986 General de Sanidad, prevé la prestación del servicio público con sus propios medios, y directamente, a través de todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud, que integrarán el Sistema Nacional de Salud, admitiendo sólo dos excepciones: el convenio singular y el concierto sanitario.

La Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat, en su sentencia de 20 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TSJCV:2000:9921), tomando en consideración la legislación sanitaria y sobre contratación pública; llega a las siguientes conclusiones:

- Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 37/94, el art. 43 de la Constitución recoge la prestación del servicio de salud como un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, por lo que su carácter público no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada.
- No se aprecia que se haya vulnerado ninguno de los preceptos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en el régimen de elección de la empresa concesionaria.
- Tanto el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre Habilitación de nuevas Formas de Gestión del INSALUD como la posterior Ley 15/1997 de Habilitación nuevas Formas Gestión Sistema Nacional de Salud, permiten tanto la gestión directa en la prestación del servicio de salud como la gestión indirecta y, dentro de esta última, la prestación del servicio sanitario a través de una empresa privada concesionaria.
- El hecho de que el Centro de Especialidades de Alzira y Sueca, sean gestionados por la concesionaria es consecuencia del nuevo sistema de gestión indirecta del Área de Salud n.º 10 que, con las reglas establecidas en el pliego de condiciones de explotación, respeta íntegramente los derechos del personal sanitario estatutario de la Consellería de Sanidad cuyo trabajo se proyecta al Servicio Nacional de Salud y, en definitiva, a las prestaciones sanitarias de los ciudadanos.

Por todo ello, el Tribunal acaba desestimando el recurso planteado por la Confederación Sindical.

B. La resolución del contrato por mutuo acuerdo y la indemnización por lucro cesante.

Según el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 2013, la concesión presentó problemas de rentabilidad durante los años siguientes, y en 2002, se tomó la decisión de resolver el contrato, indemnizando a la concesionaria por el lucro cesante, y volviendo a sacar el contrato a concurso, tras su modificación, mejorando las condiciones económicas y ampliando la gestión sanitaria también a la atención primaria (centros de salud)¹¹⁶.

¹¹⁶ Comisión Nacional de la Competencia (2013, p. 71).

La **Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana**, en su informe de 2003 *Fiscalización de los Programas de asistencia sanitaria de la Conselleria de Sanidad* cuestiona la justificación de la indemnización por lucro cesante derivado de la resolución del contrato, y la forma de determinación del importe de dicha indemnización.

El Síndico, tras analizar la documentación declaraba que:

“En el Informe técnico de la Subsecretaría para los Recursos de Sanidad se propone que, en la resolución del contrato, que debe realizarse de mutuo acuerdo, se reconozca una indemnización compensatoria por lucro cesante que añadir a la compensación por los activos que revierten a la administración, lo que origina la siguiente liquidación:

Concepto	Importe (Euros)
Inversiones realizadas por el concesionario	73.311.995
Amortizaciones teóricas a 31 de diciembre de 2002	(29.324.798)
Inversiones netas (a)	43.987.197
Lucro cesante (73.311.995 x 6% x 6 años) (b)	26.392.318
Total a indemnizar (a)+(b)	70.379.515

152

En primer lugar, el Síndic cuestiona la cuantificación que se hace de las inversiones realizadas por el concesionario y que revierten a la Administración, en 73.311.995 euros según balance a 31 de agosto de 2002; frente a los 63.243.681 euros que constan en el acta de 27 de febrero de 2002 que da cuenta de las dimensiones, instalaciones, características y volumen total de la inversión realizada a 1 de enero de 1999. El Síndic dice al respecto que:

“Para aceptar como válida aquella cifra debería existir un inventario detallado con explicación de las variaciones entre ambas fechas, junto con un informe pericial independiente y las cuentas anuales auditadas, que justificaran adecuadamente todos los datos económicos relativos al concesionario, tal como se prevé en los documentos examinados, en particular en el antecedente de hecho séptimo apartado 8 de la «Resolución de contrato por mutuo acuerdo» de 3 de diciembre de 2002”.

En relación con la justificación de la indemnización por lucro cesante, señala:

“El artículo 114.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de contratos de las Administraciones Públicas establece que en caso de resolución de contrato por mutuo acuerdo «los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre la Administración y el contratista». En este caso, ni el contrato de fecha 19 de junio de 1997, ni el pliego de cláusulas de explotación, contemplaban el supuesto de indemnización por lucro cesante en el supuesto de resolución del contrato por mutuo acuerdo”

Por último, en cuanto a la determinación de la cuantía de la indemnización por lucro cesante, el informe técnico de la Subsecretaría para los Recursos de Sanidad proponía que aquella se realizase tomando como base la inversión total realizada y calculando un porcentaje de beneficio bruto anual, aplicable al periodo que restaba de concesión. Porcentaje que se estimó del 6% por aplicación supletoria de los criterios propios del contrato de obras (artículo 68.1.b del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado). En relación con el criterio adoptado para determinar el lucro cesante, manifestaba el Síndic que:

“En relación con este criterio, entendemos que no es procedente la aplicación supletoria de dicha disposición por referirse a contratos de obras, ya que éste es un contrato de gestión de servicio público y parece, en su caso, más adecuado atender a lo dispuesto por el artículo 170.4 de la Ley 13/1995 donde se establece, en los casos de rescate del servicio, un sistema de cálculo de la indemnización, «atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida de valor de las obras

e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta de su grado de amortización»¹¹⁷.

La aplicación de un criterio alternativo al previsto en la Ley 13/1995 para la resolución del contrato de gestión de servicios públicos, podría deberse a la ausencia de resultados positivos de explotación de los últimos años, como se apuntó en su momento¹¹⁸, lo que cuestiona la propia existencia de “lucro cesante”, esto es, la ganancia que se deja de obtener como consecuencia, en este caso, de la resolución del contrato.

C. Nueva licitación del contrato

Tras la resolución del contrato por mutuo acuerdo y la indemnización por lucro cesante, la Generalitat vuelve a licitar el contrato, modificado, sumando la atención primaria (13 centros de salud), con un pago por paciente potencial superior al del proceso anterior (379 euros por paciente y año, frente a los 204,34 euros del primer contrato), con las revalorizaciones establecidas en la concesión, que se hacen depender del IPC o del presupuesto para salud de la Generalitat¹¹⁹. Al mismo tiempo, se saca a licitación el área de salud de Torrevejeja.

154

¹¹⁷ *Cuenta anual de 2002*. Fiscalización de los programas de asistencia sanitaria de la Conselleria de Sanidad. Informe del Síndic de Comptes, diciembre de 2003. Página 56, 57 y 58

https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/9/file02CVII_SANIDAD.pdf

¹¹⁸ Según Ana Tudela, en artículo publicado en *CTXT* el 16 de abril de 2015: “*la unión de empresas adjudicataria pierde un millón de euros el primer año, 900.000 euros el siguiente, 450.000 el siguiente y 2,7 millones en el cuarto ejercicio tras la adjudicación. El Gobierno de la Generalitat paga a la adjudicataria 43,9 millones de euros por los activos pendientes de amortizar, tal y como establecen las condiciones de la adjudicación. Pero en la memoria de 2002 Adeslas reconoce que recibió 25,4 millones más como indemnización por lucro cesante que no figuran ni en las condiciones de la adjudicación, ni se incluyeron en la cantidad anunciada en su día por la Generalitat, ni tienen lógica ninguna, puesto que no puede haber suspensión de beneficio donde no hay beneficio*”.

<https://ctxt.es/es/20150416/politica/807/Sanidad-recortes-crisis-econ%C3%B3mica-privatizaci%C3%B3n-sanidad.htm>

¹¹⁹ Ana Tudela en el artículo anteriormente citado destaca que la revalorización estaba garantizada con independencia de la crisis y recortes posteriores que tuvo que sufrir la sanidad pública. También informa que en 2012 la cápita alcanzaba los 639 euros por

5.1.2. Elementos comunes y particulares de los contratos de concesión.

A. Elementos comunes a todos los contratos

Centrándonos ya en las experiencias que han sido objeto de reversión, cabe decir en primer lugar que el tipo de contrato elegido en todos los casos fue un contrato mixto de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, incluyendo la realización de obras y, (excepto en el caso de la Ribera) la redacción del proyecto técnico relativo a las mismas.

Estos contratos, aprobados entre los años 2003 y 2007, quedaron sometidos inicialmente al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio¹²⁰, y su Reglamento general, aprobado por Real Decreto 1098/2001. El contrato de gestión de servicios públicos por concesión se definía como aquél por el que “*el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en ese caso lo previsto en el apartado 3 del artículo 130 de la presente Ley*¹²¹” (art. 156 a R.D. Legislativo 2/2000).

Los contratos habían sido convocados a concurso por la Agencia Valenciana de Salud (AVS) entre los años 2003 y 2006.

paciente y año (según consta en la memoria de Ribera Salud), y la cuantía siguió subiendo en los años posteriores.

¹²⁰ La posterior Ley de Contratos del Sector Público, n.º 30 de 2007, entró en vigor el 30 de abril de 2008, a los seis meses de su publicación en el BOE.

¹²¹ El art. 130 regulaba el concepto de contrato de concesión de obras públicas, y en su apartado 3º decía: “3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 15 a 20 en cuanto a capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar de los empresarios, los que concurran, individualmente o conjuntamente con otros, a la licitación de una concesión de obra pública podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad, que será la titular de la concesión, en el plazo y con los requisitos y condiciones que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin serle de aplicación los límites establecidos en el artículo 282 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y en el artículo 185 del Código de Comercio”.

En las convocatorias publicadas en el DOGV se describía como objeto del contrato la gestión del servicio público mediante concesión de la asistencia sanitaria integral del área de salud correspondiente (o departamento de salud); en todos los casos se indicaba que el contrato comprendía la ejecución de obras. La duración del contrato comprendía un periodo para la realización de las obras y equipamiento, de 18 meses aproximadamente, y al finalizar éstas un plazo para la gestión del servicio de 15 años prorrogables por cinco más.

Convocado el concurso, en todos los casos, no hubo concurrencia, sólo se presentó una empresa, que fue la adjudicataria; lo que no deja de ser preocupante dado el sentido que tiene la licitación pública de los contratos y el riesgo que entraña la falta de competencia, como vimos en el capítulo 2.1.1:

DEPARTAMENTO	ADJUDICATARIA
La Ribera	Ribera Salud II, UTE
Torreveija	Torreveija Salud, UTE
Denia	Marina Salud, S.A.
Manises	Especializada y Primaria L'Horta Manises S.A.
Elx Crevillent	Elche Crevillent Salud, S.A.

Los **contratos de gestión de servicios públicos por concesión** se definían de naturaleza mixta al incluir la realización de obras.

El **objeto del contrato** consistía en la prestación de los servicios de atención sanitaria integral del área con indicación de los municipios comprendidos en la misma.

El **objeto contractual** comprendía con más detalle los servicios de asistencia especializada tanto hospitalaria como ambulatoria, y los servicios de atención primaria, para la población protegida de los municipios indicados, incluidos dentro del catálogo de prestaciones sanitarias facilitadas por el Sistema Nacional de Salud (SNS) recogido en el anexo I del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero sobre ordenación de prestaciones sanitarias del SNS y desarrollados por el Plan de Salud y cartera de servicios de

atención primaria de la Consellería de Sanidad. Con el tiempo se incorporó también la atención de urgencias, la atención sociosanitaria y la prestación farmacéutica dispensada en los centros sanitarios. El objeto contractual se extendía a la prestación de todos aquellos servicios asistenciales y prestaciones sanitarias, tanto en el ámbito de la asistencia especializada como de la atención primaria, que sean incluidos en el futuro como prestaciones a cargo del SNS, por normativa básica estatal posterior a la entrada en vigor del presente contrato, que modifique o sustituya el catálogo recogido en el citado RD 63/1995. Dicha inclusión deberá realizarse o formalizarse en los términos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de los contratos. Se incluían también los servicios prestados por las Unidades de Conductas Adictivas reguladas en la orden de 7 de julio de 1997, así como los servicios de los Centros de Planificación Familiar regulados en el Decreto 149/86 de 24 de noviembre; y los Servicios de Salud Mental. El concesionario no asumía, en cambio, las prestaciones ambulatorias de farmacia y oxigenoterapia, coste de prótesis y transporte sanitario. El concesionario debía construir y/o reformar un nuevo Hospital o Centro de Salud, según los casos, así como su equipamiento, y en general, redactar los proyectos técnicos y llevar a cabo la dirección de las obras.

La ejecución de la gestión del servicio público debía respetar además el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP en lo sucesivo) y los Pliegos de Prescripciones Técnicas (PPT en lo sucesivo) y Anteproyecto de Explotación, que rigió la licitación, y que el contratista conocía y aceptaba plenamente a la firma del contrato.

La **contraprestación económica** que percibiría el concesionario se determinaba, según lo previsto en el PCAP¹²², sobre una prima anual per cápita de (379 euros en 2003), que se actualizaría anualmente de acuerdo con lo previsto en el PCAP¹²³. También se preveía el coeficiente de transferencia de servicios a aplicar en el contrato, de acuerdo con lo previsto en el PCAP, fijándose en un porcentaje (0,80) de conformidad con la oferta presentada por la adjudicataria.

¹²² Cláusula 4.3 PCAP

¹²³ Cláusula 19.1 PCAP

El **plazo de concesión**, como estaba previsto en el PCAP era de 15 años, prorrogable por 5 años más por acuerdo entre las partes; indicándose también a partir de qué momento el contrato surtiría efectos, y concluyendo que una vez cumplido el plazo, el contrato quedará extinguido con los efectos establecidos en el Texto Refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹²⁴, operándose la reversión de todos los bienes y derechos afectos a la concesión, y adquiriendo la Administración concedente la plena propiedad de los mismos, libres de cargas y gravámenes, y en adecuado estado de conservación y funcionamiento.

En cuanto a la **construcción y equipamiento del centro de salud/hospital** se indica que, el concesionario construirá a sus expensas el centro/hospital con los equipamientos necesarios para la prestación del servicio al que será dedicado, de conformidad con lo previsto en el PCAP. El plazo de ejecución las obras y equipamiento se fija entre los 18 y los 30 meses, según incorpore también la elaboración del proyecto. Antes de transcurridos seis meses desde que hubiera finalizado las obras se levantará la correspondiente Acta de dimensionado de Inversiones que suscribirán los representantes de la Administración y el representante del concesionario.

Se regula la **cesión de inmuebles** diferenciando según se trate de bienes de la Generalitat o no. El concesionario deberá desarrollar la gestión del servicio público objeto de la concesión en los inmuebles propiedad de la Generalitat Valenciana o de otras Administraciones Públicas que se adscriban al servicio. Respecto de los bienes de titularidad de la Generalitat, el concesionario deberá abonar un canon anual a la Administración, de acuerdo con lo establecido en el PCAP. El mantenimiento y conservación de los inmuebles afectos a la actividad objeto del contrato será de cuenta del

¹²⁴ Según el Artículo 164. Reversión. 1. Cuando finalice el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. 2. Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas.

concesionario, así como los gastos de mantenimiento, conservación, equipamiento y reposición tanto de inmuebles como maquinaria, utillaje, instalaciones y demás equipamiento.

En cuanto al **régimen de pagos**, se efectuarán por mensualidades vencidas, teniendo el carácter de “a cuenta” de la correspondiente liquidación anual referida en el PCAP. Aprobados los Presupuestos anuales de la Generalitat, la consellería comunicará al concesionario la actualización que proceda realizar de la prima anual per cápita, abonándose esa actualización antes del 31 de marzo de cada año, conforme a lo establecido en el PCAP.

Entre las **obligaciones del contratista/concesionario** se señala que serán de su cuenta toda clase de impuestos y arbitrios a que dé lugar la explotación del servicio, incluidos los gastos relativos al Impuesto de Bienes Inmuebles.

El contrato también regula aspectos relativos al **Personal**, a los que haremos referencia más adelante al abordar específicamente este tema.

159

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), junto con el contrato, conforman el marco jurídico principal que regula la relación entre el concedente (Generalitat Valenciana) y el concesionario. Entre sus normas encontramos menciones al incumplimiento de los plazos y su penalización; a la resolución del contrato, supuestos y efectos; a la reversión y a los órganos de control.

En cuanto a la **resolución del contrato** tendrá lugar en los supuestos previstos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) aprobado por R.D. Legislativo 2/2000 (arts. 111, 149, 150 y 167), y Reglamento aprobado por R.D. 1098/2001 (art. 109); y tendrá los efectos previstos en los arts. 113 y 151 LCAP.

Finalizado el plazo de la concesión tendrá lugar la **reversión** del servicio a la Administración, así como de la propiedad libre de cargas del hospital y todo su equipamiento. El concesionario debe entregar el edificio,

instalaciones y equipamiento a que el contrato le obliga, en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. Así mismo, deberá revertir en las mismas condiciones el resto de los centros y equipamientos gestionados, y todas las inversiones realizadas, de acuerdo con los programas aprobados por la consellería de sanidad.

Un año antes de la finalización del contrato la Administración dispondrá las normas encaminadas a la recepción del hospital, centros y equipamiento sanitario y del personal que corresponda, así verificará el estado de cada una de las instalaciones, edificios y equipamientos, para exigir su reparación o reposición en su caso.

Para el correcto desarrollo y aplicación del contrato, y supervisión del servicio prestado, se constituyen dos órganos, la Comisión Mixta de Seguimiento y el Comisionado.

La **Comisión Mixta de Seguimiento (CMS)**, estará presidida por el titular de la consellería o persona en la que delegue, e integrada por el subsecretario para la Agencia Valenciana de la Salud, el subsecretario de Recursos de Sanidad, y los dos directivos de mayor rango del concesionario en el área, o personas en quien deleguen.

160

Los cometidos de la Comisión serán, sin perjuicio de las facultades propias del órgano de contratación, los de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del contrato, y las previstas en el Anteproyecto de Explotación y Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares para la contratación de la gestión de servicios públicos por concesión de la asistencia sanitaria integral (AE-PPT): dirimir sobre quejas y sugerencias planteadas por los pacientes; supervisar las obras de construcción; vigilar el cumplimiento de las cláusulas del contrato; proponer mejoras al sistema de gestión y control; “informar” o “dirimir” sobre los problemas de personal surgidos y denunciados por el personal; ordenar encuestas de opinión o sondeos de satisfacción del cliente; “proponer” o “definir” los controles de calidad; ordenar y analizar auditorías de actividad y analizar los resultados de la auditoría económico financiera de la empresa; aceptar alternativas asistenciales propuestas por Comisionado para reducir o eliminar los retrasos en la programación; “informar” o “resolver” sobre cuestiones de facturación

entre consellería y concesionario; “control” o “aprobación y control” de los contratos auxiliares o complementarios que realice el concesionario que impliquen ocupación del dominio público y control de las plantillas de personal¹²⁵.

También se prevé el nombramiento por parte de la consellería de un **Comisionado** que deberá tener la condición de personal funcionario o estatutario, para que ejerza la representación de la Consellería en el Hospital y centros dependientes, y ejerza entre otras funciones las siguientes, previstas en el AE-PPT: resolver sobre las propuestas de ingreso programado de enfermos no pertenecientes a la población de referencia; ordenar el traslado de pacientes de otras demarcaciones a su zona de residencia; supervisar la realización de encuestas o sondeos de opinión que proponga la CMS; recibir sugerencias, quejas y reclamaciones de los clientes del hospital; solicitar y recibir estadísticas de actividad que considere necesarias; controlar y expresar alternativas a la programación pendiente en los nuevos servicios de consultas especialidades, diagnósticos e ingresos; vigilar la conservación de las obras de equipamiento sanitario e informar a la CMS sobre las reparaciones necesarias; ejercer la jefatura orgánica del personal dependiente de la consellería en los centros gestionados por el concesionario; verificar y en su caso devolver la facturación del concesionario de actos médicos

¹²⁵ En la enumeración de los cometidos de la CMS se observa, como hemos destacado, una ampliación de las competencias de la comisión en detrimento de las propias del órgano de contratación, a partir del contrato de Torreveja. Esta modificación podría deberse a la dejación de sus facultades por parte del órgano de contratación, que tuvieron que ser asumidas por la CMS. Como dice el Informe de la Intervención General de 2017 en su Valoración Global sobre las concesiones sanitarias: “*el órgano de contratación ha hecho dejación de funciones en dos aspectos fundamentales: En primer lugar, en el ejercicio de sus facultades de interpretar el contrato, resolver dudas acerca de su cumplimiento o modificarlo. El desentendimiento de estas funciones ha tenido como consecuencia que la Comisión Mixta de Seguimiento se haya extralimitado en sus funciones de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del contrato, invadiendo competencias y potestades legalmente reservadas en exclusiva al órgano de contratación*”.

realizados a pacientes no correspondientes a la población protegida del contrato¹²⁶”.

Un hecho que llamó la atención fue la designación en septiembre de 2007 como director gerente de La Ribera del que desde el año 2000 había sido el comisionado de dicho departamento en representación de la Consellería de Sanidad. Un claro ejemplo de las llamadas puertas giratorias.

B. Elementos particulares de cada contrato de concesión.

Las principales características de cada experiencia de concesión pueden resumirse en los siguientes cuadros:

Localización	Departamento de Salud de la Ribera. Área de Salud 10 (Hospital de Alzira) ¹²⁷		
Concesionario	Ribera Salud II Unión Temporal de Empresas Ley 18/82. Composición: Inicial: Ribera Salud S.A.; Compañía de Seguros de Adeslas S.A.; Dragados Obras y Proyectos S.A. y Luís Batalla S.A. Final: Grupo Ribera (100%)		
Prima inicial	379 euros por persona y año para 2003		
T.I.R.	7,5 % anual		
Duración	18 meses (obras y equipamiento) 15 años + prórroga de 5 (prestación de servicios)		
Fechas	Contrato	Inicio de prestación	Finalización
	31 marzo 2003	1 abril de 2003	31 marzo 2018

¹²⁶ Otra competencia que incluía el PPT de la concesión de La Ribera y que desaparece en los siguientes contratos es: “vigilar la veracidad de la facturación de pacientes ajenos a la población protegida por el contrato”.

¹²⁷ Concurso número 86/2003. Gestión de servicio público mediante concesión de la Atención Sanitaria Integral en el Área de Salud 10 de la Comunidad Valenciana. DOGV 11 de diciembre de 2002. https://dogv.gva.es/datos/2002/12/11/pdf/2002_Q13579.pdf

Localización	Departamento de Salud de Torrevieja. Área de Salud 20 (Hospital de Torrevieja) ¹²⁸		
Concesionario	Torrevieja Salud, Unión Temporal de Empresas, Ley 18/82: Composición: Inicial: Ribera Salud, S.A; Asistencia Sanitaria Interprovincial De Seguros, S.A. (ASISA); Centro Médico Salus Baleares, S.L.; NECSO Entrecanales Cubiertas, S.A.; Hospital San Jaime, S.A., y Enrique Ortiz e Hijos, Contratistas de Obras, S.A. Final: Grupo Ribera (100%)		
Prima inicial	379 euros por persona y año para 2003		
T.I.R.	7,5 anual		
Duración	30 meses (obras y equipamiento) 15 años + prórroga de 5 (prestación de servicios)		
Fechas	Contrato	Inicio de prestación	Finalización
	21 marzo 2003	15 octubre 2006	15 octubre 2021

Localización	Departamento de Salud de Denia. Área de Salud 12. (Hospital de Denia) ¹²⁹		
Concesionario	Marina Salud S.A. Composición: Inicial: Ribera Salud, S.A., y DKV Seguros y Reaseguros, S.A.E. Actualmente: Grupo Vivalco Santé (100%). (Gestión: Ribera Salud)		
Prima inicial	413,11 euros por persona y año para 2004		
T.I.R.	7,5% anual		
Duración	25 meses (proyecto, obras y equipamiento) 15 años + prórroga de 5 (prestación de servicios)		
Fechas	Contrato	Inicio de prestación	Finalización
	14 marzo 2005	1 febrero 2009	31 enero 2024

¹²⁸ Resolución de la Conselleria de Sanidad por la que se hace pública la adjudicación del concurso para la gestión de servicio público mediante concesión de la Atención Sanitaria Integral en la zona de Torrevieja
<https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/174659432/Torrevieja-CONTRATO.pdf/c02ef68d-ff94-49cf-b5e5-67e4191452f5>

¹²⁹ Publicación de la licitación. DOGV 29 de julio de 2004.
https://dogv.gva.es/datos/2004/07/29/pdf/2004_X7858.pdf En el DOGV del 4 de marzo de 2005 se publica la adjudicación, de fecha 7 de febrero de 2005.
https://dogv.gva.es/datos/2005/03/04/pdf/2005_S2244.pdf. Anteproyecto de explotación y pliego de prescripciones técnicas. Área de Salud 12. Concesiones Sanitarias. Denia. GVA Oberta. <https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/162575572/Denia-PRESCRIPCIONES+T%C3%89CNICAS/a7e16835-84aa-4867-a073-7d3b7ab78490>

Localización	Departamento de Salud de Manises (Hospital de Manises)¹³⁰		
Concesionario	Especializada y Primaria L'Horta Manises, UTE, Ley 18/82. Composición: Inicial: Ribera Salud S.A. (40%); SANITAS Sociedad Anónima De Seguros (25%) y SANITAS Sociedad Anónima de Hospitales (45%). Actualmente: Grupo SANITAS (100%)		
Prima inicial	494,72 euros por persona y año para 2006		
T.I.R.	7,5% anual		
Duración	25 meses (proyecto, obras y equipamiento) 15 años + prórroga de 5 (prestación de servicios)		
Fechas	Contrato	Inicio de prestación	Finalización
	27 diciembre 2006	7 de mayo de 2009	7 mayo 2024

Localización	Departamento de Salud de Elx – Crevillent (Hospital del Vinalopó. Elx)		
Concesionario	Elche-Crevillente Salud, S.A. Composición: inicial: Ribera Salud, S.A.; ASISA, Asistencia Sanitaria Interprovincial De Seguros, S.A.U. Actualmente: Grupo Vivalco Santé (100%). (Gestión: Ribera Salud)		
Prima inicial	494,72 euros por persona y año para 2006		
T.I.R.	7,5% anual		
Duración	25 meses (proyecto, obras y equipamiento) 15 años + prórroga de 5 (prestación de servicios)		
Fechas	Contrato	Inicio de prestación	Finalización
	5 septiembre 2007	1 de junio de 2010	1 de junio 2025

¹³⁰ Resolución de la Agencia Valenciana de Salud de la Conselleria de Sanidad por la que se hace pública la adjudicación del concurso para la gestión de servicio público mediante concesión de la Asistencia Sanitaria Integral en el futuro Departamento de Salud l'Horta-Manises. Expediente: 555/06. BOE 18 de octubre de 2016. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-2006-249063 Pliego de cláusulas administrativas para la contratación de la gestión del servicio público por concesión, mediante concurso y procedimiento abierto, de la asistencia sanitaria integral en el departamento de salud Horta-Manises. GVA Oberta. <https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/162575750/Manises-PRESCRIPCIONES+T%C3%89CNICAS/eb0f9b8f-2152-44c1-9511-f54ca235d7bb>

De la información que contienen los anteriores cuadros conviene destacar las siguientes particularidades:

1. En cuanto a los plazos de duración de los contratos, aunque en todos ellos el plazo de duración de la concesión del servicio público es de 15 años, la fecha de inicio de la prestación en cada caso dependerá del momento a partir de cual hayan concluido las obras necesarias de construcción o rehabilitación de hospitales o centros, fecha que hemos reflejado como “inicio de la prestación”.
2. En todos los contratos se observa la presencia de la empresa Ribera Salud, S.A. como promotora de la formación de la Unión Temporal de Empresas o de la sociedad anónima creada ad hoc para concurrir al concurso. Hay que recordar que Ribera Salud, S. A., se constituye a partir del capital aportado por las cajas de ahorros de Carlet, Bancaja y Caja de Ahorros del Mediterráneo. Posteriormente las tres cajas de ahorros en condiciones críticas fueron absorbidas por otras entidades bancarias: Carlet fue absorbida por Bancaja en 2001; la CAM por Banco Sabadell en 2012 y más tarde, Bancaja por CaixaBank (2021).
Mientras tanto Ribera Salud ha creado un grupo empresarial de dimensión internacional: Ribera Salud (<https://www.riberasalud.com/>). La empresa norteamericana Centene Corporation adquirió el control de Ribera Salud SA al adquirir las acciones de Caixa Bank (50%) y la mayor parte de las acciones del Banco Sabadell (40%). Posteriormente Centene Corporation vendió el grupo sanitario Ribera a la sociedad de gestión europea Vivalto Partners, especializada en inversiones en el sector de la salud y principal inversor también del grupo sanitario francés Vivalto Santé. Banco Sabadell también vendió el 10% de las acciones que todavía retenía a Vivalto Partners.
Durante todo este tiempo, a pesar de los cambios en la propiedad de la empresa, la dirección estuvo siempre controlada por la misma persona.
3. También hemos querido reflejar las variaciones en la composición de las empresas que integran las concesionarias, o al menos las diferencias entre el momento inicial de la adjudicación y firma el contrato, y el momento de finalización del contrato, o en el caso de aquellos contratos que siguen vigentes, qué empresas detentan en la actualidad la propiedad de la empresa concesionaria.

- a. En el caso de Ribera Salud II UTE y Torrevieja Salud UTE, el grupo Ribera Salud fue adquiriendo todas las participaciones a medida que se acercaba la finalización del contrato.
- b. En el caso de Marina Salud SA, el 60% de su capital era propiedad desde un inicio de la empresa de seguros alemana DKV. Con el tiempo, esta empresa adquirió el 100% de las acciones¹³¹, y en 2021 Ribera Salud compró todas las acciones, por lo que ahora Marina Salud SA está controlada por el fondo francés Vivalto Partners, al igual que la concesionaria Elche-Crevillente Salud, S.A.
- c. La UTE EYPHM estuvo controlada desde un inicio por empresas del grupo SANITAS, y con el tiempo adquirió el 100% del control. SANITAS pertenece desde 2014 al Grupo BUPA (British United Provident Association),

5.1.3. Controversias en torno a la determinación de los servicios a prestar y la aprobación de las liquidaciones

El contrato de concesión y los Pliegos que le acompañan determinan las obligaciones de las partes y la forma de determinar el precio del contrato.

Éste, como vimos se establece sobre bases capitativas, fijando la prima por persona y año. Dicha cantidad debía cubrir los servicios delimitados dentro del objeto del contrato. El precio incluye tanto los costes de prestación de la asistencia sanitaria como los costes de construcción y financiación del nuevo centro de Salud y las inversiones tanto en asistencia especializada como en atención primaria, a las que se compromete el concesionario.

En cuanto al precio anual del contrato, éste se determina mediante la adición de:

¹³¹ La compra de las acciones de Bankia por DKV se intentó impedir por parte de la Consellería de Sanidad alegando que el art. 7.3 de la Ley 10/2014 de Salud limita la concentración de capital en más de un ente titular de un contrato de gestión de servicio sanitario integral en régimen de concesión de un departamento sanitario. Sin embargo, tanto la Dirección de la Competencia como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, autorizaron la concentración (Resolución CNMC C/1219/21 Ribera Salud/Marina Salud). Esta transmisión también contó con la oposición de las organizaciones sindicales, que el 25 de marzo de 2022 denunciaron a la empresa ante la Inspección de Trabajo, por no haberles informado de la venta, incumpliendo el art. 64 TRET.

- Una parte estrictamente capitativa, resultado de multiplicar la prima por persona por el número de personas que integran la “población protegida” o conjunto de personas que cada día del año tengan asignado médico de Atención Primaria dentro del ámbito territorial de la concesión según el SIP.
- Otra parte correspondiente a los procesos realizados con pacientes no incluidos en el ámbito de cobertura del contrato, sino integrados en otras Áreas de Salud de la Comunitat Valenciana, en otras comunidades autónomas o ciudadanos extranjeros.
- Otra partida que minora el precio anual del contrato, correspondiente a procesos realizados por otros centros de asistencia especializada dependientes de la Consellería de Sanidad, a personas integradas en el ámbito de cobertura del contrato, es decir, pertenecientes a la “población protegida” (facturación intercentros).
- Un incentivo por ahorros producidos en la prestación farmacéutica.

Una de las cláusulas del PCAP añadía que la asistencia en atención primaria a ciudadanos no incluidos en la población protegida por el contrato no generará ningún tipo de facturación; que la forma de justificación y validación de la facturación será determinada por la comisión mixta de seguimiento, y que el importe a facturar para cada parte en función de los servicios prestados a lo largo de un año natural se incluirá en la liquidación de ese año, a practicar antes del 31 de marzo siguiente.

Obsérvese que la parte capitativa (prima) no se determina en atención al uso que se hace del servicio (o servicios prestados) que sería el factor aleatorio, sino en atención al número de potenciales usuarios, de lo que se deduce que no hay riesgo de demanda. Se presten o no los servicios a la población protegida se cobra de la Administración; mientras que la atención a las personas de fuera se factura aparte, también a la Administración¹³².

¹³² Otra consecuencia que se deriva de este sistema como apuntó en su día Pedro Lorente (2018) en Nueva Tribuna (31.03.2018) es que el beneficio empresarial se incrementa si la “población protegida” no usa el servicio y aumenta cuando los pacientes son de fuera del área de salud, por lo que el negocio se orientó para ser lo más beneficioso para la empresa. Con esta finalidad, cuenta el autor, el hospital de Alzira contrató numerosos anestesiólogos para ofrecer anestesia epidural las 24 horas a las parturientas de otros departamentos cercanos y aumentar su facturación. La Conselleria gestionada por el PP, colaboró con la idea y así, durante un tiempo, se redujo la contratación de anestesiólogos en

Durante el desarrollo del contrato se plantearon dudas sobre cómo realizar las liquidaciones, qué conceptos debían incluirse y cuáles deberían ser compensados al margen de las liquidaciones, lo que retrasó durante años la aprobación de las liquidaciones.

A. La facturación a los pacientes que reciben asistencia en centros concertados por la Consellería (Acuerdo CMS 2004).

En la Comisión Mixta de Seguimiento del Contrato de concesión de Ribera Salud UTE, de 26 de julio de 2004, se planteó la cuestión de quién debía facturar por los pacientes que formando parte de la población protegida de la concesión recibían asistencia sanitaria en centros concertados por la Consellería de Sanidad (**pacientes oncológicos en IVO y dializados**). En este punto se propuso por parte de los representantes de la Administración que, debería diferenciarse entre pacientes que iniciaron su tratamiento antes o después de la entrada en vigor del contrato (1 abril 2003), de forma que, los que ya venían tratándose en centros concertados con anterioridad podían continuar, sufragando la consellería el coste de su asistencia sanitaria, mientras que la concesionaria asumiría el coste generado por los pacientes que iniciasen su tratamiento con posterioridad. Los asistentes manifestaron su conformidad, y este acuerdo se reprodujo en las CMS de los demás contratos de concesión.

168

B. Nueva interpretación de las condiciones económicas de los contratos (Acuerdos CMS noviembre 2010).

A lo largo de noviembre de 2010 se fue dando cuenta a las comisiones mixtas de seguimiento de los contratos de concesión de los departamentos de Salud externalizados en la Comunitat Valenciana, de la Propuesta de Resolución interpretativa sobre la evolución de las condiciones económicas en los

otros hospitales cercanos (Alcoi, Xàtiva, Gandía y Ontinyent) para desempeñar esta prestación. Las tasas de partos atendidos en Alzira nunca se correspondieron ni con el peso de la población adscrita ni con el aumento del número de nacimientos en esa misma población. Mientras que el incremento de alumbramientos atendidos en el resto de los hospitales públicos de la Conselleria de Sanitat fue del 0,7%, en Alzira aumentó un 37%.

contratos de las concesiones sanitarias y en dichas comisiones, se fueron aprobando las nuevas condiciones económicas o criterios de interpretación de las mismas.

El director gerente de la Agencia Valenciana de Salud reconocía que tras más de 7 años de funcionamiento de las concesiones se había producido una evolución en las condiciones de funcionamiento de las mismas que hacía conveniente revisar algunos aspectos interpretativos de los Pliegos reguladores de estos contratos. Estos aspectos a revisar eran:

a) Los criterios sobre la indemnización a abonar a las concesionarias, como consecuencia de la aplicación de la *“Instrucción conjunta relativa a la asignación o adscripción provisional del médico”*

La instrucción conjunta de 30 de marzo de 2007 de la Dirección General de Asistencia Sanitaria y de la Dirección General de Ordenación, sobre asignación o adscripción provisional de médico, modificó las condiciones con las que hasta ese momento se estaba asignando médico. Hasta ese momento los ciudadanos empadronados en la Comunidad y aquellos otros con estancia declarada superior a un mes, tenían médico asignado en el SIP, en el municipio donde declaraban la residencia durante su desplazamiento, por un período de seis meses, a partir de la instrucción sólo la población empadronada en la Comunidad tendría médico asignado en el SIP. Este cambio supuso, por una parte, una disminución importante de la población protegida, sobre todo en poblaciones turísticas y, por otra parte, que, respecto de la nueva población no protegida, se pasara de abonar el importe íntegro de una prima por persona y año, a un precio por cada episodio sanitario que afectara a cada una de estas personas. La instrucción reconocía que, *“Al objeto de restablecer el equilibrio económico producido como consecuencia del cambio de criterio en el SIP, la Consellería ha considerado oportuno abonar a los Departamentos gestionados mediante concesión (...) una indemnización por las pérdidas que se produjeron ese primer año de entrada en vigor de la Instrucción reseñada (2007).”*

b) Los criterios para altas y bajas en el sistema de información poblacional.

Para incluir nuevas altas se tendrá en cuenta la fecha de empadronamiento efectivo y no la del primer contacto con los servicios sanitarios, que siempre es posterior.

c) El abono a las concesiones para la facturación de la atención primaria realizada a población foránea de la Comunidad Valenciana.

La cláusula 4.6 PCAP establecía que *“la asistencia en Atención Primaria a ciudadanos no incluidos en la población protegida por el contrato no generará ningún tipo de facturación”*. Ello, según la propuesta interpretativa, provocaba un desequilibrio económico en los departamentos receptores de mucho turismo como Torrevieja o Denia, porque deben prestar la asistencia, pero no reciben financiación por ella. Además, la no facturación de la asistencia primaria produce en estos centros un efecto perverso: el *“infra-registro”* de estas asistencias. Si se registra su asistencia *“podremos obtener el reembolso, pero si no es así, ese dinero no se recupera, y no sólo el referido a la prestación asistencial, que soporta la concesión, sino también el relativo al gasto farmacéutico que es abonado directamente por la Consellería”*.

170

La resolución interpretativa propone por ello:

- registrar la asistencia sanitaria y farmacéutica de atención primaria realizada a pacientes foráneos a la Comunidad;
- La AVS facturaría el importe de esa asistencia *“a los países de origen de esos pacientes”* y para que no se produjera un enriquecimiento injusto por parte de la AVS, trasladaría a las concesionarias ese importe;
- Por todo lo anterior, *“se debería interpretar que la exclusión de la facturación de la Atención Primaria en las concesiones se refiere, únicamente, a los ciudadanos empadronados en la Comunidad Valenciana, pero no a aquellos ciudadanos no empadronados, tanto nacionales como extranjeros”*.
- En las liquidaciones del año 2009 *“se abonará a los Departamentos gestionados mediante Concesión, la asistencia sanitaria de Atención Primaria que realicen a personas no empadronadas en la Comunidad Valenciana, tanto nacionales como extranjeros”*.

d) La compensación de la prestación de farmacia hospitalaria a pacientes ambulatorios, que con anterioridad se expedía mediante receta en las oficinas de farmacia.

En enero del año 2010, estando ya aprobado el Presupuesto de la Generalitat y determinado el importe per cápita de las concesiones, la AVS decidió que determinados medicamentos sufragados por ella y expedidos hasta ese momento en oficinas de farmacia pasaran a ser dispensados de forma ambulatoria en los hospitales dependientes de la AVS.

Dado que los PCAP excluían la compensación de determinadas prestaciones, incluida la farmacia de receta, esta decisión suponía que las concesionarias asumían un coste que, inicialmente, no estaba incluido en el contrato.

Por ello, se propone que *“Para paliar este desajuste económico, en las liquidaciones, la AVS abonará a las concesiones el gasto en el que incurran por la dispensación de estos fármacos que han pasado a ser de “dispensación hospitalaria a pacientes ambulatorios”, siempre que el paciente sea población protegida de la Comunidad Valenciana, y esté acreditado en una modalidad de aseguramiento que le otorgue derecho a recibir asistencia sanitaria pública.”*

171

e) Los criterios de movilidad en las asistencias a pacientes no incluidos en la población protegida de las concesiones o a la inversa.

A raíz de los debates mantenidos en el seno de la Comisión Mixta de Manises, respecto a la situación derivada del Decreto 37/2006¹³³, se planteó la necesidad de aclarar qué actuaciones debían de ser compensadas al concesionario relacionadas con la libre elección de médico. La instrucción establecía que, la libre elección *“se circunscribe a las especialidades mencionadas en el Decreto 37/2006”*, y que *“las autorizaciones visadas por el Comisionado generarán el derecho a compensación económica y su autorización deberá contar con el visto bueno de la Gerencia receptora del paciente.”*

¹³³ DECRETO 37/2006, de 24 de marzo, del Consell de la Generalitat, por el que se regula la libre elección de facultativo y centro, en el ámbito de la Sanidad Pública de la Comunidad Valenciana.

https://dogv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?L=1&sig=1709%2F2006&url_lista=

Por ello *“la elección de centro deberá basarse en criterios que estén regulados dentro de la normativa de libre elección o en aquellos que faciliten mejor el acceso o calidad de la asistencia, siendo el órgano modulador de este movimiento el Comisionado de la AVS para las relaciones con concesiones administrativas.”*

f) La aclaración sobre la puesta en marcha del “confirming” propuesto por la Consellería de Economía y Hacienda. El Tesoro de la Generalitat propuso atender el pago de las facturas mensuales presentadas por las concesionarias mediante confirming. El confirming se ofrece *“sin riesgo”* para las concesionarias y a un plazo de 120 días desde la fecha de contabilización de las facturas. El tipo de interés de descuento para estas operaciones es variable según las entidades financieras seleccionadas, pero se estima que oscilaría entre 2.3 y 2.9 %, en la primera semana de julio. A tal efecto, la Conselleria de Sanidad *“se compromete a mantener los plazos de conformidad y contabilización de las facturas, por un lado, y a indemnizar por el importe de los gastos financieros que se originen a las concesiones durante el plazo de 60 días”*.

C. Actualización de la prima per cápita. Dictamen CJC 0038/2012.

La actualización de la prima per cápita, debía hacerse conforme establecía la cláusula 19.1 PCAP, sin embargo, en un momento determinado se cambió el sistema de actualización, lo que llevó a la Consellería de Sanidad a solicitar al Consejo Jurídico Consultivo que se pronunciara sobre el particular.

Según dicha cláusula, la fórmula de actualización de la prima per cápita debía basarse en el crecimiento anual del presupuesto sanitario expresado en los presupuestos de la Generalitat aprobados para cada año.

El **Consejo Jurídico Consultivo** en su **Dictamen 0038/2012**, reconoce que así se venía haciendo hasta que se introduce *“un cambio sustancial, pues no parte de la cápita definitiva del año anterior que fue, tal y como se ha indicado, de 592,62 E, sino que parte de la cápita inicial de 2008 fijada en 571,90 E”* lo que implica un incremento notable. Por otra parte, el Dictamen

destaca que, a partir de 2009, en lugar de aplicar el incremento del 4,900 o correspondiente al porcentaje de incremento 5 capitativo, “*aplica un incremento mayor, esto es, del 5,48% que es el incremento del gasto consolidado del Estado*”¹³⁴.

En resumen, como dice el Dictamen, los dos sistemas de revisión expuestos aplican bases e incrementos porcentuales distintos, y por ello se solicita la opinión del Consejo Jurídico Consultivo sobre cuál de los sistemas de revisión de precios debe aplicarse, dados los efectos que se derivan. La fórmula aplicable, prevista en la Cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato, es la siguiente: Presupuesto capitativo anual = Presupuesto asistencia sanitaria GV /Población de derecho de la C.V. Según se opte por el presupuesto inicial o por el presupuesto liquidado, dice el Dictamen, el coeficiente de la fórmula será diferente, y, por tanto, también será distinto el incremento capitativo anual de la Comunidad Valenciana con la consiguiente repercusión en la actualización de la "prima per cápita" del concesionario.

El Consejo Jurídico consultivo estima ajustada a la citada Cláusula 19 la fórmula de actualización siguiente: “*la prima definitiva per cápita del año anterior) x (1+ el menor índice entre el incremento capitativo consolidado de la Generalitat Valenciana y el gasto consolidado del Estado), con el límite mínimo del IPC*”¹³⁵

De no procederse de este modo estima que se produciría una notable diferencia de cápita entre los pacientes del sistema público sanitario y los

¹³⁴ Aplica este porcentaje de incremento, según dice el Dictamen: “*porque para realizar este cálculo definitivo no se tiene en cuenta el incremento del presupuesto capitativo real de la Comunidad Valenciana, sino que se comparan únicamente los incrementos globales de los presupuestos consolidados siendo el incremento del gasto consolidado sanitario del Estado del 5,48% menor que el del gasto consolidado sanitario de la Comunidad Valenciana que fue del 7,73%. Debe destacarse que en el informe anterior el porcentaje de incremento fue aún menor que estos dos, el 4,90% por ser el incremento consolidado capitativo (por cabeza) en la Comunidad Valenciana más reducido por el mayor incremento de población en la CV*”

¹³⁵ Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana. **Dictamen 0038/2012** Consulta facultativa acerca del sistema de revisión de precios contenida en un Pliego de Cláusulas Administrativas de un contrato para asistencia sanitaria integral en un Área de Salud <https://www.cjccv.es/dictamenes/2012/CS/2012-0038.pdf>

pacientes del sistema concesional sanitario que alcanzaría el 39,44% al cierre del ejercicio de 2011.

D. Acuerdo transaccional entre la Generalitat y Marina Salud, SA (2013).

El contrato entre la Consellería de Sanidad y Marina Salud S.A. se firmó el 14 de marzo de 2005 pero, la prestación de los servicios de atención sanitaria no empezó hasta el 1 de febrero de 2009, y hasta el 2 de agosto de 2012 no se consiguió aprobar por la Comisión Mixta, la liquidación correspondiente a ese primer ejercicio de 2009.

El 23 de enero de 2013, Marina Salud S.A. presentó una reclamación de pago frente a la consellería relativa a la liquidación de 2009. El motivo de la reclamación residía en que se venía prestando, a petición de la Generalitat, una serie de servicios acordados en el seno de las reuniones de la Comisión Mixta y estaban pendientes de pago.

Ante la desestimación de la reclamación por silencio administrativo, el 2 de mayo de 2013, Marina Salud, S.A., interpuso ante el TSJCV un recurso contencioso administrativo contra la Consellería de Sanidad.

Llegados a este punto, se propició y se llevó a cabo, el 9 de diciembre de 2013, la firma de un Acuerdo Transaccional entre el Conseller de Sanidad y el presidente del consejo de administración de Marina Salud, S.A.

El acuerdo transaccional constaba de cinco apartados, y con el mismo se pretendía clarificar ciertas cuestiones y poder cerrar las liquidaciones pendientes (2009-2012).

Primero. – Que con anterioridad se había alcanzado un acuerdo, que ahora se ratifica, en los siguientes conceptos y cuantías:

1. Gastos preconcesionales, esto es, son los gastos derivados de determinadas instrucciones recibidas de la Conselleria de Sanidad a los efectos de paliar la grave situación existente en el departamento de salud antes del inicio de la concesión, por listas de espera anteriores al inicio de la concesión (2.184.939,78 €); por el plan de choque autorizado por la Conselleria (495.555,08 €) y por consultas externas y pruebas diagnósticas

(2.306.795,50 €). Aprobados todos ellos por la Comisión Mixta de Seguimiento de 1 de diciembre de 2009.

2. Cambios en los recursos humanos asignados a la concesión desde el sistema público de salud por exceso de número de empleados públicos transferidos. El importe total se deberá distribuir entre las distintas liquidaciones anuales de 2009 (5.006.114 €), 2010 (4.505.502,72 €), 2011 (4.004.891,30 €) y 2012 (3.504.279,89 €).

3. También se considera con un origen anterior a la concesión los gastos derivados de la prestación del servicio de hemodiálisis a pacientes que ya venían recibiendo este tratamiento con anterioridad al inicio de la concesión y por lo que se tuvo en cuenta con anterioridad a la licitación (igualmente predicable de los tratamientos oncológicos). Las cuantías anuales pendientes de liquidar son, de 2010 (743.464,52 €), de 2011 (557.774 €) y de 2012 (315.178,11 €).

Segundo. – Existen tres conceptos o servicios posteriores al inicio de la concesión, que se hace necesario aclarar y precisar mediante este acuerdo transaccional:

1. El incentivo farmacéutico. *“En el pliego concesional se reconoce al concesionario el derecho a percibir el 30 % del ahorro que en el gasto farmacéutico suponga su gestión. La Conselleria de Sanidad estuvo y está interesada ... en suprimir este concepto del incentivo farmacéutico. Esta modificación que tiene plena cabida en el ius variandi propio del modelo concesional, de producir una alteración del equilibrio económico de la concesión debería dar lugar a la oportuna compensación económica. Ambas partes acuerdan la eliminación de este incentivo farmacéutico sin necesidad de compensación económica alguna en relación con las liquidaciones anuales pendientes de 2010 a 2012 y sucesivas”*.

2. La atención primaria a población no protegida. *“La Conselleria de Sanidad consideró oportuno, también en el ejercicio del ius variandi, añadir un nuevo requisito para poder ser considerado población protegida, como fue el requisito de estar empadronado en la Comunidad Valenciana. En el momento de la licitación para ser población protegida sólo era necesario tener tarjeta SIP y tener asignado médico de cabecera. Como quiera que en el departamento de salud de Denia hay una gran población que no cumple el requisito del empadronamiento, ello dio lugar a una notable pérdida de población protegida y, por tanto, a una pérdida de la cápita correspondiente a esa población ahora no protegida. Ambas partes reconocen el derecho de Marina Salud a ser compensada por esta*

alteración, reconociéndosele el derecho a facturar en aplicación ajustada de la Ley de Tasas por los servicios de atención primaria prestados a población no protegida procedente de fuera de la Comunidad Valenciana” Lo anterior se justificó en la cláusula 4.8 del PCAP; en los acuerdos de la Comisión Mixta de 26 de noviembre de 2010 y de 2 de agosto de 2012 y en el informe de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana de 5 de mayo de 2009. Por lo anterior se reconoce a favor de Marina Salud las siguientes cantidades: de 2009 (2.093.540,45 €); de 2010 (2.150.741,89 €); de 2011 (2.101.730,98 €) y de 2012 (1.812.014,98 €).

3. Farmacia ambulatoria reconvertida a hospitalaria. *“La Conselleria de Sanidad, mediante Resolución de 12 de noviembre de 2009, consideró oportuno que determinados medicamentos especiales de carácter ambulatorio, esto es, que se entregaban en las distintas oficinas de farmacia del departamento de salud, ... pasaran a ser entregados a los pacientes ambulatorios ... en el Hospital de Denia. (...). Se trata de una nueva prestación que da el concesionario, que no daba con anterioridad y que no está incluida en el cápita, razón por la que este coste económico tiene que ser abonado por la Conselleria de Sanidad al concesionario todo ello en conformidad con las Resoluciones de 26 de noviembre de 2010 y 2 de agosto de 2012”*. Las cuantías a compensar son: de 2010 (1.131.452,74 €); de 2011 (1.256.983,50 €) y de 2012 (1.561.059 €).

Tercero. – *“También forman parte de las liquidaciones anuales las compensaciones económicas cuando la población protegida de los distintos departamentos de salud es atendida fuera del que le corresponde, esto es, servicios prestados por terceros (hospitales públicos u otros concesionarios). Debe cumplirse los plazos de facturación intercentros”*.

Cuarto. – *“Por último, las partes acuerdan que la decisión de la Generalitat de aplicar el denominado sistema de pago por confirming, conlleva un aumento del plazo de pago de 60 a 120 días, comporta la necesidad de indemnizar al concesionario por los gastos financieros de esa ampliación de 60 días, tal y como se fijó en la Comisión Mixta de 26 de noviembre de 2010”*.

Quinto. – *“Con la firma del presente Acuerdo Transaccional, las partes acuerdan transigir definitivamente los Procedimientos Judiciales en curso”*.

E. La facturación intercentros. Dictamen CJC 0204/2015.

Otra cuestión que se planteó en torno a la determinación del precio del contrato era la relativa a la facturación intercentros; cuál era su ámbito y cómo debía realizarse la facturación. Se trata de una cuestión que se plantea en todos los contratos de gestión del servicio público de salud de la Comunidad. La Consellería de Sanidad trasladó la consulta al **Consejo Jurídico Consultivo**, el cual en su **Dictamen 0204/2015**, establece:

“atendiendo a una interpretación sistemática de las cláusulas de los Pliegos de Cláusulas Administrativas, debe incluirse, únicamente, dentro del concepto "facturación intercentros" la relación cruzada entre la Conselleria de Sanidad y sus concesionarios, tal y como resulta de la cláusula 4.6 de los Pliegos”.

En cuanto a la asistencia sanitaria prestada por los concesionarios a pacientes de otras Comunidades Autónomas o a extranjeros estima el Dictamen que:

“en la medida que no se proceda a la aprobación de la disposición normativa de desarrollo del Real Decreto Ley 16/2012¹³⁶, y atendiendo a la regulación establecida en materia de prestación sanitaria transfronteriza, resulta procedente aplicar, como viene realizando la Conselleria de Sanidad, las Tasas recogidas en el Texto Refundido de la Ley de Tasas de la Generalitat, con un descuento del 15 %, pues este criterio de cuantificación, como se recoge en el citado escrito, es el que permite un trato más homogéneo para todos los supuestos”.

Y concluye recordando que:

*“Los cargos que reciba la Conselleria de Sanidad procedentes de otras Comunidades Autónomas o de países extranjeros por asistencia sanitaria a la "población protegida" de los concesionarios, **deberían ser repercutidos**,*

¹³⁶ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones

*en la medida en que realmente sean asumidos por la Conselleria -atendido a la normativa aplicable o a los convenios entre Comunidades Autónomas- **a los concesionarios**. De igual modo, se estima procedente la aplicación en estos supuestos de las Tasas reguladas en el referido Texto Refundido de la Ley de Tasas de la Generalitat, con un descuento del 15 %.”*¹³⁷

F. Retrasos en las liquidaciones.

Según los términos del contrato los pagos debían realizarse por mensualidades vencidas, teniendo el carácter de “a cuenta” de la correspondiente liquidación anual. El reajuste del precio anual debía efectuarse “*siempre antes del 31 de marzo del año siguiente con pago efectivo antes del 30 de junio inmediato siguiente*” (cl. 18.1 PCAP). Sin embargo, en todas las experiencias ha sido notorio el retraso en las liquidaciones, debido a que la Intervención de la Generalitat y la empresa estaban en desacuerdo en algunos aspectos, como hemos podido ver. Ello, no obstante, también estaba clara la predisposición de la administración a compensar a las empresas por estos retrasos.

178

El Informe del subdirector General de Recursos Económicos de la Conselleria, emitido en julio 2016, indicaba que se preveía tener cerradas las liquidaciones correspondientes a los ejercicios 2010-2013 en el siguiente mes de noviembre, y las correspondientes a 2014-2015 no podrían liquidarse hasta que no se dispusiera del dato exigido referente al gasto sanitario público consolidado del Estado por ser el límite máximo de incremento de la prima anual per cápita (según la cláusula 19 PCAP).

Según este Informe: “*El retraso en la aprobación de las liquidaciones obedece a la disconformidad manifestada por la Intervención Delegada de Sanidad con determinados conceptos que integran la liquidación, habiéndose aprobado por el Consell el 20 de noviembre 2015 un control financiero específico por parte de la Intervención General sobre los contratos de gestión de servicios públicos suscritos con todas las*

¹³⁷ Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana. **Dictámen 0204/2015**. *Consulta facultativa de la Conselleria de Sanidad, sobre determinadas cuestiones relacionadas con los contratos de gestión del servicio público, por concesión, de asistencia sanitaria integral*. 2015. <https://www.cjccv.es/dictamenes/2015/CS/2015-0204.pdf>

concesiones”¹³⁸, y añadía: “*En cualquier caso, el retraso en el pago de las facturas a los concesionarios podría ser indemnizado a través de la reclamación y pago de intereses de demora devengados por no cumplir la Administración con los plazos legales en el pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación de la operación contractual*”.

En este acuerdo se toma la decisión de solicitar a **la Intervención Delegada**, que incluya en el programa de controles específicos de 2016, un análisis de las liquidaciones anuales emitidas como consecuencia de la ejecución de los contratos de “Gestión de servicio público por medio de concesión de la asistencia sanitaria integral”, suscritos entre la Generalitat (Conselleria de Sanidad/ Agencia Valenciana de Salud) y los distintos adjudicatarios de los contratos, entre los ejercicios 2003 al 2012.¹³⁹

Más adelante, en el capítulo 5.1.5 daremos cuenta de las principales conclusiones del Informe elaborado por la Intervención en respuesta a esta petición del Consell.

G. Las competencias de la Comisión Mixta de Seguimiento de los contratos. La STSJCV 985/2018.

179

Como hemos visto, las comisiones mixtas de seguimiento de los contratos habían adoptado acuerdos que afectaban a la prestación del servicio sanitario, a su facturación y a las liquidaciones anuales¹⁴⁰.

En un momento determinado, en una reunión de la CMS de Torrevieja celebrada el 28 de diciembre de 2011, se dio cuenta por la secretaria

¹³⁸ Téngase en cuenta que en las elecciones de mayo de 2015 cambia el Gobierno de la Generalitat y pasa del Partido Popular a la coalición PSOE-PV y Compromís.

¹³⁹ Acuerdo del Consell. 20 noviembre de 2015. GVA Oberta. <https://hisenda.gva.es/documents/90598696/163827540/01.-+Aprobaci%C3%B3n+del+Consell+del+Plan+de+Control+Financiero+Espec%C3%A9fico+2016.pdf/51fb5fbc-419d-9c30-c439442f2708?t=1651578587312>

¹⁴⁰ Por ejemplo, el acuerdo por el que la Consellería asumiría el coste de la asistencia sanitaria prestada en el IVO a pacientes oncológicos de los Departamentos que iniciaron su tratamiento antes de la apertura del hospital, y el mismo criterio se aplicaría a los pacientes en tratamiento de diálisis en centros concertados; o el acuerdo de nueva interpretación de las condiciones económicas del contrato, a propuesta de la consellería, en noviembre de 2010.

autonómica, de la existencia de un dictamen del Interventor por el que la concesionaria tenía que hacerse cargo del gasto de los tratamientos de hemodiálisis y oncológicos realizados en los centros concertados por la Consellería, en beneficio de todos los pacientes de su Departamento. En la CMS se recordó que, desde que se adoptó el acuerdo en 2004 (en el caso de Torrevieja fue en 2007) el criterio se había tenido en cuenta en las diferentes comisiones mixtas, y el dictamen no podía comprometer los gastos y liquidaciones realizadas hasta el momento, pues produciría inseguridad jurídica, por lo que propone que su eficacia se tenga en cuenta a partir de la liquidación de 2012, momento en que se comunica oficialmente el cambio por parte de la Conselleria. Como consecuencia, la secretaria autonómica encarga al director general de recursos económicos, que vuelva a reunirse con el Interventor para estudiar si, de forma temporal, y con base en el acuerdo de la CMS de 2004, se podría atender la petición que la concesionaria realizaba”¹⁴¹.

En la siguiente acta, de 18 de julio de 2012, se aprueban las liquidaciones de los años 2006 a 2010, teniendo el visto bueno de la Intervención las de 2006, 2008 y 2009; y estando pendientes de fiscalización posterior las de 2007 y 2010.

180

El 24 de noviembre de 2014 se reúne la **CMS de Torrevieja** y se confirma que con anterioridad dicha comisión adoptó una serie de acuerdos que, *“por motivos de competencia y procedimiento, procede dejar sin efecto”*, *“con independencia de la posibilidad de poder analizar estas cuestiones de acuerdo con el procedimiento y por el órgano que, en cada momento, se determine en el seno de la Consellería”*.

Estos acuerdos eran los siguientes:

1º Declarar no aplicable y dejar sin efecto el acuerdo de la CMS por el que la Consellería asumía el coste de la asistencia sanitaria prestada en el IVO a pacientes oncológicos del Departamento de Torrevieja que iniciaron

¹⁴¹ Acta Comisión Mixta Departamento de salud de Torrevieja del 28 de diciembre de 2011. GVA Oberta. <https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/174659436/2011-CMS-+Torrevieja-28-12-2011.pdf/72d1166d-c885-4c7a-9354-b975fbf924ab>

su tratamiento antes de la apertura del hospital, y aplicar el mismo criterio pacientes en tratamiento de diálisis en centros concertados.

2º Dejar sin efecto a partir del 14 de julio de 2014, los siguientes acuerdos adoptados por la CMS: a) compensación a las concesiones por la atención primaria prestada a las personas no incluidas en la población protegida de la Comunidad Valenciana; y b) la concesión no asumirá el gasto de aquellos medicamentos que se dispensaban en oficinas de farmacia y que han pasado a ser de dispensación hospitalaria en el año 2010.

3º No se aplicará en ningún caso lo acordado en la CMS según lo cual, la facturación intercentros debe ajustarse a lo dispuesto en la cláusula 4.6 PCAP, *“no admitiéndose cargos por servicios sanitarios prestados hasta el 30 de septiembre que se hayan comunicado con posterioridad al 30 de noviembre y cargos correspondientes al último trimestre del ejercicio, comunicados con posterioridad al 28 de febrero del año siguiente”*.

Poco después, la CMS en sesión celebrada el 9 de diciembre de 2014¹⁴², aprobó las liquidaciones de los ejercicios: 2006 a 2012, teniendo en cuenta el nuevo acuerdo adoptado en la anterior reunión de 24 de noviembre de 2014, y aplicando también los criterios de revisión de la prima per cápita del dictamen 038/2012 del Consell Jurídic Consultiu, que vimos en el capítulo 5.1.3.C

Este proceso tuvo lugar también en las distintas comisiones mixtas de seguimiento de los demás acuerdos de concesión sanitaria. En la sesión de la CMS de La Ribera de 20 de mayo de 2015 (cuatro días antes de las elecciones autonómicas) se reconoce el trabajo realizado en los últimos meses para clarificar y cuantificar los conceptos a incluir en las liquidaciones, conforme a lo previsto en los pliegos, y aquellos que deben ser facturados por la concesión a la consellería al margen de las liquidaciones.

En dicha reunión, tal y como consta en su Acta, se aprobaron las liquidaciones de los ejercicios 2008, 2009, 2010 y 2012, con un saldo neto a favor de la Administración por importe de 13.900.705,88 euros, al que se le descontó 9.243.564,88 euros a favor de la concesionaria, por varios

¹⁴² Actas Comisión Mixta Hospital Torrevejeja. Acta 9 de diciembre de 2014 GVA Oberta. <https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/174659436/2014b-CMS-+Torrevejeja-09-12-2014.pdf/f2176dc0-3b51-4d58-b4d0-3d64c6b574f8>

conceptos¹⁴³, “sobre la base de determinados acuerdos adoptados en anteriores Comisiones Mixtas”.

Dos días después, vuelve a reunirse la Comisión de Seguimiento. En esta ocasión se recuerda que en sendos informes de 31 de julio y 25 de noviembre de 2013 la Abogacía de la Generalitat se había pronunciado sobre “*el carácter vinculante de los criterios y acuerdos adoptados por las Comisiones Mixtas de Seguimiento*” y sobre “*la obligación de compensar al concesionario en relación a determinados acuerdos*”; sin embargo, sometidas las liquidaciones a fiscalización previa de la Viceintervención General para la Administración Sanitaria, ésta informaba que “*determinados acuerdos de la Comisión Mixta de Seguimiento habían venido a alterar los términos económicos del contrato*”.

A la vista de estos informes se revisaron los acuerdos adoptados por la Comisión y en la reunión de 22 de mayo de 2015 (dos días antes de las elecciones) acordaron dejar sin efecto determinados acuerdos adoptados por dicha Comisión. Pocos días después, el 27 de mayo de 2015, se añade un anexo al acta con una diligencia de corrección de errores, que modifica e incrementa en 600.000 euros el importe a liquidar en 2012, a favor de la Administración.

El informe de la **Intervención General de la Generalitat** sobre el Control Financiero Específico de las Concesiones Sanitarias de 23 de octubre de 2017 señaló al respecto que:

“no resulta justificable, en ningún caso, la pretensión de aplicar de forma directa, sin la tramitación del procedimiento administrativo correspondiente, diversos acuerdos adoptados en el seno de la Comisión Mixta de Seguimiento, que, sin ser órgano competente para ello y al margen de procedimiento administrativo alguno, reconoce indemnizaciones y pagos a favor del concesionario, sin perjuicio, como hemos indicado, de lo que disponga el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana en el contencioso existente entre la Administración y el concesionario del

¹⁴³ Conceptos como farmacia ambulatoria/hospitalaria; cambio de criterio en la adscripción temporal de médico; formación; uso racional del medicamento; limpieza de locales de salud pública; programa de prevención de cáncer de mama, vacuna antineumococcina y gastos de confirming.

departamento de salud l'Horta-Manises, en el que se discute, precisamente, la naturaleza de la Comisión Mixta de Seguimiento y el carácter vinculante de sus acuerdos.

El hecho de que el órgano de contratación forme parte de las Comisiones Mixtas no implica que los acuerdos adoptados en el seno de las mismas sean acuerdos del órgano de contratación, ya que, en ese momento, actúa únicamente como componente nato de la Comisión Mixta y no como órgano de contratación, aunque los cargos recaigan sobre la misma persona. No es posible considerarlo de otra forma, ya que, en caso contrario, se estaría incumpliendo la legalidad al prescindir de los procedimientos administrativos correspondientes (existencia de crédito, fiscalización previa, informes jurídicos...).

*La Comisión Mixta de Seguimiento, por tanto, no tiene competencia alguna para alterar las condiciones económicas del contrato ni, mucho menos, para modificar el mismo, careciendo de competencia para aprobar, ni siquiera proponer, las liquidaciones anuales del precio del contrato.*¹⁴⁴

El 16 de enero de 2018 tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana sobre las competencias de la Comisión Mixta de Seguimiento y la naturaleza jurídica de sus actos, en la **STSJCV 985/2018**.

183

En esta ocasión, la concesionaria “Especializada y Primaria L’Horta Manises” (EYPHM) recurre el Acta de 11 de febrero de 2015 emitida por la CMS del contrato de gestión del servicio público de asistencia sanitaria integral del Departamento de Manises, por la cual acordaba dejar sin efecto determinadas actas previas que afectaban a las liquidaciones del precio anual del contrato de los ejercicios 2009 y 2010; y la Resolución de 23 de febrero de 2015 dictada por el Director general de recursos económicos que desestimaba la reclamación formulada por la actora por la que solicitaba la declaración como definitiva y vinculante de las liquidaciones de los ejercicios 2009 y 2010, y la práctica de las liquidaciones de los ejercicios

¹⁴⁴ Control Específico. Intervención Delegada. Ribera salud Transparencia <https://www.riberasalud.com/wp-content/uploads/2019/03/VALENCIA-INTERVENCION.pdf>

2011, 2012 y 2013 de conformidad con los criterios aplicados en las liquidaciones de los ejercicios 2009 y 2010.

La concesionaria demandante solicitaba la nulidad de la citada Acta y de la Resolución; la declaración del carácter definitivo y vinculante de las liquidaciones de 2009 y 2010 practicadas por la CMS, y la plena validez de los criterios y conceptos aprobados por las comisiones mixtas celebradas hasta el año 2012 en relación con las liquidaciones que en adelante deban practicarse. La parte demandada se opuso y solicitó la íntegra desestimación del recurso interpuesto.

Los motivos de impugnación alegados por la recurrente fueron los siguientes:

1) Nulidad de pleno derecho de los actos impugnados al revisar y anular actos administrativos firmes sin seguir el procedimiento de revisión de oficio del art. 102 de la Ley 30/92.

2) Los acuerdos adoptados por la Comisión mixta deben ser confirmados porque son actos administrativos adoptados válidamente conforme a los pliegos del contrato¹⁴⁵.

184

¹⁴⁵ Los acuerdos adoptados por la CMS y dejados sin efecto eran:

- Del Acta de 26-11-2010: “*Compensación a las concesiones por la Atención primaria prestada a las personas no incluidas en la población protegida de la comunidad valenciana*” y “*La concesión no asumirá el gasto de aquellos medicamentos que se dispensaban en oficinas de farmacia y que han pasado a ser de dispensación hospitalaria en 2010*”.

- Del Acta de 9-6-2010: “*No se admitirán cargos por servicios prestados hasta el 30 de septiembre que se hayan comunicado con posterioridad al 30 de noviembre y cargos correspondientes al último trimestre del ejercicio comunicados con posterioridad al 28 de febrero del año siguiente*”.

- Del Acta de 13-9-2010: “*Dada la circunstancia de que en el ejercicio 2009 no existía la figura del comisionado del Departamento de salud de Manises, con lo cual su intervención en el proceso junto con al SAIP para la tramitación de las solicitudes de libre elección no fue posible, se acuerda que solo se podrán cargar en los procesos y episodios asistenciales que cumpliendo con el Decreto de libre elección así como los criterios acordados por las Comisiones mixtas anteriores en lo relativo a la facturación de 2009, no podrán haber sido atendidos en el Hospital de Manises en función de las limitaciones de sus carteras de servicios*”.

3) El procedimiento de liquidación del precio anual del contrato seguido por la administración no se ajusta a lo previsto en los pliegos y no puede ser utilizado en contra de los derechos legítimos del contratista.

4) La existencia de un informe de la intervención de 28-12-2012, contrario a los anteriores acuerdos es insuficiente para permitir a la administración incumplir los pliegos y el procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos.

5) El acta de la Comisión mixta impugnada es nula de pleno derecho al prescindir del procedimiento legal de toma de acuerdos en los órganos colegiados.

6) La Resolución impugnada es nula de pleno derecho al generar indefensión por falta de motivación y ausencia de audiencia y vista del expediente administrativo.

7) Los actos impugnados propician el enriquecimiento injusto de la administración.

La Administración se opuso a la demanda invocando, con carácter previo, dos causas de inadmisibilidad:

1) Inexistencia de actividad administrativa impugnabile de conformidad con el art. 69 c) de la LJCA en relación con el art. 25 del mismo texto legal, y por no ser el Acta de 11 de febrero de 2015 un acto administrativo, dado que la Comisión mixta es un órgano creado por el PCAP en el que participan representantes de la concesionaria sin que por ello pueda emitir actos que tengan la consideración de actos administrativos y aún en el supuesto de admitir que lo fueran, no serían susceptibles de impugnación al no ser actos resolutorios ni actos de trámite cualificados. En cuanto a la Resolución impugnada señala que, la misma es un acto de trámite no cualificado al incardinarse, al igual que el anterior, en el marco del procedimiento para determinar el precio del contrato administrativo de gestión del servicio público, procedimiento que se encuentra en curso

2) Falta de legitimación de la recurrente para la impugnación del acta de la comisión mixta de la que además es parte de conformidad con lo expresado por el art. 20 a) de la LJCA, lo que impide interponer recurso contencioso contra la actividad de una administración pública a los miembros de sus

órganos colegiados, debiendo declarar así la inadmisibilidad del recurso interpuesto de conformidad con el art. 69 b) de la LJCA.

En cuanto al fondo:

1) La administración reproduce las funciones de la Comisión mixta de seguimiento del contrato de gestión del servicio público, concebido como órgano de control y seguimiento, para mostrar que en ninguno de los preceptos aplicables (contrato, PCAP, PPT) se establece como función de la susodicha comisión la de aprobar liquidaciones anuales del precio del contrato. Siendo necesario, además, que cualquier modificación del contrato siga el procedimiento previsto en la legislación sobre contratos del sector público.

2) En cuanto a la necesidad de acudir a la revisión de oficio para revisar los acuerdos anteriores a 2015, se rechaza por entender que dichos acuerdos no pueden ser calificados de actos administrativos, lo que permite su modificación en las ulteriores reuniones de la comisión mixta.

A la vista de lo manifestado por las partes el Tribunal pasa a examinar en primer lugar las dos causas de inadmisión presentadas por la Administración (A), y a continuación, los motivos de impugnación formulados por la actora (B).

186

A. En cuanto a las causas de inadmisión formuladas:

a) La inexistencia de actividad administrativa impugnabile, tanto por lo que hace al Acta como a la Resolución.

En el primer caso, el Tribunal da especial relevancia a los informes emitidos sobre el particular por la **Abogacía de la Generalitat** de fechas: 31.07.2013; 25.11.2013; 14.11.2014; 31.07.2015 y 25.11.2015, en los que se reconoce la naturaleza de la CMS como órgano administrativo; con facultades expresas en relación con la facturación; cuyos acuerdos obligan sin duda a la Administración y a la otra parte, y deben cumplirse; y que es *“contrario al principio de buena fe contractual autorizar al contratista a realizar determinadas prestaciones o comportamientos con expesos compromisos compensatorios y pretender, en un momento posterior, y contradiciendo nuestras propias instrucciones, desdecirnos de los mismos y*

no resarcir de los gastos efectuados bajo esa apariencia de correcta actuación”.

En este primer caso, el Tribunal a la vista de los anteriores informes y de la composición y regulación de la CMS reconoce su *“innegable naturaleza administrativa y con ello el carácter administrativo de los acuerdos adoptados por ésta, sea cual sea su composición, (...) así como el carácter vinculante de los mismos, lo que permite sin duda que dichas actas sean susceptibles de impugnación ante la jurisdicción en la que nos encontramos”*. En cuanto a si el acta impugnada es susceptible de recurso contencioso o se trata de un acto de mero trámite no susceptible de impugnación independiente, llega a la conclusión que *“habida cuenta de la trascendencia de la citada acta, al dejar sin efecto otros acuerdos adoptados con anterioridad, de naturaleza administrativa, plenamente ejecutivos y vinculantes entre las partes, en ningún caso podemos atribuirle a dicha acta la condición de mero acto de trámite”*. Por todo ello el Tribunal concluye que: *“debemos admitir el recurso interpuesto frente a la misma por ser dicha actuación actividad administrativa impugnable, al exceder, en cuanto al contenido de la misma, a un mero acto de trámite no decisorio de conformidad con el art. 25 de la LJCA”*.

En cuanto a la Resolución impugnada, el Tribunal no duda que contra la misma puede interponerse recurso contencioso, por una parte, porque la misma, como advierte expresamente, agota la vía administrativa y concede un plazo de dos meses para la interposición del citado recurso; y por otra, por la *“innegable trascendencia”* de la decisión adoptada al desestimar las liquidaciones provisionales practicadas.

b) Falta de legitimación de la recurrente. En cuanto a la falta de legitimación de la recurrente para la impugnación del acta de la comisión mixta de la que además es parte de conformidad con lo expresado por el art. 20 a) de la LJCA, precepto que impide interponer recurso contencioso contra la actividad de una administración pública a los miembros de sus órganos colegiados, se opone la actora alegando, que la comisión mixta está integrada por 4 representantes de la administración y dos de la concesionaria; que la comisión puede adoptar decisiones relativas al contrato que pueden repercutir directamente sobre la concesionaria y que resulta necesario reconocer legitimación a ésta para impugnar las mismas, sin que la limitación

invocada por la demandada resulte de aplicación a los miembros de los órganos colegiados cuando actúen como personas.

El Tribunal considera que no puede prosperar la causa de inhabilitación alegada “*siendo innegable el interés legítimo de la actora, en su condición de entidad concesionaria del contrato de gestión controvertido para interponer el recurso interpuesto, dado el contenido de los dos actos impugnados que la afectan directamente como tal*”, el Tribunal destaca también que los dos miembros de la concesionaria no votaron a favor del Acta que ahora impugnan. En definitiva, el Tribunal rechaza todas las causas de inadmisibilidad formuladas.

B. En cuanto a los siete motivos de impugnación alegados por la parte actora. El Tribunal estima el primero y desestima los restantes.

El primer motivo “nulidad de pleno derecho de los actos impugnados al revisar y anular actos administrativos firmes sin seguir el procedimiento de revisión de oficio del art. 102 de la Ley 30/92” se examina en relación con el segundo “los acuerdos adoptados por la Comisión mixta deben ser confirmados porque son actos administrativos adoptados válidamente conforme a los pliegos del contrato”.

188

Este motivo de impugnación se examina, en primer lugar, en relación con el acta y posteriormente en relación con la resolución.

En relación con el Acta, el Tribunal parte de la naturaleza administrativa de dicha acta y, por lo tanto, declara que debe ser anulada “*al contravenir el procedimiento legalmente establecido que en este caso concreto sería el de revisión de oficio previsto por el art. 102 de la ley 30/92, pues ciertamente los acuerdos que han sido dejados sin efecto eran actos administrativos, plenamente vinculantes y ejecutivos entre las partes*”. El Tribunal recuerda que “*los actos administrativos en sentido estricto, únicamente pueden ser variados o modificados bien por la vía de resolución de los recursos administrativos en su caso interpuestos frente a ellos bien, cumpliendo también en cada caso los requisitos exigidos, por las extraordinarias vías de su revisión de oficio por nulidad de pleno derecho o de declaración de lesividad de actos meramente anulables, (...), siendo por ello inaceptable el*

acuerdo impugnado que debe ser anulado sin más por su contrariedad a derecho”.

Respecto de la Resolución por la que se desestima la reclamación formulada por la actora en relación con las liquidaciones de los ejercicios 2009 y 2010, la situación es distinta, pues -dice el Tribunal- que, *“en este caso concreto consta en el examen del expediente administrativo que, tales liquidaciones fueron aprobadas con carácter provisional ... a falta de la correspondiente fiscalización por la Intervención delegada de la Consellería de sanidad de conformidad con lo previsto en el acuerdo de 27-6-2008 del Consell, en el que se atribuye a la intervención general el control de la gestión económico financiera, de manera que obteniendo informe desfavorable por parte del citado organismo las citadas liquidaciones no adquirieron carácter definitivo, por lo que en este caso, no encontrándonos ante actos administrativos firmes no se hace preciso acudir al procedimiento de revisión de oficio expresado, siendo por ello acorde a derecho el procedimiento seguido para dictar la Resolución impugnada”.*

El Tribunal también desestima el tercer motivo de impugnación referido a que el procedimiento de liquidación del precio anual del contrato seguido por la administración no se ajusta a lo previsto en los pliegos y no puede ser utilizado en contra de los derechos legítimos del contratista; puesto que *“no se ha acreditado o desvirtuado por el recurrente que la no aprobación, por parte de la Administración de las dos liquidaciones practicadas por la comisión mixta con carácter provisional signifique que la actuación de la administración no se haya ajustado a lo previsto en los pliegos máxime cuando la Resolución objeto del presente recurso se limita a no aprobar las susodichas liquidaciones concediendo a la concesionaria trámite de alegaciones en relación con la práctica de una nueva liquidación”.*

Conforme a lo anteriormente expresado, el Tribunal desestima también el motivo de impugnación relativo a la insuficiencia del informe de Intervención quedando justificada la procedencia del mismo, y la necesidad de someter las liquidaciones provisionales a dicha fiscalización.

Los últimos motivos de impugnación referidos a defectos de índole puramente formal que deberían motivar la nulidad de la Resolución al generar indefensión por falta de motivación y ausencia de audiencia y vista del expediente administrativo, se desestiman, pues *“la mera lectura de la*

resolución permite apreciar la debida motivación que ha dado lugar a la misma, las razones que no han dado lugar a la aprobación de las liquidaciones provisionales y consta igualmente en la susodicha Resolución la apertura del correlativo trámite de alegaciones al concesionario, con el fin de proceder a la aprobación de las liquidaciones pendientes, sin que en definitiva conste, por los motivos expuestos que los actos impugnados propician el enriquecimiento injusto de la administración, alegación carente de todo sustento probatorio y que debe desestimarse sin más”.

En definitiva, el Tribunal concluye estimando parcialmente el recurso en los términos expuestos.

5.1.4. Solicitud de restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato (SSTSJCV 5085/2019; 5086/2019 y 502/2020).

Las entidades concesionarias de los Departamentos de Elche-Crevillente, Torrevieja y La Ribera, en diversos momentos, consideraron que, desde la puesta en marcha del hospital, se habían producido alteraciones en las condiciones de la explotación de las concesiones derivadas de actuaciones de la Administración y otras circunstancias imprevisibles al tiempo de la adjudicación, que habían afectado gravemente a su economía, por lo que reclamaban a la consellería una compensación por sobrecostes, y medidas de reequilibrio con el fin de garantizar la viabilidad de la concesión.

Ante la desestimación de su pretensión por silencio administrativo, todas ellas interpusieron sendos recursos contenciosos administrativos ante el TSJ de la Comunidad Valenciana.

Todos los recursos planteaban las mismas peticiones, aportaban los mismos argumentos y contaban con la misma representación y defensa jurídica.

La sección Quinta de la Sala del Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestimó el recurso en todos los casos: Departamento de Elche-Crevillente (STSJ CV

5085/2019, de 5 de noviembre); Torrevieja (**STSJ CV 827/2019**, de 6 de noviembre) y La Ribera (**STSJCV 502/2020**, de 28 de febrero).

La parte demandante fundamenta su pretensión de reequilibrio económico-financiero en las siguientes causas:

- modificación del servicio contratado ante la modificación de los beneficiarios del servicio que ha venido determinada fundamentalmente por la entrada en vigor del Real Decreto Ley 16/2012, que introdujo una definición más restrictiva del concepto de asegurado en el sistema nacional de Salud;

- modificación derivada de la introducción por la Consellería de nuevas condiciones bajo las cuales se retribuye a la concesionaria vía facturación intercentros;

- modificación en la prestación farmacéutica ante la modificación en la dispensación hospitalaria de nuevos medicamentos suministrados antes por las oficinas de farmacia que incrementa el coste de la concesionaria;

- modificación derivada de las subidas impositivas aprobadas tras la adjudicación de la concesión: Incremento del IVA e Incremento de las contribuciones a la Seguridad Social;

- sobrecostes asumidos por la concesionaria derivados del complemento salarial por carrera y desarrollo profesional del personal estatutario de la Consellería;

- modificación del régimen tarifario de los servicios prestados (cambio de criterio en la calificación a efectos de tarificación de la cirugía mayor ambulatoria; cambio en la tarifa de los servicios de medicina nuclear; cambio en las tarifas de servicios de GDR con estancia hospitalaria)

Todo lo anterior, ha determinado -según la parte recurrente, la existencia del desequilibrio económico “*que debe ser compensado puesto que se hace económicamente inviable la concesión con riesgo económico para la empresa que puede derivar en grave perjuicio para el interés general*”.

La Administración se opuso alegando la falta de cobertura legal de la reclamación; la aplicación al caso del principio de riesgo y ventura del contratista; la imposibilidad de conocer cualquier desequilibrio económico al desconocerse el precio del contrato por falta de aprobación de las

liquidaciones anuales; haberse contemplado ya en la fijación de la prima per cápita algunas de las circunstancias alegadas, así como el enriquecimiento injusto por los sobrecostes derivados de la dispensación de medicamentos; que, según el Informe del DG de Recursos Económicos la población no sólo no ha disminuido sino que ha aumentado; que no son repercutibles los costes derivados del incremento del IVA y de las contribuciones a la Seguridad Social, todo ello ya contemplado en la revisión de precios mediante actualización anual de la cápita por persona, y por último, los incrementos derivados de la carrera profesional derivan de la Ley 55/2003 de Estatuto Marco de personal estatutario de los servicios sanitarios y no es reclamable a la Generalitat.

La Administración acompaña a su oposición Informe del Subdirector General de Recursos Económicos de 3 de marzo de 2017 según el cual, las cantidades percibidas por la concesionaria han superado con creces los cálculos efectuados en su momento para la adjudicación y, además, al igual que ocurría en el caso de Elche-Crevillente: *"Esa fluctuación no evidencia un descenso sustancial y significativo como para justificar el reequilibrio solicitado. No se justifica que haya supuesto efectivamente una quiebra del equilibrio económico del contrato globalmente considerado y de tal magnitud que dé lugar a la indemnización solicitada"*. Y como dice el Tribunal, en todo caso, *"se trata de un factor totalmente ajeno a la Administración y que forma parte de los riesgos empresariales"*¹⁴⁶.

192

El Tribunal toma en consideración para la resolución del caso además de las citadas sentencias que le preceden, los siguientes fundamentos jurídicos y doctrinales:

- a) La legislación vigente en materia de contratos de las administraciones públicas (R.D. Legislativo 2/2000), en particular los arts 98, 163 y 248.1 y 2, según los cuales:
 - i. *"Principio de riesgo y ventura. La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144"* (art. 98).

¹⁴⁶ Sentencia Núm. 184/2020 TSJCV, de 28 de febrero.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/372028180432e4e2/20200408>

- ii. *“Modificación y sus efectos. 1. La Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. 2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. 3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos”* (art. 163).
- iii. *“Mantenimiento del equilibrio económico del contrato. 1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente. 2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra. b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta Ley”* (art. 248.1 y 2)
- b) La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011 (ES:TS:2011:3125), que en relación con el anterior artículo señala que *“El artículo 248 del Real Decreto Legislativo 2/2000, no extiende la responsabilidad de la Administración concedente por supuestos como el que aquí examinamos (...) el apartado b) del número 2 en el que AMT ve el apoyo a su reclamación no se refiere a Administraciones distintas de la concedente”*.
- c) La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2019 (ES:STS:2019:1657) según la cual: *“En la contratación administrativa rigen estos dos principios esenciales: el de riesgo y ventura y el de equilibrio económico-financiero de la concesión; que el segundo es un factor de*

modulación del primero para garantizar la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público, y que esta modulación opera mediante la distinción entre lo que es alea normal del contrato (en cuyo ámbito opera el principio de riesgo y ventura), y lo que son circunstancias que escapan a ese alea ordinario, por ser imposible su previsión normal o razonable, en las que opera el deber administrativo de establecer la ecuación financiera perturbada por dichas circunstancias”.

d) El Informe de la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública en relación con el Departamento de Torreveija, de 22 de septiembre de 2016, que acompaña a la contestación a la demanda. De este informe reproduce la sentencia los datos de la evolución cápita de Torreveija, que de 494,52 euros en 2006, se incrementa progresivamente hasta 775,45 euros en 2016; y la comparativa entre incremento cápita CV e incremento cápita concesión, donde se observa, frente al crecimiento constante de ésta, la reducción de la cápita de la CV en los años 2009 (3,94%, frente a 4,50%), 2011 (- 3,83% frente a 2,10%), 2012 (-0,05% frente a 3,10%) y 2013 (0,40% frente a 3,40%); los recortes en sanidad se observan sólo en la sanidad pública, las concesionarias siguieron incrementando el precio per cápita durante todo el periodo.

194

e) El estudio aportado el 21 de diciembre de 2016 por la Abogacía de la Generalitat, de las cuentas anuales de la concesión del Departamento de Salud de Torreveija, así como la determinación de la tasa interna de rentabilidad de la misma, que habían sido elaboradas por el **Centro de Investigación de Ingeniería Económica (INECO) de la Universitat Politècnica de Valencia**. El estudio consistía en verificar la razonabilidad de la Tasa Interna de Rentabilidad (TIR) obtenida por la empresa concesionaria y analizar, adicionalmente, la financiación de las inversiones ejecutadas (fondo operativo, préstamos de los miembros de la UTE y préstamos/créditos de entidades financieras), en el periodo 2006-2012 cuyas liquidaciones habían sido aprobadas en 2014. De las conclusiones del estudio el Tribunal recoge las siguientes:

"Los ingresos percibidos se mantienen en niveles estables, por encima de 120 millones de euros, a pesar de la reducción de la población protegida, debido al incremento de la prima per cápita. Los principales gastos (aprovisionamientos y personal) se mantienen en niveles estables. Las

inversiones se han ejecutado según el plan previsto en la oferta presentada (...) Resulta imposible el cálculo con certeza de la rentabilidad, debido a los diferentes cambios contables acaecidos, así como a la imposibilidad de obtener toda la información necesaria para poder realizar un adecuado análisis (plan económico-financiero). La rentabilidad calculada para el periodo 2003-2021 es muy variable dependiendo del método utilizado, tomando siempre valores positivos que oscilan entre el 5 y el 20 %"¹⁴⁷

f) El informe de auditoría operativa de la concesión de la asistencia sanitaria integral del Departamento de Salud de Torrevieja realizada por la Sindicatura de Cuentas, de los ejercicios 2003-2016. De este informe, el Tribunal destaca las siguientes conclusiones:

"... o) La Administración no ha ejercido una tutela efectiva sobre el concesionario en materia de inversiones, pues no consta que se hayan aprobado formalmente los planes de inversiones anuales desde el ejercicio 2009 ni tampoco los planes quinquenales presentados".

"... q) No se ha revisado la rentabilidad del proyecto por parte de un auditor externo, consensuado por las partes. Según nuestras estimaciones, la TIR se sitúa en el 7,12 % en un escenario en el que se computan la totalidad de los ingresos del concesionario".

"... t) Se encuentran pendientes de liquidar los ejercicios 2013 a 2017, por lo que el órgano de contratación no ha cumplido con las obligaciones impuestas por el contrato".

"... v) Hemos estimado que el precio final del contrato abonado por la Conselleria en el periodo 2006-2016 es aproximadamente de 108,6 millones superior al precio que se deriva de la aplicación literal de la cláusula de revisión prevista en los pliegos".

Por último, el Tribunal analiza los siete conceptos en que la concesionaria funda la existencia de una alteración sustancial del equilibrio concesional.

a) En cuanto a “*las alteraciones de los ingresos capitativos ocasionados por la disminución de la población protegida en el ámbito de concesión*”,

¹⁴⁷ STSJ CV 5086/2019, de 6 de noviembre de 2019.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/448284cb65dadaf1/20200110>

debido a *“las medidas administrativas adoptadas con posterioridad a la adjudicación”*, en particular a la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS que introduce una definición más restrictiva de asegurado, el Tribunal concluye que *“el origen de la medida no se sitúa en la Generalitat Valenciana sino en la Administración del Estado”* y en esos casos, *“la jurisprudencia aplicable pide que el origen de la medida se sitúe en la Administración contratante; no en un tercer Ente público”*.

b) Por lo que hace a las alteraciones de los ingresos debidas al *“significativo e imprevisible efecto de la crisis económica”* entra dentro del *alea* normal del contrato.

c) El tercer concepto referido a la *“facturación intercentros”* está relacionado con la *alteración de las tasas aplicables* a algunos servicios que prestaba Torreveja Salud. En este caso, establece el Tribunal que dicha alteración no es *“radicalmente imprevisible tal y como exige la jurisprudencia para poder proceder al reequilibrio económico de la concesión”* y *“Esas variaciones quedarían situadas dentro del concepto de “riesgo y ventura”, “... el resultado de las modificaciones tarifarias puede ser beneficioso o perjudicial para la concesionaria o para la administración, características ésta propia del riesgo y ventura”, “Por lo tanto, la variación de precios y/o conceptos en la normativa de tasas y precios públicos, por más que esa variación perjudique a una de las partes de la relación contractual, no queda dentro de la órbita del restablecimiento del equilibrio económico de un contrato de concesión de obras”*.

d) El cuarto es el: *“quebranto económico derivado de las alteraciones de la prestación farmacéutica”*. En este caso el origen del quebranto está en que ciertos fármacos que se dispensaban en oficinas de farmacia y por tanto el concesionario no asumía su prestación (cláusula 2 PCAP), pasan a dispensación hospitalaria. Pese a que la Abogacía General de la Generalitat reconoció la necesidad de compensar a la contratista por la dispensación hospitalaria, el Tribunal concluye denegando la solicitud, siguiendo lo establecido por la sentencia 5085/2019, de 5 de noviembre: *“debe señalarse la falta de justificación del importe reclamado por este concepto teniendo en cuenta que el incremento del gasto sanitario es un coste que forma parte de las variables que incrementan la cápita del precio, ... Y, en segundo lugar, debe estarse al riesgo operacional que debe asumir el concesionario”*.

e) Los tres últimos tienen en común que la causa del quebranto se sitúa en modificaciones legales, introducidas por la Administración del Estado: "... subida del IVA"; "... alteraciones en las contribuciones de la Seguridad Social"; "... instauración del complemento salarial por carrera y desarrollo profesional del personal estatutario dependiente de la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana, soportado por el concesionario". En estos casos, recuerda el Tribunal la cláusula 14 del Contrato según la cual: "Serán por cuenta del concesionario toda clase de impuestos y arbitrios a que dé lugar la explotación del servicio, incluidos los gastos relativos al Impuesto de Bienes Inmuebles" y la cláusula 17.3 PCAP según la cual, son "Obligaciones del contratista y gastos exigibles respecto de la gestión del servicio público (...) 3. Gastos y tributos exigibles. Serán por cuenta del concesionario toda clase de impuestos y arbitrios a que dé lugar la explotación del servicio". Por último, en cuanto al complemento salarial por carrera y desarrollo profesional del personal estatutario, como en los demás casos "no es imputable a la Consellería al traer su causa de una Ley Estatal, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, de Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios sanitarios".

197

El Tribunal desestima todos los motivos de impugnación del recurso planteado y concluye, como en las sentencias precedentes que: "no consta acreditada medida legislativa que haya supuesto efectivamente una quiebra del equilibrio económico del contrato globalmente considerado y de tal magnitud que dé lugar a la indemnización solicitada, máxime cuando aún está pendiente de aprobación las liquidaciones anuales del contrato que son las que fijan el precio del contrato".

5.1.5 Valoración general de la experiencia de externalización de los departamentos de salud desde el punto de vista de la Intervención General y la Sindicatura de Cuentas.

En este apartado queremos dar cuenta de varios informes de supervisión realizados en relación con las anteriores experiencias y que resultan de

interés porque aportan elementos para una valoración general de las mismas en relación con la actividad prestada y su coste.

Veremos en primer lugar el informe de la Intervención General de la Generalitat sobre el Control Financiero Específico de las Concesiones Sanitarias de 23 de octubre de 2017, encargado en 2015 por el Consell a la vista de la conflictividad generada en torno a las liquidaciones; y en segundo lugar, haremos referencia a los informes de auditoría generados por la Sindicatura de Cuentas en relación con la contratación de los departamentos de Manises y Torrevieja.

A. El Informe de la Intervención General de la Generalitat sobre el Control Financiero Específico de las Concesiones Sanitarias de 23 de octubre de 2017.

El 20 de noviembre del 2015, y debido a la alta conflictividad, el Consell acordó solicitar a la Intervención General la realización de diversos controles financieros sobre áreas específicas de actividad de algunos órganos de la Administración de la Generalitat¹⁴⁸.

Uno de los controles solicitados fue el análisis de las liquidaciones anuales de los contratos de “Gestión de servicio público por medio de concesión de la asistencia sanitaria integral”, suscritos entre la Agencia Valenciana de Salud y los distintos concesionarios; en particular, sobre las liquidaciones practicadas entre los ejercicios 2003 al 2012, así como sobre los hechos anteriores y posteriores que fueran relevantes a los efectos del control¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Acuerdo del Consell de 20 de noviembre de 2015. GVA Oberta. <https://hisenda.gva.es/documents/90598696/163827540/01.-+Aprobaci%C3%B3n+del+Consell+del+Plan+de+Control+Financiero+Espec%C3%A9fico+2016.pdf/51fb5fbe-cedd-419d-9c30-c439442f2708?t=1651578587312>

¹⁴⁹ Informe definitivo de control financiero específico sobre liquidaciones anuales emitidas como consecuencia de la ejecución de los contratos de gestión de servicio público mediante concesión de la asistencia sanitaria integral. <https://www.riberasalud.com/wp-content/uploads/2019/03/VALENCIA-INTERVENCION.pdf>

El informe debía verificar que, tanto la determinación del precio como las liquidaciones, se correspondían con la normativa aplicable y los pliegos del contrato. La intervención consideró necesario también estudiar los controles ejercidos por la administración respecto a las inversiones realizadas. Las liquidaciones que finalmente se analizaron son las que quedan reflejadas en el cuadro siguiente:

CONCESIÓN	AÑO INICIO	PERIODOS LIQUIDADADOS	PERIODOS ANALIZADOS
ALZIRA	2002	2003-2012	2007-2012
TORREVIEJA	2006	2006-2012	2006-2012
DÉNIA	2009	-	-
MANISES	2009	-	-
ELX-CREVILLET	2010	-	-

La razón por la que el análisis queda reducido a solo dos de las concesiones se debe a que, en el resto las liquidaciones no estaban todavía aprobadas; en algunos casos no existía ni propuesta de liquidación y en otros, la liquidación provisional estaba judicializada. Tampoco se analizan las liquidaciones del Departamento de La Ribera de 2003 a 2007, por el tiempo transcurrido y porque ya fueron analizadas en su momento por el Consejo Jurídico Consultivo y la Abogacía de la Generalitat.

Además de las limitaciones anteriores, el informe advierte que no ha podido disponer de la documentación necesaria, porque no le han sido facilitados ni los Planes anuales de Inversión (que debieron formularse por el concesionario y aprobarse por la Administración), ni las actas anuales de Dimensión de las Inversiones.

Por lo tanto, el informe analiza solo las liquidaciones de Torrevieja y Alzira *“únicas aprobadas por el Órgano de contratación conforme al procedimiento administrativo correspondiente, mediante resoluciones notificadas a los concesionarios, que no interpusieron recurso judicial alguno, dando su conformidad a las mismas”*.

Con las limitaciones señaladas, el informe contiene una serie de conclusiones críticas sobre la regulación del contrato y su ejecución, entre las que podemos señalar las siguientes:

1. Respecto a los pliegos de cláusulas, se apunta a su insuficiente regulación en comparación con la detallada regulación que de dichas relaciones se establece en los pliegos de este tipo de contratos en otras Administraciones, así como su redacción ambigua y aparentemente contradictoria, obligando a una importante labor hermenéutica por parte del órgano de contratación, que ha debido acudir en dos ocasiones a la función consultiva del Consejo Jurídico Consultivo.

2. La intervención hace notar que no constan incorporados a los expedientes de contratación estudios económicos previos ni proyectos de explotación del servicio público cuya gestión indirecta se concierta, por lo que no queda motivado ni justificado si el importe que se fijó para la cápita inicial resultaba adecuado para la financiación de la actividad objeto de concesión.

3. Tampoco consta la existencia de acto administrativo alguno dictado por el órgano de contratación mediante el que se determine la cápita definitiva anual a aplicar en cada uno de los ejercicios objeto de liquidación anual, ni se ha regulado un procedimiento claro y definido para iniciar, instruir, proponer y resolver por el órgano de contratación las liquidaciones anuales del precio del contrato, en el que se identifiquen los órganos o unidades administrativas competentes, así como los plazos y trámites a realizar.

4. En lo que respecta al desarrollo del contrato, el informe resalta que *“no resulta justificable, en ningún caso, la pretensión de aplicar de forma directa, sin la tramitación del procedimiento administrativo correspondiente, diversos acuerdos adoptados en el seno de la Comisión Mixta de Seguimiento, que, sin ser órgano competente para ello y al margen de procedimiento administrativo alguno, reconoce indemnizaciones y pagos a favor del concesionario”*. Ello, no obstante, si se ha autorizado o se han dado instrucciones al concesionario para realizar determinadas prestaciones con expresos compromisos indemnizatorios, sea en el seno de las CMS o no, *“habrá de procederse a su compensación”*.

5. La Intervención reprocha la dejación de funciones del órgano de contratación en el ejercicio de sus facultades de interpretación del contrato y de resolución de dudas acerca de su cumplimiento o modificación. La Intervención considera que esto dio origen a la extralimitación de funciones de la Comisión Mixta de Seguimiento. También señala la dejación de funciones sobre el control de las inversiones, estipulado en el contrato, tanto en lo que respecta a las actas de dimensión de las inversiones como en los controles anuales. En conclusión, señala que *“no se han confeccionado los documentos básicos de control de las inversiones”* (proyectos anuales y actas de dimensión).

6. Respecto a la determinación del precio de las liquidaciones analizadas, el informe considera que el órgano de contratación se ha ajustado, con carácter general a los pliegos, en la determinación del precio de los contratos de Torreveja y Alzira, haciendo uso de sus facultades de interpretación y, conforme al criterio contenido en el dictamen del Consejo Jurídico Consultivo, pero *“se han incumplido los plazos previstos en dichos pliegos para la práctica de las liquidaciones”*. Como ejemplo, cita el caso de Denia, cuyo contrato es de 2009, pero en 2017 el órgano de contratación todavía no había dictado acto administrativo de aprobación de ninguna liquidación anual, ni se había formulado propuesta alguna, incumpliendo los plazos previstos en la documentación contractual.

201

Por último, el informe propone una serie de **recomendaciones** sobre la determinación del precio del contrato y el control de las inversiones realizadas que conviene tener en cuenta.

1. Respecto de la determinación del precio del contrato, le indica a la *Conselleria* que *“debe articular un procedimiento claro y definido para iniciar, instruir, proponer y resolver por el órgano de contratación las liquidaciones anuales del precio del contrato, en el cual se identifiquen los órganos o unidades administrativas competentes, así como los plazos y trámites a realizar. Dicho procedimiento deberá “rigurosa y exclusivamente” ajustarse a los parámetros de los pliegos, evitando injerencias de la Comisión Mixta o de cualquier otro órgano que no sea el de contratación.*

2. Cualquier pretensión de compensación económica a favor del concesionario o de la Administración por otros conceptos distintos de los establecidos por los pliegos que rigen el contrato, *“no tiene cabida en la liquidación anual”*, que debe determinar el precio anual definitivo del contrato.

3. El informe recomendaba a la Consellería que revisara los porcentajes que figuran en sus cuadros de actualización de cápita relativos al gasto sanitario consolidado del Estado, *“ya que los mismos no se corresponden con los datos oficiales y definitivos publicados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”*

4. Respecto de las inversiones a realizar por el concesionario, la Intervención advierte que se deberían cumplir los términos establecidos en los pliegos respecto a los planes anuales de inversiones a ejecutar por los concesionarios, y aprobarse los mismos *“con carácter previo a su realización”*.

5. De igual forma se deberá proceder a la elaboración anual de las actas de dimensión de las inversiones, en las que se recoja, de conformidad con lo dispuesto en los pliegos, la información que *“ha de servir de base para conocer la magnitud de las inversiones a los efectos de la reversión a la Administración de dichos bienes a la finalización de la concesión, a los efectos de servir de base para los cálculos contables del concesionario para sus amortizaciones y fondo de reversión, y para establecer la indemnización en el supuesto de resolución o rescisión total o parcial del contrato”*.

6. En este sentido, la consellería *“debe vigilar”* a través del comisionado y de sus propios servicios técnicos *“la correcta ejecución del plan de inversiones”*. Para ello sería necesario *“disponer del listado inventariado detallado de estos elementos con el estado financiero actual, así como al final del periodo de la concesión”*; y debe proceder a realizar *“un inventario de bienes de titularidad del concesionario a efectos de cuantificar las inversiones que han de revertir a la Administración”*.

7. Por último, la Intervención señala que, mientras no se realicen y aprueben las liquidaciones anuales de los contratos, resulta imposible llevar a cabo la auditoría integral anual prevista en las cláusulas, al menos en su aspecto económico-financiero, *“por la incidencia que dichas liquidaciones*

tienen sobre el precio anual del contrato y sobre la cuenta de resultados del concesionario; tampoco resulta posible llevar a cabo el cálculo de la Tasa Interna de Rentabilidad (T.I.R.), que la cláusula 4.9 de los PCAP limita al 7,5% anual sobre la inversión realizada a lo largo de la duración de la concesión, por el impacto que las liquidaciones puedan tener en el resultado neto y en el resultado financiero de la explotación.”

B. La auditoría operativa de la concesión de la asistencia sanitaria integral en el Departamento de Salud de Torrevieja. Ejercicios 2003-2016 (2018).

En 2018, la Sindicatura de Comptes publicó una auditoría de la concesión de Torrevieja, correspondiente a los ejercicios 2003-2016¹⁵⁰. Este documento contiene una serie de conclusiones y recomendaciones, entre las que podemos señalar las siguientes:

1. Respecto al contrato y su desarrollo, la sindicatura señaló carencias en cuanto al procedimiento utilizado para fijar la prima anual per cápita inicial, que obviaba algunas variables importantes para el cálculo del coste efectivo del servicio, como son los plazos temporales, los servicios ofertados o la población protegida.
2. También echaba en falta cláusulas que permitieran garantizar y evaluar la calidad del servicio, y acusaba la ausencia de un plan de evaluación o un régimen de penalizaciones en caso de incumplimiento de indicadores mínimos de calidad.
3. La auditoría consideraba que la Comisión Mixta de Seguimiento no había sido un instrumento eficaz de control e instaba al cumplimiento de un calendario que, como mínimo, incluyera una reunión semestral.

¹⁵⁰ Auditoría Operativa de la Concesión de la Asistencia Sanitaria Integral en el Departamento de Salud de Torrevieja. Ejercicios 2003-2016. Síndic de Comptes. 2017. <https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/9/fileINF-2016-DSTORREVIEJA-09-Final-2018-10-29-sigmat.pdf>

4. También indicaba que la Administración no había realizado el control debido de las inversiones, especialmente las de obras y equipamiento del nuevo hospital, ya que no había ninguna aprobación formal de los planes anuales ni quinquenales desde el ejercicio 2009. Por lo que, en el apartado de recomendaciones del informe, instaba a la administración a definir un procedimiento claro para la autorización de inversiones, a comprobar las ya realizadas y a elaborar de forma inmediata las actas pendientes.

5. No se había realizado ninguna auditoría integral anual del concesionario ni análisis alguno o auditoría independiente que comprobara los límites de rentabilidad impuestos en el contrato (Tasa Interna de Rentabilidad)

6. No se había autorizado formalmente el nombramiento del personal directivo.

7. A la fecha del informe, se encontraban pendientes de liquidar los ejercicios 2013 a 2017, por lo que la sindicatura concluía que el órgano de contratación no había cumplido con las obligaciones temporales impuestas por el contrato, lo que había supuesto una reclamación de intereses de demora por parte del concesionario. Por ello, la sindicatura recomendaba la definición de un procedimiento claro de liquidación que estuviera consensuado con el concesionario.

8. El documento indicaba que el precio final del contrato abonado por la Conselleria en el periodo 2006-2016 tenía un sobrecoste de *“108,6 millones superior al precio que se deriva de la aplicación literal de la cláusula de revisión prevista en los pliegos”*. Además, explicaba que *“el órgano de contratación aprobó un expediente de resarcimiento por un importe total de 45,9 millones de euros para compensar económicamente al concesionario por conceptos distintos de los establecidos por los pliegos que rigen el contrato”*

9. Con los datos disponibles y a pesar de la falta de liquidaciones, el informe consideraba que el departamento de salud era uno de los más eficientes respecto al ahorro en el gasto público y en gastos de personal laboral.

10. La sindicatura advertía a la concesionaria que debía adoptar medidas para garantizar un nivel asistencial óptimo en atención primaria ya que el número de asignación de tarjetas sanitarias por médico quedaba por encima del cupo recomendado por las sociedades científicas.

11. Esta auditoría, al igual que el informe de la Intervención visto anteriormente, también previene que, a fecha de su publicación, quedaban pendiente de resolver la demanda presentada por el concesionario ante el TSJCV para el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato.

C. Informe de la Comisión de Auditoría del Departamento de Salud de Dénia (2019)

El 12 de noviembre de 2015 a petición de la consellera de Sanidad, Les Cortes Valencianes aprobaron por unanimidad la creación de auditorías para cada uno de los departamentos de salud privatizados.

205

Poco después, se constituye la Comisión de Auditoría del Departamento de Salud de Dénia. El informe que elabora, hecho público en marzo de 2019 por La Plataforma en Defensa de la Sanitat Publica de la Marina Alta, indica que, hasta esa fecha, no había ninguna liquidación anual aprobada de la Concesión de Dénia desde su inicio en 2009, como lo indica también la Intervención General de la Generalitat Valenciana sobre Estado de Situación de las liquidaciones de la Concesión de Dénia (2009-2012).

En consecuencia, no se había *“podido comprobar la tasa interna de rentabilidad (TIR) cuya realización era obligatoria mediante auditoría externa por acuerdo de las dos partes cada 5 años. Tampoco se han aprobado los planes de inversión que deberían ser acordados entre las partes cada 5 años, ni los planes de inversión anuales, ni el dimensionamiento de los mismos”*.

El Informe continúa: *“No es cometido de esta comisión la realización de la auditoría económica, sino la revisión y valoración de las mismas que se hubieran realizado, pero consideramos destacable que tras haber pasado el ecuador de la concesión no haya datos fiables de la rentabilidad de la Concesionaria (TIR), lo cual lleva aparejada la incertidumbre del monto de inversiones que debieran realizarse. También se han efectuado interpretaciones y modificaciones en las comisiones mixtas, que no estaban dentro de sus atribuciones y que han judicializado cuestiones que han llegado al Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana y que deberemos esperar la implementación de su fallo sobre la validez de los acuerdos adoptados en las Comisiones Mixtas.”* El Tribunal Superior de Justicia resolvió sobre este tema en sentencia 985/2018, vista anteriormente en capítulo 5.1.3. G.

El informe añade que *“Los PCAP se redactaron a medida de los adjudicatarios.*

El mero hecho de que tan solo se presentara una empresa a la licitación del concurso del Departamento de Salud de Dénia ya es bastante indicativo de un fallo en el sistema de libre competencia.

Los PCAP son además ambiguos, como han dicho diversos órganos de fiscalización, y como demuestra el hecho de que incluso para determinar algo tan elemental como el precio del contrato haya habido que acudir a la Abogacía de la GVA y al Consell Juridic Consultiu.”

El informe también observa que los términos del contrato han ido cambiando, no hay mecanismos estandarizados y normalizados de control, se han detectado numerosos incumplimientos del contrato y, debido a todo ello, *“no hay evidencia científica que el modelo de colaboración público-privada en la sanidad sea más eficiente y de mayor calidad que la gestión directa. Consideramos que el riguroso informe de la Sindicatura de Comptes, adolece de una visión micro-económica, sin incluir en sus estudio ciertas “externalidades” que son imprescindibles al considerar un sistema sanitario público, integrado, con sinergias y complementariedad entre los diversos departamentos de salud, con una planificación de recursos y carteras de servicios definidas según criterios de eficiencia y calidad no a*

nivel micro- de un departamento, sino a nivel del conjunto de la red sanitaria pública.”

5.1.6. La extinción del contrato y las normas de reversión. La Sentencia del Tribunal Supremo 2751/2021.

En todos los casos analizados, la duración del contrato de concesión, al margen del plazo acordado para la realización de las obras, era de 15 años, prorrogable por 5 años más, por acuerdo entre las partes. Así mismo, estaba establecido que, cumplido el plazo, el contrato quedaría extinguido con los efectos legalmente establecidos,

“operándose la reversión de todos los bienes y derechos afectos a la concesión, y adquiriendo la Administración concedente la plena propiedad de los mismos libres de cargas y gravámenes y en adecuado estado de conservación y funcionamiento” (cláusula 5 del contrato).

Por su parte, la Cláusula 23 PCAP (Reversión) establecía que:

207

“Finalizado el plazo de la concesión el servicio revertirá a la Administración, así como la propiedad libre de cargas del hospital y todo su equipamiento. El adjudicatario entregará el edificio, instalaciones y equipamiento a que este contrato le obliga, en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Igualmente revertirán en las mismas condiciones, el resto de centros y equipamientos gestionados por el concesionario, así como todas las inversiones realizadas por el mismo, de acuerdo con los programas aprobados por la Consellería de Sanidad.

Un año antes de la finalización del contrato la Administración dispondrá las normas encaminadas a la recepción del hospital, centros y equipamiento sanitario y del personal que corresponda, así verificará el estado de cada una de las instalaciones, edificios y equipamiento, para exigir su reparación o reposición en su caso. (...)

Como se indica en las anteriores normas, un año antes de finalizar el contrato, deben elaborarse las normas encaminadas a la recepción de los

bienes, del servicio y del personal; y con el fin de poder verificar el estado de las instalaciones, edificios y demás, y preparar la transición debidamente, deberá avisar a la concesionaria de la no prórroga y solicitar su colaboración para facilitar el proceso de reversión.

El contrato de Ribera Salud II UTE, finalizó el 31 de marzo de 2018 y el de Torrevieja UTE, el 15 de octubre de 2021; mientras que los demás contratos siguen vigentes, aunque están próximos a su finalización. El contrato de Marina Salud, S.A., finaliza el 31 de enero de 2024; el de EYPHM, UTE, el 7 de mayo de 2024, y el de Elche-Crevillente Salud, S.A., el 1 de junio de 2025.

La reversión sólo se ha llevado a cabo en el caso de los departamentos de La Ribera y de Torrevieja. Y aunque se hizo pública la no renovación de los de Denia y Manises, puede que con el cambio de gobierno de la Generalitat en 2023 los planes cambien. Durante la campaña electoral el Partido Popular manifestaba, a través de su diputado de Sanidad, que apostaban por la “*gestión directa pública*” del Hospital de Dénia y que no prolongarían el contrato con la concesionaria Marina Salud si ganaban las elecciones¹⁵¹. Así mismo, en el Programa Electoral de este partido para las elecciones autonómicas de 2023 se incluía tanto que “*Conseguiremos un sistema sanitario público, universal y gratuito*”, como que “*Apostaremos por la colaboración público-privada*”¹⁵². Esa indefinición se observaba también en las entrevistas realizada al candidato a Presidente días antes de las elecciones. Preguntado sobre si volverán a privatizar los hospitales revertidos, la respuesta era: “*no se trata de privatizar o no la sanidad, sino*

¹⁵¹ Noticia del 27 de febrero de 2023. La Marina Plaza. “El PP cambia su historia: apuesta ahora por la «gestión directa pública» del Hospital de Dénia” (<https://lamarinaplaza.com/2023/02/27/pp-gestion-directa-hospital-denia/>);

Noticia del 1 de marzo de 2023. La Marina Plaza, vídeo. <https://lamarinaplaza.com/2023/03/01/video-apoyo-pp-reversion-hospital-denia/>; <https://youtu.be/3ZLuVhV5xAE>

¹⁵² Programa Electoral del PP de la Comunidad Valenciana para las elecciones autonómicas de mayo de 2023, pág. 84, A. SANIDAD: (https://drive.google.com/file/d/1nV7v71769LWWCyg9Q_uYnOtb-Cs_naaF/view)

*que la sanidad pública tiene que ser universal y eficaz” o, “Lo que se abre la puerta es a la eficacia en Sanidad”*¹⁵³.

Tras las elecciones, la voluntad del PP al respecto ha quedado más clara, al menos así lo recogen los titulares en la prensa: *“El PP cambia ahora su discurso de campaña y frena la reversión del Hospital de Dénia”* o *“Mazón congelará las reversiones del Botànic en sanidad y no descarta más privatizaciones”*¹⁵⁴. La cuestión de la reversión del Hospital de Dénia sigue en la prensa con posiciones enfrentados, la candidata del PP al Ayuntamiento de Dénia, , sanitaria durante más de 30 años, manifestaba tras las elecciones: *“Yo quiero un hospital de Dénia público y de gestión directa, ...Los vecinos de Dénia y la Marina Alta quieren que este modelo cambie y yo me comprometí con ellos que, si tenía responsabilidades, trabajaría para que así fuera”*¹⁵⁵.

En el caso del Departamento de **La Ribera**, cuyo contrato finalizaba el 31 de marzo de 2018, se publicó la resolución de no prórroga el **27 de marzo de 2017**¹⁵⁶, y en la misma fecha se hicieron públicas las normas de reversión

¹⁵³ Noticia del 24 de mayo. El Salto. Diario. “El País Valencià elige entre gestión pública o privatizaciones”

<https://www.elsaltodiario.com/privatizaciones/pais-valencia-elige-gestion-publica-privatizaciones>; Noticia del jueves 25 de mayo. Valencia Plaza. Entrevista a Carlos Mazón, candidato del PP a la Generalitat. Sanidad (<https://plazapodcast.es/carlos-mazon-impuestos-sanidad-identidad-pp-comunitat-valenciana>).

¹⁵⁴ Noticia del 1 de junio de 2023. “El PP cambia ahora su discurso de campaña y frena la reversión del Hospital de Dénia” (<https://lamarinaplaza.com/2023/06/01/pp-frenazo-reversion-hospital-denia/>); Noticia de 2 de junio de 2023, “Mazón congelará las reversiones del Botànic en sanidad y no descarta más privatizaciones”

https://www.elconfidencial.com/espana/comunidad-valenciana/2023-06-02/mazon-sanidad-privatizaciones-generalitat_3657630

¹⁵⁵ <https://www.levante-emv.com/marina/2023/06/07/pp-denia-asegura-reversion-hospital-88419675.html>

¹⁵⁶ Resolución del director general de Recursos Humanos y Económicos de la Conselleria de Sanidad, 27 de marzo de 2017. GVA Oberta.

<https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/164164007/2017-01-09.+Resoluci%C3%B3n+de+no+pr%C3%B3rroga+del+expediente+de+contrataci%C3%B3n+86-2003+correspondiente+al+Departamento+de+Salud+de+la+Ribera/4b750e6b-1e66-407e-946e-f1a4a5d408fb>

del Servicio Público de Asistencia Sanitaria Integral de dicho Departamento¹⁵⁷.

En el caso del Departamento de **Torreveija**, cuyo contrato finalizaba el 15 de octubre de 2021, las Normas de reversión se aprobaron el 24 de octubre de 2019¹⁵⁸ y el 14 de octubre de 2020, la Subsecretaria de la consellería notificó a la concesionaria la no prórroga del contrato y le comunicó las normas de reversión.

A. La extinción del contrato y notificación de la no prórroga. La STS 2751/2021.

a.- El **27 de marzo de 2017** se publicó, como dijimos, la resolución de no prórroga del expediente de contratación correspondiente al Departamento de Salud de la Ribera¹⁵⁹, así como las normas para la reversión del Servicio Público de Asistencia Sanitaria Integral de dicho Departamento¹⁶⁰.

El texto de la resolución decía: *“Mediante resolución de este órgano de contratación, de fecha 12 de diciembre de 2016, se inició de oficio procedimiento para la determinación de la posible prórroga del contrato*

¹⁵⁷ Normas de reversión del Departamento de la Ribera. 27 de marzo de 2017. GVA Oberta. <https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/164164007/2017-03-27.+Normas+para+la+reversi%C3%B3n+del+Servicio+P%C3%ABblico+de+Asistencia+Sanitaria+Integral+en+el+Departamento+de+Salud+de+la+Ribera/76b68916-b927-4615-8cb7-9fdb66610bd>

¹⁵⁸ Normas de reversión del departamento de Salud de Torreveija. GVA Oberta. <https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/174659432/Torreveija-NORMAS+REVERSI%C3%93N.pdf/e97934db-abe4-4ecf-8428-0fc331fb09b0>

¹⁵⁹ Resolución del director general de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanidad, 27 de marzo de 2017. GVA Oberta.

<https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/164164007/2017-01-09.+Resoluci%C3%B3n+de+no+pr%C3%B3rroga+del+expediente+de+contrataci%C3%B3n+86-2003+correspondiente+al+Departamento+de+Salud+de+la+Ribera/4b750e6b-1e66-407e-946e-f1a4a5d408fb>

¹⁶⁰ Normas de reversión del Departamento de la Ribera. 27 de marzo de 2017. GVA Oberta. <https://gvaoberta.gva.es/documents/7843050/164164007/2017-03-27.+Normas+para+la+reversi%C3%B3n+del+Servicio+P%C3%ABblico+de+Asistencia+Sanitaria+Integral+en+el+Departamento+de+Salud+de+la+Ribera/76b68916-b927-4615-8cb7-9fdb66610bd>

86/2003, que ha sido resuelta en fecha de 27 de marzo de 2017, acordando la no prórroga y consiguiente extinción por cumplimiento del contrato 86/2003, en fecha 31 de marzo de 2018.”

La contratista presentó recurso de reposición contra la resolución de no prórroga del contrato, que fue desestimado por Resolución de 27 de mayo de 2017, y posteriormente se recurrió ésta ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana.

La Sala de lo Contencioso del **TSJCV** en **sentencia 4454/2019**, declaró que la Administración no estaba obligada a seguir ningún procedimiento para dar por finalizado un contrato por vencimiento de plazo. La sentencia rechaza los doce motivos esgrimidos por la empresa contra la negativa de Sanidad a prorrogar el contrato.

Recurrida la anterior, el **Tribunal Supremo en sentencia 2751/2021** desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Ribera Salud II, contra la citada resolución de 27 de mayo de 2017 del director general de Recursos Humanos y Económicos de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalidad Valenciana¹⁶¹.

El interés casacional se concretó en aclarar si, el acto administrativo por el que se acuerda no prorrogar un contrato, cuando comporta que la administración asume la gestión directa, está supeditado a la **valoración de sus repercusiones y efectos económicos**, en virtud del artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria¹⁶².

En respuesta a la anterior cuestión de interés casacional el criterio de la Sala es *“que el acto administrativo por el que se acuerda no prorrogar un contrato, cuando la Administración asuma la gestión directa, exige de conformidad con el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril,*

161

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/cf6668b324407b17/20210719>

¹⁶² Según este precepto, al que hicimos referencia en el capítulo 4.3, titulado: Principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. (...) 3. *“Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”*.

de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la valoración de sus repercusiones y efectos, atendida la naturaleza y alcance del acto y las circunstancias concurrentes”.

En consecuencia, el Tribunal anula la sentencia impugnada, porque ésta no consideró que del art. 7.3 LOEPSF se derive una especial exigencia que deba observarse en el procedimiento administrativo que finalizó con la decisión de no prorrogar el contrato de gestión de servicio público.

La primera cuestión que se plantea el Tribunal en torno al cumplimiento del principio exigido por el artículo 7.3 LOEPSF es **si la valoración de las repercusiones y efectos que exige el precepto ha de revestir una forma especial**. Según la parte recurrente debería incorporarse al procedimiento un informe o estudio financiero que evalúe los costes que se derivan del acto que se vaya a adoptar. El Tribunal considera que, como apunta la defensa de la Generalidad, *“el artículo 7.3 LOEPSF exige únicamente una valoración, sin que en su tenor literal aparezca ninguna referencia a que la misma deba estar incorporada en un determinado informe, memoria o estudio”*, salvo que así se exija legalmente¹⁶³.

El principio del artículo 7.3 LOEPSF, según la sentencia analizada, no tiene concreción ni desarrollo en otra norma en relación con la actuación administrativa de no prorrogar un contrato, por lo que habrá que estar *“a la forma de la valoración requerida por la redacción del precepto, del que ningún impedimento resulta para que se dé cumplimiento al requisito tanto en un dictamen o memoria unido al expediente, como también mediante la incorporación de la valoración requerida en la propia motivación del acto”*.

¹⁶³ Este es el caso por ejemplo del artículo 26 de la Ley 50/1997 que, en el ámbito de las disposiciones legales y reglamentarias establece que, en su proceso de elaboración el centro directivo competente *“elaborará con carácter preceptivo una Memoria del Análisis del Impacto Normativo”*, que deberá dedicar un apartado al impacto económico y presupuestario, o del artículo 324.6 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público que, en el ámbito del Sector Público Estatal establece que, antes de celebrar un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, cuyo valor estimado sea igual o superior a 12 millones de euros, *“será preceptivo y vinculante”* un informe del Ministerio de Hacienda y Función Pública que se pronuncie sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que implique, así como sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, según lo establecido en la LOEPSF.

La segunda cuestión que se plantea es sobre el **alcance o extensión de la valoración exigida por el artículo 7.3** de la LOEPSF, ya que el precepto se limita a la indicación de que la misma comprenderá las "repercusiones y efectos" de la actuación de que se trate. El Tribunal cita la **sentencia de la misma sala de 29 de junio de 2020** (Rc. 113/2019, FD 3) que **diferencia entre cumplimiento del trámite de la valoración económica y presupuestaria, y suficiencia de la misma**¹⁶⁴.

El examen de las actuaciones revela – en opinión del Tribunal- que “*en el expediente administrativo, además de otros informes que examinan la conveniencia de la prórroga del contrato desde la perspectiva de la calidad y eficiencia de la prestación sanitaria y farmacéutica*¹⁶⁵, también se incorporan informes sobre esa conveniencia de la prórroga con

¹⁶⁴ Como dice la **STS de 29 de junio de 2020** citada: “*la respuesta no es la misma cuando el trámite ha sido cumplido y lo que se cuestiona es, como en este caso, la suficiencia de la Memoria para el cumplimiento de los fines y objetivos a que responde. En tal caso, la valoración sobre el cumplimiento y suficiencia del trámite ha de ponerse en relación con el contenido y alcance de la norma reglamentaria de que se trate, en la medida que la Memoria contenga aquellas valoraciones necesarias de los distintos elementos que la conforman*”.

¹⁶⁵ El **Informe de la Dirección General de Asistencia Sanitaria de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública**, de fecha 2 de marzo de 2017, sobre un estudio relativo a la calidad y eficiencia de la prestación sanitaria del departamento de salud de La Ribera, a partir de la opinión de los pacientes recogida en encuestas de satisfacción, que muestra en sus conclusiones que existen 7 departamentos de gestión directa que obtienen mejores índices de satisfacción; y el **Informe de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios**, de fecha 2 de marzo de 2017, que pone de relieve que: i) en el gasto farmacéutico calculado como importe por población asignada a cada departamento, el importe por paciente de La Ribera está por encima de 8 departamentos de salud de gestión directa, ii) en el gasto farmacéutico ajustado a la morbilidad de la población de cada departamento, La Ribera presenta una desviación respecto a lo esperado de -1,4 millones de euros, y comparativamente no es el que mayor ahorro ha supuesto para la Administración, estando por delante el departamento de salud de La Plana, iii) en lo que respecta a las endoprótesis, la Ribera ha incrementado en 2016 el gasto por intervención en un 18% respecto del año anterior (1.549.466 euros), cuando el incremento del gasto en la Comunidad Valenciana ha sido del 4,19% y ha incrementado el gasto de endoprótesis por intervención en un 18% respecto al 2015, siendo el departamento de salud con el mayor incremento del gasto por intervención, con un indicador ECEN (índice del coste medio por intervención) que, en 2016, muestra que La Ribera no cumple con el objetivo definido, mientras que 13 departamentos de salud si cumplen y 15 tienen 10 mejores resultados que La Ribera y iv) en materia de exoprótesis, en 2016 La Ribera ha incrementado en un 26,29% sus prescripciones, lo que supone un incremento del gasto en un 16,65% (88.773 euros)

consideraciones desde la perspectiva económica y presupuestaria¹⁶⁶ y, especialmente, la propia resolución que exterioriza la voluntad del órgano de contratación de no prorrogar el contrato, contiene una específica valoración de los efectos de la prórroga desde la perspectiva de los principios de la LOEPSF (FD 4º, apartado b/)¹⁶⁷, por lo que no nos

¹⁶⁶ El Informe de la Subdirección General de Recursos Humanos, de 8 de marzo de 2017, que examina el distinto régimen jurídico de la prestación de servicios por los profesionales sanitarios en el régimen concesional y en el de gestión directa. - El Informe de la Subdirección General de Recursos Económicos, de 19 de septiembre de 2016, en el que hace referencia a las limitaciones y problemas que plantea el modelo de gestión del servicio sanitario mediante concesión, desarrollado en cinco departamentos de salud de la Comunidad Valenciana, entre los que se encuentra el de La Ribera al que se refiere la decisión de no prorrogar su duración impugnada en este recurso, como son: i) deficiencias estructurales de los contratos de concesión, ii) dificultades en la ejecución de los contratos, que se manifiesta por: a) la dificultad de obtención de información sobre los elementos básicos del contrato (dificultad de comprobación de que la tasa interna de rentabilidad -TIR no excede del 7,5% anual sobre la inversión realizada a lo largo de la vida de la concesión y dificultad de comprobar el adecuado cumplimiento del plan de inversiones) y b) el deficiente estado de los expedientes administrativos y la existencia de una enmarañada relación con las concesiones (falta de ejercicio de los controles sobre las concesiones, abdicación de la capacidad sancionadora por posibles incumplimientos, dejación de autorización y control de las subcontrataciones de las concesiones), iii) posición dominante de los contratistas que limita la capacidad de maniobra del regulador (la Administración). Entre sus conclusiones, este informe señala que las continuas discrepancias y litigios entre las partes denotan, como mínimo, la ausencia de mecanismos adecuados de regulación y garantías jurídicas y "...porque no decirlo, la falta total de confianza entre las partes." - El Informe del Servicio de Gestión Presupuestaria, de 6 de marzo de 2017, que señala en base a un informe de control financiero y otro de la Sindicatura de Comptes, que la fórmula de revisión del precio de los contratos de gestión concesional no se ajusta a lo establecido en los pliegos, lo que plantea la posibilidad de revisión de las liquidaciones aprobadas en La Ribera, al no estar correctamente definida en el contrato y generar diversas interpretaciones el elemento del precio más estable (la cápita), lo que indica el informe puede llegar a representar en el departamento de La Ribera un ajuste por los años 2008 a 2012, a favor de la Administración, de más de 40 millones de euros, destacando el informe que la Administración no ha sido capaz de determinar de manera cierta y ajustada a la legalidad y a los contratos, el precio final real de los contratos, a pesar del tiempo transcurrido, y la litigiosidad que se ha producido a partir de 2015, con cita de un procedimiento judicial sobre reequilibrio económico en relación con el departamento de La Ribera.

¹⁶⁷ En efecto, la propia resolución del expediente sobre la procedencia o no de la prórroga incluye en su motivación ciertos razonamientos sobre la contradicción entre la prórroga y los principios de la LOEPSF, al señalar que el artículo 23 del RD Legislativo 3/2011, de 14 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aplicable al caso, admite *“que los contratos puedan prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período*

encontramos en rigor ante un supuesto de falta absoluta de la valoración exigida por el artículo 7.3 de la LOEPSF, sino que la cuestión a resolver es la de la suficiencia de los informes y motivación a que acabamos de hacer referencia, a los efectos de tener o no por cumplida dicha valoración, que habrá de ser proporcionada como decimos a la actuación administrativa de que se trata y a las circunstancias concurrentes en el caso.”

En cuanto a la naturaleza del acto enjuiciado destaca el Tribunal que la finalización y extinción del contrato es consecuencia del cumplimiento del plazo de duración pactado por las partes y no de la actuación administrativa que se impugna (Resolución de 27 de mayo de 2017 de no prórroga). Como dice la normativa aplicable a la contratación pública, citada también en la sentencia, finalizado el plazo de concesión, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados (art. 164 LCSP 2000 y art. 291.1 LCSP 2017).

En definitiva, la finalización del contrato es consecuencia del cumplimiento del plazo contractual querido por las partes y no de la voluntad de no prorrogar. La prórroga del contrato no es un derecho ni una obligación.

215

Por último, destaca el Tribunal que el capítulo de mayor importancia desde el punto de vista de las consecuencias presupuestarias de la extinción es el relativo a los efectos de la extinción de la concesión sobre las relaciones del personal, y que el mismo se reguló de forma exhaustiva por la disposición adicional octava de la Ley 21/2017, de medidas fiscales, de gestión

de duración de estas”, siendo el precio del contrato un elemento esencial que no puede ser modificado, salvo las revisiones de precio previstas en el pliego de condiciones administrativas. Continúa su razonamiento la resolución impugnada señalando que “el precio del contrato se calculó para un período de ejecución concreto de 15 años, que fue el plazo previsto para la amortización de la inversión realizada por el concesionario, de lo que se sigue que en el supuesto de prórroga del contrato, y debido a la inalterabilidad de las características del contrato, incluido el precio, se produciría el efecto del abono por parte de la Administración de una parte de la construcción del centro de salud y las inversiones ya amortizadas, lo que constituiría una vulneración de los principios recogidos en la LOEPSF y, al mismo tiempo, la obtención de un beneficio extraordinario para el concesionario”.

administrativa y financiera y de organización de la Generalitat¹⁶⁸. Por lo que *“parece razonable sostener que la valoración de las repercusiones y efectos requerida por el artículo 7.3 de la LOEPSF se efectúe en el procedimiento legislativo de aprobación de dicha norma y no en el expediente al que se refiere este recurso, en el que, como hemos dicho, no se adopta disposición alguna sobre los efectos de la extinción en materia de personal”*.

El anterior razonamiento llevó al Tribunal a concluir que *“A la vista de los anteriores informes reunidos en el expediente administrativo y razonamientos de la resolución impugnada, la Sala llega a la conclusión de que en el presente caso el órgano de contratación, al tomar la decisión de no prorrogar el contrato administrativo de gestión de servicios de atención sanitaria del departamento de salud La Ribera, efectuó la valoración de las repercusiones y efectos exigida por el artículo 7.3 de la LOEPSF, teniendo en cuenta la naturaleza y alcance del acto de que se trataba y las circunstancias concurrentes, Así, al margen de los informes sobre la eficiencia, calidad y satisfacción de los usuarios en relación con la prestación del servicio público sanitario mediante el contrato administrativo cuya duración estaba próxima a su finalización, obran en el expediente informes que muestran los concretos efectos de la gestión por concesión en el departamento de salud de La Ribera en relación con el gasto farmacéutico y la comparación con el mismo gasto en los departamentos de salud de gestión directa, los problemas de control financiero y presupuestario derivados de la concesión, la desconfianza de la Administración en la empresa concesionaria y la litigiosidad derivada del contrato, además de las consideraciones de la resolución que decidió la no prórroga del contrato para evitar la duplicidad en el pago por la Administración de cantidades que ya habían sido amortizadas por la concesionaria y la obtención por esta de un beneficio extraordinario, que sin duda es contrario al principio de*

¹⁶⁸ **Disposición adicional octava**, titulada *“Efectos en materia de personal de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del departamento de salud de La Ribera”*, que, por centrar su atención en los efectos de la reversión sobre el personal, analizaremos en el siguiente apartado.

*eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos consagrado en el artículo 7 de la LOEPSF”.*¹⁶⁹

En consecuencia, el Tribunal **desestima** el motivo de impugnación sobre la nulidad del procedimiento administrativo por ausencia de estudio o memoria económica exigida por el art. 7.3 de la LOEPSF.

b.- En el caso del **Departamento de Torreveija**, las Normas de reversión se aprobaron el 24 de octubre de 2019 y el 14 de octubre de 2020, se notificó a la concesionaria junto con la no prórroga. En este caso, como en el caso de La Ribera el proceso no fue pacífico¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Por su interés sobre el fondo de la cuestión, recogemos un extracto del Voto particular que formulan dos de los seis magistrados de la Sala (Diego Córdoba Castroverde y María Isabel Perelló Doménech): “(...) *Es cierto que no existe ninguna previsión concreta en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica de cómo plasmar dicha valoración, por lo que resulta admisible que se haga tanto por un dictamen o memoria que se una al expediente como mediante la incorporación de la valoración requerida en la propia motivación del acto. Ahora bien, dicha valoración implica, a mi juicio, un análisis económico riguroso, cualquiera que sea su forma, sobre la incidencia que la disposición o el acto administrativo adoptado tiene sobre los ingresos y los gastos públicos y su repercusión en las exigencias derivadas de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de dicha Administración. Se trata de una evaluación autónoma destinada a estimar si la decisión administrativa comporta mayor gasto público, y si pese a ello se mantiene una situación de equilibrio o superávit presupuestario y existe la capacidad para financiar los compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley. Esta exigencia legal no se cumple por la existencia de informes en los que se advierten "problemas de control financiero y presupuestario derivados de la concesión" ni tampoco por consideraciones económicas destinadas a justificar la decisión de no prorrogar el contrato "para evitar la duplicidad en el pago por la Administración de cantidades que ya habían sido amortizadas por la concesionaria". Tales informes tratan de justificar la conveniencia de recuperar la gestión directa del servicio público sanitario y no continuar con la gestión indirecta mediante concesión, pero no están destinados a evaluar el incremento del gasto que dicha decisión comporta para la Administración Pública ni su incidencia en los presupuestos de dicha entidad a los efectos de dar cumplimiento a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. La Administración estaba en su derecho de no continuar con la concesión cuyo plazo de duración había finalizado, optando por recuperar la gestión directa del servicio, pero esta decisión en cuanto puede comportar un mayor gasto público exige el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, con el alcance señalado, que considero que no ha sido cumplido en este caso*”.

¹⁷⁰ El Informe del Síndic de Comptes publicado en diciembre de 2022: *Auditoría de Cumplimiento de Legalidad en la Contratación de la Administración de la Generalitat*

Un mes después de recibir la notificación, el 13 de noviembre de 2020 la concesionaria interpuso recurso potestativo de reposición, contra la comunicación de las normas y solicitó la **medida cautelar de suspensión** de la ejecutividad de la citada comunicación y de las Normas y por ende de los plazos de entrega de información.

La solicitud es desestimada el 11 de diciembre de 2020, y pocos días después, el 17 de diciembre, la concesionaria interpone un recurso contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana contra la desestimación anterior alegando silencio administrativo. El Tribunal, mediante Auto de 22 de febrero de 2021 estima parcialmente el recurso, concediéndole una prórroga hasta el 31 de marzo.

Transcurrido el plazo, el 13 y 19 de mayo la concesionaria presenta escritos al TSJCV que desestima en Auto de 26 de mayo. Recurrido éste, es desestimado por el TSJCV en Auto de 11 de junio. Este Auto es recurrido por la concesionaria, que interpone recurso de amparo solicitando la medida cautelar de suspensión de las normas de reversión. El 23 de septiembre de 2021 mediante Auto, la sala resuelve que no ha lugar a la medida cautelar solicitada.

218

Es a partir de este momento que la concesionaria empieza a atender los requerimientos de información solicitados por la consellería. No obstante, la concesionaria interpone un nuevo recurso, que es desestimado el 15 de octubre, horas antes de ejecutarse la reversión.

El 15 de octubre de 2021 **finaliza el contrato de concesión** y se firma el acta de recepción provisional del departamento.

El 15 de noviembre 2021 se lleva a cabo la propuesta de acta definitiva de recepción, por importe de 873.786,43 € a favor de la Administración, y una vez vistas las alegaciones de la concesionaria al acta provisional, se dicta la **Resolución de 14 de enero de 2022** de la Secretaria Autonómica de Eficiencia y Tecnología Sanitaria de la Conselleria de Sanitat Universal i

para el año 2021 (Memoria 2. Acuerdos de concesión y actividades conjuntas 2.2 Acuerdos de concesión y actividades conjuntas en el ámbito sanitario) da cuenta de todo el proceso seguido para la reversión de este contrato y de la conflictividad generada. https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2022/12/Informe_auditoria_cumplimiento_legalidad_contratacion_Administracion_GV_Ejercicio_2021_cas_firmado.pdf

Salut Pública, con la propuesta de **acta definitiva** de recepción de los servicios y bienes afectos, como consecuencia de la finalización del contrato, por importe de 1.046.207,94 € a favor de la Administración.

El 14 de febrero de 2022 la concesión interpone Recurso de Reposición contra el acta definitiva y el día 14/03/2022 la Administración desestima el mismo.

Como hemos reflejado, la finalización del contrato generó una gran conflictividad, pero el TSJCV aprobó en todos los casos el procedimiento seguido.

B. Las normas de reversión.

Con la aprobación de las normas de reversión se da cumplimiento a la exigencia contemplada en la cláusula 23 PCAP, de que la Administración elabore las normas encaminadas a la reversión del servicio público de asistencia sanitaria integral del departamento de Salud, así como del personal e instalaciones, equipamientos, inversiones y demás elementos vinculados con dicho servicio público.

219

La reversión implica, como se recuerda en la Tercera consideración jurídica que precede a las normas de reversión, la recepción del servicio público en las condiciones adecuadas para asegurar la continuidad necesaria que garantice a los particulares el derecho a seguir utilizándolo en condiciones normales de prestación. Así lo dispone expresamente la propia cláusula 23 PCAP cuando dice:

“Respecto de la gestión del servicio público, deberá de producirse la reversión en condiciones normales de prestación, es decir, con el nivel de calidad en la prestación y con las demoras máximas establecidas para el sistema sanitario público. En su caso, se imputarán a la última liquidación anual prevista en el apartado 4.7 de este pliego, el importe correspondiente a las actuaciones a realizar por la Administración para normalizar dichos parámetros si los mismos no se ajustaran a lo previsto en este pliego.”

La Quinta consideración jurídica que precede a las normas añade:

“Para alcanzar este objetivo y que la Administración pueda dimensionar adecuadamente sus decisiones, es necesario que conozca previamente y con detalle la organización y funcionamiento actual de los servicios tanto asistenciales como no asistenciales, así como la dotación y estado actual de los diferentes recursos en los que se sustenta para lo que debe contar con la necesaria colaboración de la entidad concesionaria que deberá facilitar cuánta información se le requiera con dicho fin, así como participar en los grupos de trabajo que pudieran constituirse.”

Según la Norma Tercera, el alcance de las normas de reversión es el de pautar los trabajos preparatorios necesarios para que, llegado el momento de finalización del contrato, se produzca la reversión sin impacto alguno en la prestación asistencial que pueda perjudicar a los particulares, usuarios del sistema sanitario valenciano público.

Entre las tareas que prevén las normas está la solicitud de información a la entidad concesionaria, y la verificación y comprobación de la misma; la creación de grupos o comisiones de trabajo bilaterales si se considera necesario para clarificar aspectos concretos; el refuerzo de la unidad del comisionado, y la intervención en la toma de decisiones que se puedan adoptar a lo largo del año que reste hasta la terminación del contrato y que vengan a modificar la situación que se haya presentado en los informes, tales como nombramientos o modificación del equipo directivo, cambios en la composición de las comisiones, adquisición o transmisión de bienes o activos, cambios retributivos del personal de carácter general o específicos para el personal directivo, despidos, nuevas contrataciones, modificación de la estructura de los servicios, así como cualesquiera otras que afecten o puedan afectar a la prestación del servicio más allá de la fecha de finalización del contrato. Todos los anteriores cambios que tengan lugar a partir del 1 de abril de 2017 deberán contar con el informe favorable de la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanidad, a cuyo efecto se tendrá que presentar, con carácter previo, la comunicación de cambio debidamente motivada. (Norma Séptima).

Las normas incluyen tres anexos. En el Anexo I se concretan las solicitudes de información categorizadas por áreas de intervención; en el Anexo II se detalla el cronograma específico por áreas de intervención, y en el Anexo III se relacionan los interlocutores de la Consellería para cada una de las áreas.

C. Problemática no laboral suscitada durante el proceso de reversión.

Un aspecto que es fundamental en todo proceso de reversión es garantizar que el servicio no deje de prestarse durante ese proceso, por ello, la normativa aplicable exige que el contratista continúe prestando el servicio hasta que se produzca el relevo. En este sentido, el art. 288 a LCSP establece que en caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato.

Sin embargo, en el caso del Departamento de Torrevieja, la concesionaria dio por finalizado el contrato temporal de 200 sanitarios que cubrían bajas, hacían refuerzos en general y los contratados por la COVID, 15 días antes de la finalización del contrato administrativo de concesión, lo que provocó, dejar bajo mínimos áreas como el servicio de Urgencias; cerrar una planta de cirugía, 30 camas de hospitalización, tres UCI y diez de maternidad, con toda la desatención y caos que ello generó¹⁷¹.

5.1.7. La reversión en materia de personal.

Los contratos de concesión dedicaban su cláusula séptima a los aspectos relativos al personal, y en particular regulaban:

1. Que el concesionario asumía en la fecha prevista para el inicio de la prestación del servicio, el personal de la Generalitat Valenciana, dependiente de la Conselleria de Sanidad, que se encontrase prestando servicios en los Centros de Salud y Consultorios de atención primaria

¹⁷¹ Antonio Trives (2021).

existentes en el área, o en el Hospital, como en el caso de Alzira. Este personal se asumía por el concesionario con las condiciones de relación jurídica que tuviera en el momento de la entrada en vigor del contrato de concesión y con las retribuciones vigentes, así como el régimen de protección social que le sea de aplicación en función de su relación jurídica con la Administración o adjudicatario.

2. En cuanto al personal directivo, su contratación requerirá la previa autorización de la Conselleria de Sanidad, para lo cual, el concesionario debía elaborar la correspondiente propuesta, especificando los requisitos y condiciones del puesto o puestos requeridos, acompañando memoria justificativa de la necesidad de los mismos.

3. También se establecía un control en relación con los costes de personal, de manera que en los últimos tres años de concesión los costes de gasto de personal del concesionario no podrán superar el crecimiento medio de los doce años anteriores de vigencia de la concesión, o de los diecisiete años anteriores en caso de que haya sido prorrogada.

A partir de ahí, la empresa concesionaria podría incorporar, de conformidad con las disposiciones vigentes en materia laboral y social, al personal que considerara necesario, siempre que estuviera en posesión de la titulación y cualificación adaptada al puesto de trabajo. (Cláusula 17.2 del Pliego de cláusulas administrativas).

Junto con el personal contratado directamente por la concesionaria en régimen de derecho privado, la empresa asumió la dirección funcional del personal estatutario del citado Departamento de Salud, que se relacionaba en dicho contrato.

A. La aplicación de la normativa laboral sobre sucesión de empresa.

Como vimos anteriormente, en el capítulo 4.2.2, la subrogación del personal que trabaja en la concesionaria no es un efecto que se derive necesariamente de la reversión (art. 291 LCSP); pero se aplicará cuando así se haya previsto (art. 130.3 LCSP) o estemos ante un supuesto de sucesión de empresa (art. 44 TRET).

También vimos cuáles son, según la jurisprudencia del TJUE los presupuestos para que se reconozca la existencia de sucesión de empresa:

que se traspase una entidad económica o conjunto organizado de medios a fin de llevar a cabo una actividad económica y que mantenga su identidad tras el traspaso.

La identidad se mantiene cuando se transmiten bienes (materiales o inmateriales) esenciales para el desarrollo de la actividad traspasada (o revertida). También se considerará que se mantiene la identidad cuando, descansando la actividad esencialmente en la mano de obra, el cesionario se haga cargo de la mayor parte de la plantilla.

En el caso de los departamentos de salud, además, la Cláusula 17.2. PCAP, establecía que, llegada la fecha de finalización del contrato administrativo, se estaría a lo dispuesto en el **artículo 44 del vigente Estatuto** de los Trabajadores o disposiciones normativas que lo sustituya.

En los supuestos de reversión que se tratan en este capítulo no se ha cuestionado la existencia de sucesión de empresa y por tanto de transmisión de los contratos de trabajo entre la contratista y la entidad pública. Así lo reconoce incluso, la legislación sobre el sector de la salud, como luego veremos.

223

El conflicto se planteó en cambio en relación con la condición en que debían incorporarse estos trabajadores a la Administración, porque el art. 44 TRET establece que por cambio de titularidad de la empresa o unidad productiva autónoma, no se extinguirá la relación laboral, *“quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*.

La relación que vinculaba al trabajador con la empresa era una relación laboral sometida a la legislación laboral, mientras que el cesionario en este caso es la Administración cuyos empleados tienen un estatuto especial como empleados públicos, se rigen por el Estatuto del Empleado Público (TREBEP), y, sobre todo, su acceso al empleo público, aunque sean laborales, se rige por unos principios reconocidos constitucionalmente, los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 11.3 TREBEP).

Con la finalidad de evitar la incorporación como empleados públicos del personal laboral de empresas cuyo contrato administrativo de concesión de obras o de servicios públicos se extinga por su cumplimiento, por resolución o por intervención del servicio, la **Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado** para el año 2017, incorporó sendas **disposiciones adicionales (n.º 26.1 y n.º 34.2)**¹⁷². Sin embargo, ambas disposiciones fueron recurridas ante el Tribunal Constitucional¹⁷³, quien en **STC 122/2018, de 31 de octubre** declaró la inconstitucionalidad y nulidad

¹⁷² Disposición adicional vigésima sexta. Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público. Uno. “*Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos. b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública. Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral*”. (La frase subrayada ya había sido anulada por la Ley 6/2018, de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, disposición final n.º 42).

224

Disposición adicional trigésima cuarta. Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral. (...) Dos. “*Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial*”.

¹⁷³ El recurso de inconstitucionalidad (4710-2017) fue interpuesto por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-En Marea.

de la DA 26, apartado a) y b); y DA 34.2, en el inciso “*ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva*”, la motivación de su inconstitucionalidad se fundamentó en los arts. 66.2 y 134.2 CE, al tratarse de medidas regulatorias de carácter sustantivo, que no pueden encontrar acomodo en una ley de presupuestos.

¿Cómo hacer compatible la sucesión de empresa, el mantenimiento de las condiciones laborales, y desarrollar su actividad para la Administración sin haber superado los procesos de selección exigibles a los demás trabajadores?

La misma situación se plantea cuando nos referimos al personal docente y al personal estatutario de los Servicios de Salud, que tienen su propio régimen jurídico. Así, por ejemplo, la condición de personal estatutario fijo se adquiere por el cumplimiento de diversos requisitos que pasan por la superación de pruebas de selección, y la provisión de plazas del personal estatutario se regirá por los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección, promoción y movilidad del personal de los servicios de salud (arts. 20 y 29 Ley 55/2003 Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud).

225

¿Es admisible acceder a la condición de empleado público sin respetar estos principios?

Para compatibilizar ambos intereses jurídicos se venía utilizando una figura, que tiene reconocimiento actualmente en el TREBEP: el “**personal laboral indefinido no fijo**” (art.8); esta figura permite conservar el puesto de forma indefinida hasta que sea objeto de cobertura a través de un proceso selectivo conforme a los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad.

Así, la Ley Foral 2/2018 de Navarra, de Contratación Pública, en su art. 67.4 establece que: “*En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta ahora venía siendo prestado por un operador económico, estará obligada a la subrogación del personal que lo prestaba, que se mantendrá en el puesto de trabajo hasta que las plazas sean objeto de cobertura mediante la normativa de función pública que resulte de aplicación*”.

El Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema en unificación de doctrina ante las posturas dispares de los TSJ de Granada y Málaga, y llegó a la conclusión de que en el caso existía un supuesto de sucesión de empresa y que la Administración debía incorporar a la trabajadora, pero no con carácter indefinido, sino como “*trabajadora indefinida no fija, para asegurar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el empleo público*” (**STS 619/2021, 10 junio 2021**).

Sin embargo, esta solución no era satisfactoria, porque la figura del trabajador indefinido no fijo era una construcción jurisprudencial surgida en los años 90 en respuesta a un uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal por parte de las administraciones públicas, situación irregular que no se da en el caso de reversión.

Más tarde, el Tribunal Supremo cambió su orientación, y en la **STS de 28 de enero de 2022** (ECLI:ES:TS:2022:270), en un recurso de casación para unificación de doctrina concluye que “*cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo, debe mantenerse esa condición. Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido o fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE*”¹⁷⁴, por lo tanto, no es posible conmutar un contrato fijo en la empresa concesionaria por un contrato laboral indefinido no fijo en la Administración.

Pero esta conclusión no cierra la posibilidad de volver a debatir sobre el alcance de la fijeza, como reconoce la sentencia, reconociendo la diversa casuística que puede darse. Y añade dos casos:

a) “*cuando se considere (y acredite) que ha podido existir una fraudulenta incorporación como personal fijo a una empresa cuya plantilla se previera acabaría integrándose en la Administración (lo que no es el caso), ha de quedar abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para privar de eficacia a esa maniobra torticera*”.

b) “*no estamos cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. Porque la misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones (del trabajador subrogado) permanezca adscrito o relacionado*

¹⁷⁴ En el mismo sentido se pronunció poco después el Tribunal Supremo en la **STS de 2 de febrero de 2022** (ECLI:ES:TS:2022:611).

con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. La fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes que no nos corresponde ahora aventurar”.

El TS despeja la duda sobre la compatibilidad de la fijeza de la relación laboral y la permanencia en la Administración pública. Pero la permanencia en la Administración ¿en condición de qué? ¿empleado público? No queda claro. En un momento, la sentencia alude a que el personal no docente de las ikastolas se convertirá, en virtud de la subrogación, en “personal público, no funcionario”. Alejandra Selma (2022) comentando esta sentencia señala que por primera vez en la historia se produce el reconocimiento expreso de que, bajo determinadas circunstancias “*pueden existir empleados públicos que hayan accedido a tal condición sin superar proceso selectivo alguno*”.

B. La regulación de los efectos de la extinción del contrato en materia de personal y la STSJCV 1087/2022, de 19 de abril de 2022.

227

Tras la decisión de la Generalitat de no prorrogar el contrato de gestión de servicios públicos para la asistencia sanitaria integral del actual Departamento de Salud de La Ribera, Les Corts aprobaron **la Ley 21/2017, de 28 diciembre, de medidas fiscales**, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, a la que incorporan una **Disposición Adicional Octava** determinando los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del departamento de salud de La Ribera, en materia de personal¹⁷⁵; y al día siguiente, aprobaron la **Ley 22/2017, de 29 de diciembre de Presupuestos** de la Generalitat para el ejercicio 2018, donde se consignan 116,2 millones de euros para financiar el coste del personal procedente de Ribera Salud (personal estatutario y personal laboral) en la sección 10ª del capítulo 1.

La citada Disposición Adicional Octava recuerda que el 31 de marzo de 2018 se producirá la extinción del contrato y que el 1 de abril el servicio

¹⁷⁵ Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat.

https://dogv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?L=1&sig=011729%2F2017

revertirá a la Consellería de Sanidad con los efectos previstos en la Ley de contratos del sector público, por ello, y de conformidad con la Ley de Presupuestos del Estado para 2017 (DA 26ª) y el art. 44 (ET), la Generalitat, a través de la citada consellería *“se subrogará en la condición de empleador que la empresa concesionaria, Ribera Salud, ostentaba en los contratos de trabajo celebrados al amparo del Estatuto de los trabajadores para la incorporación del personal necesario para la prestación del servicio, ya fueran temporales o indefinidos”*

El personal afectado, continúa, *“seguirá en sus puestos en condición de **personal a extinguir**, desempeñando sus tareas y con idéntica condición de personal laboral hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores. No será obstáculo a lo anterior la calificación de las plazas que pueda ocupar este personal como propias de personal estatutario, pudiendo desempeñarlas transitoriamente en la condición a extinguir”*.

Este personal solo podrá adquirir la condición plena de **personal estatutario** *“mediante la superación de los procesos normativamente establecidos al efecto y con respeto a los principios constitucionales y legales aplicables”*.

228

A continuación, la citada disposición regula la posibilidad que tiene el personal estatutario fijo al servicio de las instituciones sanitarias, que fue declarado en su momento en situación administrativa de servicios o en situación de excedencia por incompatibilidad al formalizar un contrato de trabajo por tiempo indefinido con la empresa concesionaria, de optar entre mantener su vinculación laboral o solicitar la reincorporación al servicio activo como personal estatutario fijo.

Por último, la disposición habilita a la Consellería de Sanidad para el desarrollo reglamentario de la misma. Ese desarrollo reglamentario se concretó en el Decreto 22/2018, de 23 de marzo, al que luego haremos referencia.

Mientras tanto, debe destacarse la reforma legal que tuvo lugar en esas mismas fechas, al aprobarse la **Ley 8/2018, de 20 de abril**, de la Generalitat, que reformaba la Ley 10/2014, de Salud de la Comunitat Valenciana, en particular su art. 7.4, al que hicimos referencia en el capítulo 2.4.1. Según este nuevo precepto:

“4. En los casos en los que la conselleria competente en materia de sanidad decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha de esa decisión viniese siendo prestado por un operador económico y exista sucesión de empresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en virtud de lo establecido en el citado precepto, en el artículo 130.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, la Generalitat, a través de la conselleria competente, se subrogará en la condición de empleador que la empresa concesionaria ostentaba en los contratos de trabajo celebrados al amparo del Estatuto de los trabajadores para la incorporación del personal necesario para la prestación del servicio, ya fueran temporales o indefinidos. El personal afectado seguirá en sus puestos en condición de personal a extinguir, desempeñando sus tareas y con idéntica condición de personal laboral hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores, y con las demás consecuencias laborales inherentes a la subrogación contractual.”

El desarrollo reglamentario de la anterior normativa tuvo lugar con la aprobación del **Decreto 22/2018, de 23 de marzo**, del Consell, por el que se regulaban los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del Departamento de Salud de La Ribera, en materia de personal¹⁷⁶; y en el caso del Departamento de Salud de Torrevieja, con la aprobación del **Decreto 164/2021, de 8 de octubre**. Ambas normas comparten objetivos y regulación.

Estos Decretos responden a la necesidad de desarrollar los efectos derivados de la reversión y subrogación del personal, regulando aspectos tales como la naturaleza jurídica de la relación de empleo de los trabajadores

¹⁷⁶ Decreto 22/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del Departamento de Salud de la Ribera, en materia de personal. DOGV 28 de marzo de 2018. https://dogv.gva.es/portal/ficha_disposicion.jsp?L=1&sig=003137%2F2018

procedentes de la empresa concesionaria con respecto a la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública; determinación de las plazas de naturaleza estatutaria a ocupar; sustitución de dichos trabajadores en caso de ausencia o enfermedad, o provisión de las plazas de naturaleza estatutaria una vez se extinga la relación laboral por la concurrencia de cualquiera de las causas legalmente previstas, así como el régimen jurídico de aplicación respecto de sus condiciones de trabajo.

Entre otras medidas, el **art. 3** establece que

*“El personal objeto de subrogación mantendrá su relación laboral en la condición de **personal laboral a extinguir**, pasando a prestar sus servicios bajo la dependencia orgánica y funcional de la conselleria competente en materia de sanidad, hasta la extinción del contrato de trabajo por cualquiera de las causas legalmente previstas ... únicamente podrá adquirir la condición de personal empleado público mediante la superación de los procesos normativamente establecidos al efecto, respetando los principios constitucionales y legales aplicables”.*

En cuanto a las condiciones de trabajo, el **art. 4** señala que:

“El personal laboral subrogado desempeñará sus tareas en las mismas condiciones de trabajo que le fueran de aplicación de conformidad con su contrato, el convenio colectivo que resulte de aplicación y supletoriamente, por lo dispuesto en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores. (...) Asimismo, se estará a lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas para el ejercicio conjunto de actividades secundarias a las que sea de aplicación la citada normativa”.

Sobre la estructura de las plazas de los Departamentos, el **art. 6** establece que serán de naturaleza estatutaria, y que:

“3. El personal subrogado desempeñará los servicios objeto de su contrato de trabajo en una plaza de naturaleza estatutaria, a los exclusivos efectos de la organización de la plantilla del departamento y de ordenación de los recursos humanos, sin que ello signifique modificación de su relación de empleo laboral ni de sus condiciones de

trabajo, ni la adquisición de aquellas propias de la plaza estatutaria que ocupa”.

Por último, queremos destacar el derecho de opción que el **art. 9** ofrece al personal estatutario fijo que desempeñaba sus servicios como personal laboral en la concesionaria. Este deberá manifestar mediante escrito dirigido a la Conselleria de Sanidad, si opta por continuar con la condición de personal laboral a extinguir, o por reingresar en la condición de personal estatutario fijo. El precepto desarrolla a continuación el régimen jurídico aplicable en cada caso.

Contra el primer **Decreto 22/2018**, se interpuso un **recurso contencioso-administrativo por parte del Sindicato Independiente (CSIF)** de la Comunidad Valenciana, que resolvió la **sentencia del Tribunal Superior de Justicia el 19 de abril de 2022 (STSJ CV 1087/2022)** reconociendo validez al Decreto y validando la fórmula de subrogación usada por la Consellería de Sanidad.

El recurrente había alegado que los arts. 2.2; 3.1, 4.1 y 4.2 del Decreto eran contrarios al ordenamiento jurídico, en particular, a la Directiva 23/2001/CE; a los art. 9.3 y 14 CE; arts. 3.5 y 44 Estatuto de los Trabajadores (R.D. Legislativo 2/2015); art. 1256 Código civil; art. 8.2.B) Ley Libertad Sindical (LO 11/1985) y art. 8 Estatuto Básico del Empleado Público (R.D. Legislativo 5/2015).

El Tribunal reconoce legitimación activa al sindicato para impugnar el Decreto porque, pese a no tener representación en el comité de empresa, había constituido el 8 de marzo de 2018 una sección sindical en la empresa y facilitó al Tribunal una relación de empleados en el Hospital La Ribera afiliados a dicho sindicato.

El recurrente considera que el Decreto es contrario a la Directiva 23/2001/CE porque ésta exige el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresa, y el Decreto altera esos derechos:

- Por una parte, por transformar las relaciones laborales del personal fijo de plantilla en personal laboral a extinguir, lo que equivale en su opinión a transformar contratos por tiempo indefinido en “*contratos temporales de interinidad o a término*”;

- Por aplicar unilateralmente la plena dedicación a los trabajadores subrogados, sin pacto alguno ni compensación por la renuncia impuesta al pluriempleo por aplicación de la ley 53/1984 de incompatibilidades;
- Por mencionarse en las nóminas de abril de 2018 como “*trabajadores indefinidos no fijos*”, lo que en su opinión supone “*una nueva mutación del contrato*”.

Para el Tribunal, tanto de la Directiva 2001/23 como del art. 44 del ET, se desprende que “*lo relevante es que el tipo de vínculo que resulte tras la sucesión de empresa conserve sus características esenciales, es decir sin modificaciones sustanciales, como consecuencia del cambio del empleador*”.

En cuanto al “**personal laboral a extinguir**”, señala que “*más importante que la denominación es el contenido de los derechos y deberes de este personal laboral a extinguir con su nuevo empleador*”; además, recuerda que es una figura jurídica que no ha sido creada por la administración autonómica como dice el recurrente, sino que existen precedentes a nivel estatal en la Ley 15/2014 de Racionalización del Sector Público (arts. 3, 5, 8 y 9) y, Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (art. 87).

El Tribunal no comparte la visión del recurrente sobre la condición del personal laboral a extinguir, pues “*no es equiparable a un contrato temporal o de interinidad*”, ni tampoco es personal indefinido no fijo (PINF), pues éste se caracteriza porque “*la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso-oposición público*”; circunstancia que no se da en el personal laboral a extinguir porque éste “*se va a mantener en sus contratos hasta que exista causa legal de extinción*”.

Por lo que hace a la aplicación de la ley de incompatibilidades, dice el Tribunal, que se produce por mandato de la propia Ley 53/1984, de incompatibilidades, que es aplicable a todas las personas al servicio de las administraciones públicas, tanto funcionarios como laborales, como confirmó el Tribunal Constitucional en STC 178/1989, de 2 de noviembre¹⁷⁷.

¹⁷⁷ No obstante, recuerda el TSJ que la aplicación de esta Ley no supone que se imponga la plena dedicación, sino que han de sujetarse a lo dispuesto en la ley 11/ 2000 de 28 de diciembre, de gestión administrativa financiera y de organización de la Generalidad, que establece los complementos específicos a aplicar al personal estatutario al servicio de las

En segundo lugar, el recurrente considera que la elaboración del Decreto ha supuesto un fragante ejercicio del desprecio al derecho fundamental de libertad sindical (art. 28.1 CE), pues acuerda con quien no representa a los trabajadores de Ribera Salud afectados (mesa sectorial de Sanidad), el cambio de naturaleza de los contratos y opta por la vía del Decreto sin hacer reserva plena a una posterior negociación colectiva de los posibles cambios a introducir y ello, aun cuando el propio Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, en su Dictamen 150/2018 de 7 de marzo, aboga por esta vía a fin de no sustraer la competencia que le corresponde al orden jurisdiccional social.

La parte demandada alega haber respetado el art. 44 ET porque ha informado al comité de empresa y representantes de los trabajadores en varias reuniones, de la subrogación y del Decreto; no hubo negociación porque no era preceptiva al no producirse traslados colectivos ni modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, y por la misma razón no se ha consultado a los mismos. En cualquier caso, añade, no era posible llevar a cabo una negociación de las condiciones de trabajo previamente a la subrogación, porque hasta el 1 de abril de 2018 no sustentaba la condición de empleador y no estaba legitimado para ello.

El Tribunal considera que era *“conveniente que la administración mantuviese reuniones informativas con los representantes de los trabajadores afectados para asegurarse de que la información que reciben los mismos es adecuada y correcta”* así como, que, si esta información la está transmitiendo el actual empleador no sería obligado mantener estas reuniones. En este punto, concluye la Sala que *“la administración, aun no estando obligada en virtud de la norma legal, ha informado al comité de empresa de Ribera Salud II (representantes de los trabajadores), de acuerdo con los artículos 61 y siguientes, del Estatuto de los Trabajadores, de la subrogación y del Decreto aquí recurrido, tal y como se desprende de las actas de las reuniones”*.

instituciones sanitarias, según la dedicación (exclusiva o no) por la que opten (art. 54 y 55). Por tanto, se aplica la ley 53/84, de Incompatibilidades, pues, como dice el TSJ *“es consustancial al hecho de que presten servicios para una administración pública con independencia del carácter laboral de la naturaleza de su relación y sin que ello signifique que obligatoriamente tengan una dedicación exclusiva pues dependerá de las opciones que se ejerciten individualmente”*.

En relación con la cuestión sobre si debió abrirse por parte de la administración un periodo de consultas o negociaciones con el comité de empresa de Ribera Salud (art. 44.9 ET), recuerda el Tribunal que “dicha negociación propiamente está prevista para cuando se vayan a adoptar medidas laborales tales como traslados colectivos o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo” y en el caso que se analiza, dice: *“ni nos encontramos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni ante un traslado colectivo”* puesto que conforme al art. 4 del Decreto *“el personal laboral subrogado desempeñará sus tareas en las mismas condiciones que le fueran de aplicación de conformidad con su contrato y el convenio colectivo que resulte de aplicación y supletoriamente por lo dispuesto en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores”*. Además, sin olvidar que la Disposición Adicional Tercera del Decreto, indica que: *“las condiciones de subrogación establecidas en el presente decreto se entienden sin perjuicio de las que pudieran establecerse en un acuerdo de negociación colectiva suscrito con la representación de los trabajadores y trabajadoras una vez producida su dependencia Orgánica y funcional de la Generalitat a través de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública condiciones que de acordarse serían de pleno aplicación.”*

Sobre la utilización de la vía del Decreto para ordenar los efectos de la reversión en materia de personal, el Tribunal recuerda que el Consejo Jurídico Consultivo en su informe concluía que la subrogación del personal y las condiciones en que se efectúa, no pueden formar parte de una norma jurídica como es un reglamento aprobado por Decreto, pues ni el legislador autonómico ni el Decreto proyectado, pueden sustraer al orden jurisdiccional social la competencia para conocer de las cuestiones y reclamaciones que puedan surgir como consecuencia de la subrogación del personal del Departamento de Salud de la Ribera, por pertenecer esta materia al derecho laboral.

Y también recuerda que, a la vista de dicha observación la administración introdujo en el Decreto impugnado dos disposiciones. Una Disposición Adicional Segunda que lleva por título: *“Competencia del orden jurisdiccional social”* según la cual: *“Las condiciones de la subrogación y el*

listado de personal contenidas en este Decreto no impedirán el derecho de cualquier personal laboral afectado a ejercitar ante el orden jurisdiccional social cualquier acción que considere oportuna en defensa de sus intereses", y una Disposición Adicional Tercera titulada "Vigencia de las condiciones de subrogación", según la cual: "Las condiciones de subrogación establecidas en el presente decreto se entienden sin perjuicio de las que pudieran establecerse en un acuerdo de negociación colectiva suscrito con los representantes de los trabajadores y trabajadoras, una vez producida su dependencia orgánica y funcional de la Generalitat a través de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, condiciones que, de acordarse serían de plena aplicación."

El Tribunal no encuentra razón jurídica que impida que la administración opte por el Decreto para ordenar los efectos derivados de la reversión en materia de personal, y ello porque, por una parte, el Decreto se limita “a efectuar una declaración genérica de los efectos de la subrogación conforme al mandato del art. 44 ET”, dejando “a salvo la situación individual de cada trabajador que podrá ser cuestionada ante la jurisdicción social”; y por otra, porque una vez producida la dependencia orgánica y funcional de la administración, la consellería y los representantes de los trabajadores podrán negociar las condiciones de la subrogación.

El Tribunal tampoco ve inconveniente alguno en que la administración, en el seno de las prerrogativas que le otorga la cláusula 23 del pliego de cláusulas administrativas al dictar las normas encaminadas a la recepción, estableciera como requisito para la conversión en indefinidos de los contratos originariamente temporales, durante el plazo que mediara entre la entrada en vigor de las normas de reversión y el 31 de marzo de 2018 (fecha de la reversión), un informe favorable de la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos, así como, en el supuesto de nuevas contrataciones. Esta exigencia en opinión del Tribunal está justificada, por una parte para poder adquirir un conocimiento adecuado de la dotación del personal objeto de subrogación, y por otra, porque “han podido existir incorporaciones fraudulentas a la empresa Ribera Salud II, cuya plantilla sabía desde un año antes que acabaría integrándose en la administración autonómica, por lo que la petición del informe previo debemos considerarla ajustada a derecho y no vulnera ningún principio constitucional, y en todo caso, el trabajador

afectado podrá acudir a la jurisdicción social y discutir su integración o no”.

Respecto a la denuncia que hace el Sindicato de que el Decreto recoge una figura de empleado público que no se contempla en el art. 8 del Estatuto Básico del Empleado Público, vulnerando con ello la reserva legislativa del Estado en materia laboral, dice el Tribunal que:

“En realidad, el personal a extinguir no tiene la condición de empleado público en sentido formal, no forma parte propiamente de la plantilla de la consellería ni consolida plaza en el Departamento de Ribera Salud; su contratación se vincula al puesto y funciones que desarrollaba con anterioridad a la subrogación y por ello no podrá concurrir a procesos, por ejemplo, de movilidad entre empleados públicos, ni tendrá formalmente la consideración como tal; eso sí, mantendrá la estabilidad en el puesto que venía ocupando pero seguirá la suerte del servicio en el que prestaba sus servicios con anterioridad. Concorre otra circunstancia que conviene ponderar a la hora de adoptar nuestra decisión, y es que no nos encontramos en los supuestos de empleo público temporal que aspiran a consolidar su situación, que deben resolverse con otros parámetros constitucionales y legales”.

236

Por todas las razones anteriormente señaladas, el Tribunal concluye desestimando el recurso interpuesto por el Sindicato Independiente (CSIF) contra el Decreto 22/2018.

A pesar de que la figura del personal laboral a extinguir, se ha venido reconociendo en la legislación valenciana en los últimos años y ha contado con el apoyo del TSJCV, lo cierto es que no es una solución satisfactoria porque complejiza la gestión del personal y genera discriminación entre los trabajadores. Por todo ello, cabría preguntarse si no sería pertinente que el legislador estatal de una solución a este personal, que se subroga como empleado del sector público, para que, cumpliendo ciertas condiciones de profesionalidad, pueda integrarse como empleado público laboral, dejando

abierta la posibilidad de excluir a quienes no las cumplan, o exista sospecha de fraude, como dice el Tribunal Supremo¹⁷⁸.

C. Los límites a la negociación del convenio colectivo relativo al personal laboral a extinguir.

En el presente caso concurre también que el **IV Convenio Colectivo Ribera Salud II**, U.T.E. Ley 18/82, que regulaba las condiciones laborales y económicas entre la citada empresa y sus trabajadores y trabajadoras, finalizó su vigencia el 31 de diciembre de 2018, habiendo sido denunciado en su momento tanto por el Comité de Empresa como por la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública. Como consecuencia de ello, se inició el proceso de negociación de un nuevo convenio cuya tramitación continúa a día de hoy, estando prevista su finalización durante el año 2023.

En relación con la referida negociación, por parte de la Subsecretaría de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, se elevaron sendas consultas a la **Abogacía General de la Generalitat** relativas a:

237

Primero. Posibilidad de realizar ajustes en un convenio colectivo de empresa de una contratista cuyos trabajadores se han incorporado a la Generalitat en condición de personal laboral a extinguir. En este caso, la Abogacía en su Informe de 31 de enero de 2019 establecía que:

- c) No es posible reconocer la jubilación parcial al personal a extinguir a partir del acuerdo de empresa de jubilación parcial de 28 de marzo de 2013, porque este condiciona su eficacia a la inexistencia de una norma posterior de derecho necesario que la haga inaplicable. Esto es lo que sucede con la Disposición Adicional 8ª de la Ley de Medidas Fiscales, de Gestión

¹⁷⁸ Algunas de las propuestas formuladas por la **Organización Sindical CCOO** en su intervención ante el Grupo de Trabajo de la CER, el 20.06.2022 parecen ir en esa línea. Así propone que “*En el Estatuto Básico del Empleado Público debería establecerse normativa clara en la que encajar los procesos de reversión, de forma que encaje la normativa laboral general con la propia del personal laboral en las administraciones públicas y su sector público instrumental*”, y que se deberían “*Incorporar en los contratos y pliegos las mismas exigencias de titulación del personal y de normas generales de acceso al empleo que se exigen en la administración pública, dado que en algunos casos se computan los servicios prestados igual que a los empleados/as públicos*”.

Administrativa y Financiera y de Organización de la Generalitat (vista anteriormente), que al prever que el personal a extinguir continuará en su puesto de trabajo hasta que cese, impide novar su contrato a tiempo completo por otro a tiempo parcial de jubilación parcial.

- d) Tampoco se podrá formalizar un contrato de relevo para sustituir al personal a extinguir jubilado parcialmente porque las vacantes deberían ser cubiertas por personal estatutario (DA 8ª)
- e) El personal a extinguir no puede ascender de categoría porque el Convenio limita la promoción interna a plazas de nueva creación o vacantes, las cuales por así disponerlo la DA 8ª deber ser cubiertas por personal estatutario.
- f) Tampoco puede el personal a extinguir con jornada a tiempo parcial convertir su contrato en otro a tiempo completo porque tanto el Convenio como la jurisprudencia exigen para ello extinguir el contrato ordinario. Esto, además, supondría que esa misma plaza, desde ese momento vacante, debiera ser ocupada por personal estatutario (DA 8ª).

Segundo. La posibilidad de incorporar en un nuevo convenio colectivo determinadas mejoras sociales para el personal laboral a extinguir procedente de Ribera Salud II UTE. En este caso, la Abogacía en su Informe de 29 de enero de 2019 comienza señalando que el personal laboral a extinguir es una categoría de empleado del sector público (que no empleado público), cuya principal singularidad consiste en el mantenimiento de esta condición hasta que su contrato se extinga por una de las causas legalmente previstas. Además, en el caso analizado ocupan transitoriamente puestos de plantilla de personal estatutario, y por ello:

- a) En un nuevo convenio no sería posible negociar la conversión de contratos del personal a extinguir a tiempo parcial en otros a tiempo completo porque la jurisprudencia exige extinguir el primer contrato para poder celebrar otro;
- b) Tampoco podría incorporarse en un convenio colectivo la promoción interna de este personal porque una vez producida una vacante debe ser ocupada por personal estatutario;

- c) Ni puede reconocerse al personal a extinguir la jubilación parcial anticipada porque tanto legal como prudencialmente se exige extinción del primer contrato. Además, en este caso, según criterio del Instituto Nacional de la Seguridad Social, para que esta se haga cargo de la pensión de jubilación parcial debe suscribirse un contrato laboral temporal con un relevista.
- d) Sí sería posible negociar en un nuevo convenio medidas como la movilidad interna, y otras cláusulas de estabilidad en el empleo, siempre que estas no desdibujen la figura del personal a extinguir.
- e) Denunciado el Convenio, este mantendrá su vigencia con carácter indefinido porque en él se ha previsto la prórroga legal mismo hasta que se alcance un acuerdo expreso sobre un nuevo convenio. Este pacto es posible porque el art.86.3 del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, que regula la ultra actividad, es una norma dispositiva.

D. Problemática jurídico-laboral planteada: acceso a la jubilación parcial, conversión del contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo, reingreso tras la finalización de la excedencia voluntaria, etc.

239

Los jueces de lo Social, así como del TSJCV han conocido de diversos conflictos relacionados con la definición del estatuto jurídico del personal a extinguir, y cuya doctrina ha contribuido a perfilar mejor su naturaleza y características. Entre otras materias han sido objeto de análisis las siguientes:

a) En relación con el acceso a la jubilación parcial.

La **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2021¹⁷⁹**, confirma la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia y recuerda que, para dilucidar si la trabajadora tiene derecho a la jubilación anticipada parcial, se ha de tener en cuenta que, si bien la misma viene

¹⁷⁹ ECLI:ES:TSJCV:2021:7721

prestando servicios como personal laboral para la Administración Autónoma demandada en el centro de trabajo del Hospital de La Ribera de Alzira, con la categoría profesional de enfermera, la plaza ocupada por dicha trabajadora es de naturaleza estatutaria ya que así se establece en el art. 6 del Decreto 22/2018, de 23 de marzo, del Consell, y como consecuencia:

“La aplicación de dichos preceptos excluye la posibilidad de que la Administración autonómica demandada pueda suscribir un contrato de relevo para cubrir la jornada laboral que deja vacante la trabajadora D^a... al acceder a la jubilación anticipada parcial ya que la plaza que ocupa dicha trabajadora es de naturaleza estatutaria y, por tanto, su cobertura total o parcial no puede llevarse a cabo mediante la contratación de personal laboral, sino conforme a la normativa que rige la provisión de plazas de personal estatutario, por lo que aun siendo cierto que el Acuerdo de 28-3-2013 suscrito entre Ribera Salud II UTE y el Comité de Empresa sobre jubilación parcial, con vigencia desde su firma y hasta el 31-12-2018, prevé el acceso a dicha jubilación por parte de los trabajadores que reúnan los requisitos legalmente exigibles en cada momento para ello, estando la Sra... incluida entre los trabajadores con posible acceso a la jubilación parcial y habiéndose subrogado la Administración Autónoma demandada respecto a dicha trabajadora en los derechos y obligaciones que tenía la anterior empleadora, Ribera Salud II UTE Ley 18/82, resulta inviable el acceso a la jubilación parcial de la susodicha trabajadora al no poder cumplirse uno de los requisitos necesarios para hacer efectiva la jubilación anticipada parcial de la Sra... esto es, la suscripción por parte de la Generalitat Valenciana de un contrato de relevo para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por el jubilado parcial, contrato que aparece regulado en el art. 12.7 ET en relación con el 215.2 LGSS y cuya suscripción resulta ineludible para el acceso a la jubilación parcial de la Sra... en tal sentido se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, entre otras en la sentencia de 13 de marzo de 2014, rec. 1287/2013¹⁸⁰”

¹⁸⁰ ECLI:ES:TS:2014:1800.

b) La reconversión de un contrato a tiempo parcial en uno a tiempo completo.

En este caso, la sentencia del **Juzgado de lo Social núm. 8 de Valencia, de fecha 22 de abril de 2021**, señala que:

“Tratándose de personal a extinguir resulta inviable la novación contractual que implica la formalización de un nuevo contrato de trabajo con la demandante. En este sentido se pronuncia la sentencia firme del Juzgado de lo Social n.º Seis de Valencia de fecha 13 de marzo de 2.020 (Sentencia nº 102/20), aportada como instructa por la Consellería, que aun cuando resuelve un caso distinto al que se dilucida en el presente procedimiento recoge doctrina perfectamente aplicable al de autos. Así en su fundamento de derecho segundo señala que “tal y como ha puesto de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 14/05/07 (ROJ STS 4692/2007) aducida por la demandada << todo contrato cuya jornada sea inferior a la habitual es un contrato a tiempo parcial >> , lo cierto es que la Sala considera -con gran parte de la doctrina- que el contrato de trabajo a tiempo parcial constituye -al menos actualmente- una verdadera modalidad contractual y que no cabe identificarlo con un simple supuesto de reducción de jornada (contrato de trabajo a tiempo completo con jornada reducida) o de utilización reducida del tiempo de trabajo (jornada parcial). Así lo ponen de manifiesto su completa configuración legal (particularmente su voluntariedad, las específicas reglas de distribución del tiempo, la singularidad del sistema de protección social...) las exigencias formales y la posible conversión del contrato de tiempo completo a tiempo parcial y viceversa. Esta diversidad de naturaleza -en gran medida aceptada- necesariamente comporta, pese al principio de conservación del negocio y el carácter excepcional de la novación extintiva , ambos tan presentes en el Derecho del Trabajo (...) que en los supuestos de la referida conversión no estemos en presencia de una novación modificativa de la relación laboral, sino ante la novación extintiva de la preexistente y su sustitución por la nueva (así lo había indicado la STC 22/11/88 para contexto normativo menos concluyente que el actual), habida cuenta de que el fenómeno extintivo no solamente tiene lugar cuando el contrato de trabajo finaliza para dar paso a una relación no laboral, sino también cuando se transforma

en modalidad o especie distinta“. De lo expuesto se infiere que la pretensión actora no puede ser acogida por cuanto que la conversión del contrato a tiempo parcial que vinculaba a las partes en un contrato a tiempo completo (modalidad contractual distinta como se ha razonado) supondría una novación extintiva, y ostentando la condición la actora de personal a extinguir, la plaza debería cubrirse acudiendo al procedimiento legalmente establecido.”

c) El reingreso consecuente a la finalización de una excedencia voluntaria por interés particular que no lleva aparejada la reserva del puesto de trabajo.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia de fecha 11 de noviembre de 2019, en relación con una solicitud de reingreso en el Departamento de Salud de La Ribera, recuerda que la cuestión ya fue planteada y resuelta en Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N.º 14 de Valencia, en fecha 25 de marzo de 2019.

Ambas sentencias reproducen a su vez la doctrina del Tribunal Supremo manifestada en Sentencia de 28 de noviembre de 2017, que resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina planteado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 4 de febrero de 2015¹⁸¹. El Tribunal Supremo recuerda la doctrina de la Sala en torno al ejercicio del derecho establecido por el art. 46.5 ET, y que resume en los siguientes puntos:

“a) Este derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común «es un derecho potencial o “expectante”, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso».

b) El tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo «encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otras situaciones. Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y cualificadas de

¹⁸¹ ECLI:ES:TS:2017:4405.

impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, el interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa» (STS 25/10/00 -rcud 3606/98-).

(...)

d) Por lo mismo, si la excedencia voluntaria no implica para el empresario «el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad ello, quiere decir que el empresario puede disponer de la plaza vacante, bien contratando a otro trabajador para el desempeño de la misma, bien reordenando los cometidos laborales que la integran, bien incluso procediendo a la amortización de la misma...».

e) De esta forma, «el derecho potencial o expectante del trabajador en excedencia voluntaria sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando su mismo puesto de trabajo, u otro similar o equivalente, se encuentre disponible en la empresa» (SSTS 21/01/10 -rcud 1500/09-; 30/04/12 -rcud. 2228/11; 30/11/12 -rcud 3232/11-; 15/03/13 -rcud 1693/12-; 11/07/13 -rcud 2139/12-; y 26/10/16 -rcud 581/15-).

A la vista de la anterior doctrina el Tribunal Supremo reconoció que la solución del caso era la ofrecida por la sentencia de contraste (Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de 10 de octubre de 2011) porque como insiste: *“el reingreso del trabajador excedente se halla condicionado -de cumplirse los restantes requisitos- a que existan «vacantes de igual o similar categoría».*

En el presente caso, recuerda el Juez que, tras el 1 de abril de 2018, fecha en que los trabajadores de Ribera Salud II U.T.E. Ley 18/82 (Hospital de La Ribera) pasaron subrogados a la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública *“la trabajadora no ha efectuado petición alguna a la nueva empleadora quien, además, en ningún caso, podría atender a la solicitud de reingreso de la trabajadora formulada el 29.03.2018, pues a dicha fecha la empleadora era Ribera Salud II UTE Ley 18/82. Ello, no obstante, señalar que tampoco consta que después de esta fecha hayan quedado plazas*

vacantes de la misma o similar categoría correspondientes a la de la demandante. Y, en cualquier caso, admitiendo alguna contratación temporal que haya podido efectuar la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, con la categoría profesional de Médico, dicha contratación temporal, en atención a lo expuesto con anterioridad, en modo alguno puede amparar la demandante su derecho al reingreso. Por todo lo expuesto, procede la íntegra desestimación de la demanda interpuesta...”

Según datos ofrecidos por la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, el departamento de salud de la Ribera contaba en 2018 con 280.000 usuarios y 1.400 trabajadores (entre laborales y estatutarios) aproximadamente. A fecha de mayo de 2022 el departamento tiene 2.800 trabajadores

d) Otras problemáticas pendientes de resolución.

Tras la subrogación de la consellería como empleador, la aplicación a su personal estatutario, laboral, y laboral a extinguir, de diferentes regímenes jurídicos, laboral y administrativo, comporta serias dificultades para la gestión ordinaria de los asuntos y la delimitación de derechos que en materia de recursos humanos se está llevando a cabo desde cada una de las Gerencias de los Departamentos de Salud implicados.

Al margen de las cuestiones referidas anteriormente, todavía quedan pendientes de resolución numerosas cuestiones. Entre otras pueden citarse las siguientes: la continuidad del personal subrogado con contrato de cargo directivo; los contratos de trabajo compartidos entre el Departamento de Salud cuya gestión se asume y otras empresas del grupo (por ejemplo, trabajadores al 50% en Ribera y al 50% en B2B-empresa del grupo Ribera Salud) o las exigencias de titulación y su tratamiento.

5.2. Las Resonancias Magnéticas¹⁸².

5.2.1. El contrato de gestión de servicios públicos por concierto

El 30 de octubre de 2008 tuvo lugar la firma del contrato de gestión de servicios públicos por concierto para la realización de las técnicas de diagnóstico por imagen mediante equipos de resonancia magnética, entre el director general de la Agencia Valenciana de Salud y el representante de la UTE Erescanner Salud, formada por las empresas Eresa, Inscanner, SL, Ribera Salud, S.A. y Beanaca, S.A.

El régimen jurídico del contrato se contenía en sus cláusulas y las de los pliegos, y subsidiariamente en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público y RD. 1098/2001.

Cabe recordar que, a la firma del contrato en 2008, la legislación vigente en materia de contratación pública era la anterior; y el modelo contractual previsto en la misma para externalizar los servicios públicos era el contrato de gestión de servicios públicos, que constaba de diversas modalidades como la concesión, utilizada en los contratos de externalización de los departamentos de salud, o el concierto, que es el utilizado en esta ocasión.

Concretamente, el art. 353 de la Ley 30/2007 recogía dichas modalidades de contratación, y entre ellas su apartado c) contemplaba el “Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”; que se completaba con lo previsto en el art. 181 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 1098/2001, según el cual: “La modalidad de concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tenga análogo contenido al del respectivo servicio”.

¹⁸² La experiencia de reversión de este contrato se dio a conocer al grupo de trabajo que colabora en este Informe, en reunión celebrada el 30 de mayo de 2022, por parte de la directora general de Recursos humanos de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, junto con la subdirectora general de Administración de personal y salud laboral, y el jefe del Servicio de régimen jurídico de personal.

También cabe destacar que, el art. 259 de la Ley 30/2007 aplicable a todos los contratos de gestión de servicios públicos, incluso los conciertos, bajo el título de Reversión establecía: “1. Cuando finalice el plazo contractual el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados”.

El objeto del contrato comprendía las siguientes actuaciones:

- a) Mantenimiento, actualización, sustitución o renovación, de los equipos de resonancia magnética instalados en la red pública de hospitales de la Agencia Valenciana de Salud (AVS) mediante concierto (Hospital General de Castellón, de la Plana, de Sagunto, Clínico Universitario, Arnau de Vilanova; la Fe, Gandía, Xàtiva, Elda, Alicante y Elx).
- b) Implantación de nuevos equipos de resonancia magnética en cualquiera de los hospitales de la red pública de la Agencia Valenciana de Salud (AVS) y ampliación de las unidades existentes en las condiciones previstas en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.
- c) Realización de las obras de infraestructura y adecuación necesaria para llevar a cabo el objeto previsto en los apartados a y b.
- d) Gestión y explotación de los equipos instalados, realización e informe de las exploraciones que le sean solicitadas en cada caso conforme a los criterios del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
- e) Realización e informe, cuando proceda, de exploraciones de resonancia magnética mediante equipos de propiedad del adjudicatario, instalados en dependencias ajenas a los hospitales de la red pública de la Agencia Valenciana de Salud (AVS), cuando le sean solicitadas conforme a los criterios del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y no puedan realizarse en los equipos referidos en los apartados a y b.

Y concluye que, dado que el número de explotaciones a realizar son indeterminadas y no pueden predecirse con anterioridad de forma exacta, la extensión del objeto del concierto se ceñirá a las necesidades de prestación de servicios que tenga la Administración durante la vigencia del concierto.

La contraprestación a percibir por la UTE, se determinaría dependiendo del tipo de exploración, según se realizase en dependencias propias de la

Consellería de Sanidad (A); o de la empresa (B), y si la exploración se hacía en centros de la consellería sin lectura e informe (C). El precio del contrato se fija en 497.102.000, 00 euros a distribuir en los diez años.

EXPLORACIÓN	A	B	C
RM simple	149€	175€	125€
RM doble	225€	265€	195€
RM triple	275€	325€	245€
RM especial	510€	600€	450€
Espectroscopia basada en RM	263€	310€	230€
Angioresonancia cardiaca	685€	800€	580€
Plus de anestesia	100€	100€	100€
Plus de contraste	47€	47€	47€
Plus de estudio de estimulación	47€	47€	47€

Los precios se revisarían según el IPC y de acuerdo con el sistema previsto en la cláusula 24 del PCAP (cláusula 5º del contrato).

El plazo de ejecución del contrato se pactó por **10 años**, hasta el 30 de septiembre de 2018. Una vez finalizado el plazo contractual el servicio revertirá a la Administración, “*debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado, de acuerdo al presente contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados*”. Tres meses antes de la reversión, se adoptarán las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas (cláusula 6º del contrato)

Se prevé también que durante la ejecución del contrato la AVS pueda autorizar la ampliación de obras o instalaciones existentes (cláusula 7º del contrato).

En relación con la reversión del servicio el PCAP en su cláusula 13ª añade también que:

“Al finalizar el referido plazo contractual revertirá el servicio a la Administración conforme a lo dispuesto en el artículo 259 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. El equipamiento aportado, tanto las máquinas de Resonancia Magnética como los ordenadores y demás equipos asociados propiedad de la adjudicataria, deberán revertir a la Administración o a un nuevo adjudicatario una vez revertido el servicio a la Administración.”

Se fija un periodo de amortización a ocho años de todo el equipamiento necesario para la prestación del servicio. El adjudicatario no tendrá derecho a indemnización alguna por las obras y mejoras realizadas en los locales cuyo derecho de utilización termina con el contrato ni tampoco tendrá derecho a indemnización por los equipos instalados, siempre y cuando hayan transcurrido ocho años desde la instalación del equipo. Las actualizaciones técnicas y renovaciones de equipamiento mantendrán igualmente un periodo de amortización a ocho años a efectos de su valoración.

En el caso de que no haya transcurrido ese periodo, la indemnización se proporcionará al valor de lo instalado, según factura de adquisición prorrateado al tiempo restante de explotación sobre una vida útil de ocho años”.

El personal que “por su cuenta” aporte y utilice el contratista para la adecuada ejecución del contrato será el necesario y suficiente para la plena cobertura/horario del servicio público, siéndole de aplicación lo establecido en los PCAP y PPT (cláusula 8º). En particular la cláusula 35 PCAP

248

El contratista presentará la facturación correspondiente a las exploraciones realizadas en el mes inmediatamente anterior, antes del día diez de cada mes natural, y los precios comprenderán la totalidad de los gastos necesarios para la correcta realización de los servicios a concertar.

5.2.2. La evaluación con criterios de eficiencia, eficacia y economía de la gestión del concierto, por la Sindicatura de Comptes (2013 y 2016)

En 2013, la Sindicatura de Comptes, en el marco de sus competencias, llevó a cabo una Auditoría Operativa de los Conciertos Sanitarios: Evaluación con criterios de eficiencia, eficacia y economía de la gestión del concierto de resonancias magnéticas, en la Comunitat Valenciana, durante los ejercicios 2008-2012.¹⁸³

¹⁸³“Resonancias Magnéticas: Una Oportunidad de Ahorro. Auditoria Operativa de Conciertos Sanitarios: Evaluación con criterios de eficiencia, eficacia y economía de la gestión del concierto de resonancias magnéticas. Ejercicios 2008-2012”. Síndic de Comptes. 2013.

A raíz de la auditoría practicada, la Sindicatura obtiene una serie de conclusiones, observaciones y recomendaciones de interés:

1. En relación con los costes del concierto y los ahorros potenciales, advertía de varias medidas que supondrían un ahorro considerable para la Administración: entre 3,3 y 16,7 millones de euros en el caso de realizar el concierto con medios propios; entre 406.000 y 2.032.000 euros, si se optara por la modalidad C (exploraciones con equipos del proveedor, pero informadas por facultativos propios), y en torno a 900.000 euros, si el Plus Contraste se adquiriera directamente desde los hospitales en lugar de a través de la empresa concertada.

Además, la sindicatura estimaba un ahorro aproximado de 465.000 euros para 2010 y 2011, si la facturación se calculaba en función del número de exploraciones y no del número de pacientes, cumpliendo con los criterios de facturación estipulados. Estimaba también una variación de 1.800.000 euros en favor de la Administración, tras la revisión de los criterios de facturación relacionados con la agrupación de exploraciones.

2. Respecto a la duración del contrato, el síndic aconsejaba que el plazo inicial fuera más reducido, para poder aprovechar futuras ventajas en innovación tecnológica.

3. Respecto a los pliegos, consideraba que las definiciones eran ambiguas y algunas incluso contradictorias entre sí, con criterios de facturación acumulativos.

4. Respecto a la modificación del contrato realizada en noviembre de 2012, la sindicatura no consideraba que estuviera justificada la eliminación de la posibilidad de poder optar por el modelo C. Por ello, recomendaba a la Agencia Valenciana de Salud la valoración de la conveniencia de implantar la modalidad C en otros hospitales.

5. El informe advertía de la falta de control de las prestaciones y de la imposibilidad de conocer, por parte del Servicio de Conciertos, información

https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/9/fileC_AO_RM.pdf

https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/9/fileSEGCON_C.pdf

básica de la gestión, necesaria para comprobar el cumplimiento de la actividad concertada y *“para evaluar si el servicio prestado por la empresa adjudicataria respeta el criterio de eficiencia en la gestión de los fondos públicos”*

Entre otras recomendaciones, aconsejaba que no fuera el proveedor quien determinara la prueba a realizar, sino que se realizara en función de la patología o situación clínica, a través de un protocolo.

6. La sindicatura instaba a mejorar la efectividad del control de las prestaciones concertadas.

Más tarde, en **2016**, la Sindicatura presentó un Informe de seguimiento del grado de implantación por parte de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de las recomendaciones incluidas en el informe de auditoría operativa sobre la gestión de los conciertos sanitarios de resonancias magnéticas.¹⁸⁴

En dicho informe apuntaba que se habían tomado algunas de las medidas recomendadas, pero que la mayoría no habían sido implementadas. No se había adoptado ningún acuerdo relevante para el mejor control económico, y la implantación del modelo C seguía siendo muy limitada. La sindicatura concluía que, de acuerdo con los datos, las conclusiones y recomendaciones en relación con los costes del concierto y con los ahorros potenciales que se habían indicado en el informe de julio de 2013, seguían siendo plenamente válidas.

250

5.2.3. Cambios en el sistema de facturación (2017). Sentencia del TSJCV 106/2021; 492/2021; 508/2021, etc.

A partir del 17 de noviembre de 2017 por resolución del Director General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Salud Universal y Salud Pública, se acuerda implantar, por concurrir los requisitos (razones de interés público y disponibilidad de especialistas del sector público), en los

¹⁸⁴ Informe de seguimiento del grado de implantación por parte de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de las recomendaciones incluidas en nuestros informes de auditoría operativa emitidos sobre la gestión de los conciertos sanitarios: hemodiálisis (2012) y resonancias magnéticas (2013) Síndic de Comptes. 2016. https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/9/fileSEGCON_C.pdf

diversos hospitales y en concretos turnos, *“la realización de las exploraciones por parte del personal técnico dependiente del contratista, correspondiendo la posterior lectura e informe a los especialistas del servicio de Radiología del citado centro sanitario público”*.

La decisión fue recurrida por la contratista Erescanner Salud UTE en todos los hospitales concertados. Ante una primera desestimación del recurso se interpuso recurso contencioso administrativo ante el TSJ CV. Dado que todos los recursos, sus argumentos, fundamentos y resoluciones judiciales son similares, tomaremos como referencia la **Sentencia 510/2021 de 9 de febrero de 2021** (ECLI:ES:TSJCV:2021:510).

Como hemos visto, existían tres sistemas de facturación (A, B, C) por cada tipo de exploración, según si éste se hacía en dependencias de la Consellería (A) o de la contratista (B), y en el primer caso, si el informe era realizado por personal de la consellería (C).

La cláusula 13ª de los PCAP establecía en relación con los derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato que:

"En aquellos casos en que razones de interés público lo aconsejen y haya disponibilidad de especialistas del sector público, a propuesta del Gerente del Departamento y con autorización expresa del Gerente de la AVS, se podrá llevar a cabo la asignación de un especialista radiólogo de la AVS a un paquete o turno de exploraciones en un determinado equipo. De esta forma las exploraciones correspondientes a ese turno se efectuarían por el personal técnico de la empresa bajo la supervisión directa del radiólogo propio de la AVS que sería el encargado de la posterior lectura e informe de las mismas, facturándose entonces la exploración al precio previsto para este supuesto en la cláusula sexta", esto es por el sistema C.

Durante los años siguientes, posiblemente a consecuencia de la crisis, se acordaron diversas modificaciones en la forma de facturar las exploraciones. Así en 2012 se acuerda, por motivos de interés público, conforme al art. 202 de la Ley 30/2007 de contratos del sector público, facturar las exploraciones solicitadas por la AVS durante 2012 hasta contabilizar 37 millones de euros (y no 46,3 millones, como estaba previsto), comprometiéndose a no facturar el resto de exploraciones, lo que suponía equiparar las tarifas de la modalidad A y B con independencia de donde se hiciera la exploración. La modificación suponía un ahorro de 9,3 millones, por lo que, para evitar el desequilibrio

económico de la UTE, la consellería se comprometía, mientras durase la modificación, a no exigir de forma absoluta a la adjudicataria la adaptación de los equipos a todas las mejoras que vaya surgiendo en el mercado; así mismo, *“Durante el periodo de vigencia de esta modificación contractual no se implantará el modelo C en ningún otro equipo instalado en otros hospitales”*.

Este acuerdo se mantuvo hasta que el 15 de septiembre de 2017 se comunica a la UTE que, a partir de 1 de octubre de 2017, el personal facultativo del servicio de radiología del Hospital de Gandía asumirá el informe de la actividad realizada según el modelo C, en dos jornadas (jueves mañana y jueves tarde). La UTE se opuso a la implantación del modelo C alegando incumplimiento del compromiso contractual de no aplicar el modelo C y los perjuicios derivados para la misma, de su implantación. Finalmente, por Resolución de 17 de noviembre de 2017 se acuerda implantar el modelo C, conforme a lo previsto en la cláusula 13 del PCAP. Contra la misma la UTE presenta un recurso de reposición que es desestimado, y a continuación presenta el recurso contencioso administrativo ante el TSJCV.

Como motivos de impugnación, la UTE denunciaba principalmente:

- Que la interpretación que efectúa la administración de la cláusula 13^a del Pliego implica una modificación del contrato, pues la interpretación literal de la cláusula solo permite el modelo C “en un turno” y no en dos como se está haciendo.
- Que falta motivación, al no concurrir los requisitos exigidos: “interés público y disponibilidad de personal”.

Para la UTE no es válido identificar “razones de interés público” con “ahorro económico”, pues este interés subsiste desde el inicio de la contratación, por lo que no constituye un requisito adicional. Además, no se acredita el presunto ahorro económico.

Por otra parte, respecto a la disponibilidad de especialistas, el hecho de incrementar la plantilla de radiólogos en el hospital *“no significa que haya disponibilidad de especialistas”*. *“Y la contratación de personal nuevo para aplicar el modelo C significa que no existía disponibilidad de especialistas en el sector público. Es decir, el Pliego no permite provocar la contratación de personal nuevo para imponer la ampliación del modelo C. El modelo C no puede ser impuesto arbitrariamente por la administración, señalando la demanda que ” no se trata de buscar personal nuevo para expulsar al contratista, sino*

de sustituir al contratista mediante la asignación de un especialista radiólogo de la AVS a un paquete o turno de exploraciones en un determinado equipo cuando exista disponibilidad de especialistas y concurren razones de interés público".

- Que la modificación impuesta ha producido un perjuicio económico, por la reducción en su facturación y en la rentabilidad económica esperada y por un incremento de los costes ya que debía mantener los mismos equipos en el mismo estado y proceder a su renovación en otros, manteniendo el mismo personal pese a no realizar la lectura de informes. Desequilibrio económico que no ha sido indemnizado.
- Que ha habido desviación de poder al modificar el contrato enmascarándolo bajo una supuesta interpretación.

La Consellería demandada se opuso a la demanda remitiéndose a la citada cláusula del PCAP, y en particular rechazó: que hubiera habido una modificación contractual al remitirse a la cláusula 13ª; que el ahorro económico es una razón de interés público como ha puesto de manifiesto el Síndic de Comptes; que no exista motivación; que exista desequilibrio económico y finalmente, que haya existido desviación de poder.

253

El **TSJCV** entra al análisis de los cinco motivos en los que ampara su recurso la contratista y concluye entre otras que:

- Los pliegos constituyen ley del contrato y en el caso concreto, no cabe hablar de modificación contractual, puesto que, la previsión del modelo C figuraba expresamente en el pliego, pliego que constituye la *lex contractu* y, como tal, aceptado por el demandante.
- Respecto a la aplicación “en un solo turno”, no se define en el pliego el significado de paquete o turno, “*por lo que puede incluir, por ejemplo, un paquete de un determinado número de pruebas o el turno de mañanas de todo el mes, ...*”
- En cuanto al perjuicio económico que dice el recurrente que le ha planteado la “modificación impuesta” por la reducción en su facturación y el mantenimiento de los costes, dice el Tribunal que debe estarse al principio de riesgo y ventura, y conforme con la doctrina jurisprudencial que recoge¹⁸⁵, hace las siguientes consideraciones:

¹⁸⁵ SSTs de 28/01/2015 (Rec. Casación 449/2012); 6/11/2015 (Rec. Casación 2785/2014) y 15/6/2016 (Rec. Casación 1905/2015)

" (...) La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa."

*"La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el **principio de riesgo y ventura del contratista** (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación."*

"La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible"."

254

- Respecto a la desviación de poder, dice el Tribunal que, tratándose de la aplicación de un modelo previsto en la cláusula 13ª del PCAP, vinculante para los contratantes, no cabe hablar de desviación de poder.

Por todo lo visto, concluye el Tribunal desestimando el recurso.

5.2.4. La extinción del contrato. Los efectos en materia de personal (Decreto 200/2021).

El contrato pactado por 10 años se extinguió el 30 de septiembre de 2018 y, como estaba previsto dio paso a la **reversión** del servicio a la AVS. La reversión estaba prevista en los PCAP y en la legislación aplicable. Cabe recordar que se trata de un contrato de gestión de servicio público por concierto, de la anterior ley de contratos del sector público, hoy en día desaparecido, y que entre los efectos de su extinción estaba la reversión, como vimos al inicio del capítulo 5.2.1

Durante el tiempo que duró el contrato se aprobó el IV Plan de Salud de la Comunitat Valenciana 2016-2020 (DOGV n.º 7776/6.5.2016), y en el mismo, como vimos (cap. 4.1), se propone como acción a realizar: *“Revertir progresivamente la actividad y los equipos de resonancia magnética a la red sanitaria pública, revisando el marco contractual para garantizar su estricto cumplimiento y garantizando que la reversión plena del servicio a la red pública se realiza en las condiciones adecuadas”*.

Poco antes de la extinción del contrato por conclusión de su vigencia, conviene recordar que el 18 de abril de 2018, se aprobó la **Ley 8/2018** que vino a modificar la Ley 10/2014 de Salud de la Comunitat Valenciana, para entre otras, incorporar un nuevo apartado 4º al art. 7 de la misma, según el cual:

“En los casos en los que la conselleria competente en materia de sanidad decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha de esa decisión viniese siendo prestado por un operador económico y exista sucesión de empresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en virtud de lo establecido en el citado precepto, en el artículo 130.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, la Generalitat, a través de la conselleria competente, se subrogará en la condición de empleador que la empresa concesionaria ostentaba en los contratos de trabajo celebrados al amparo del Estatuto de los trabajadores para la incorporación del personal necesario para la prestación del servicio, ya fueran temporales

o indefinidos. El personal afectado seguirá en sus puestos en condición de personal a extinguir, desempeñando sus tareas y con idéntica condición de personal laboral hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores, y con las demás consecuencias laborales inherentes a la subrogación contractual”.

Llegada la fecha de finalización del contrato, el servicio se siguió prestando por la empresa contratista, a petición de la Administración. El 28 de enero de 2019 la Conselleria de Sanidad solicitó del Consejo Jurídico Consultivo, la emisión de un Dictamen sobre varias cuestiones relativas a la reversión del servicio para la realización de las técnicas de diagnóstico por imagen mediante equipos de resonancia magnética. Las cuestiones en particular eran:

“la existencia o no, tras la finalización del contrato y la reversión, de una sucesión de empresa; la forma en que debe integrarse, en su caso, el personal subrogado, las condiciones en que ha de integrarse y, por último, cualquier otra cuestión que, a juicio de esta Institución, estime procedente valorar”.

A. El Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo 083/2019 en torno a la aplicación del principio de sucesión de empresa.

El 28 de enero de 2019 la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública solicitó al Consejo Jurídico Consultivo un dictamen en relación con la reversión del servicio público relativo a la realización de las técnicas de diagnóstico por imagen mediante equipos de resonancia magnética. En particular, las cuestiones que se plantean son: *“la existencia o no, tras la finalización del contrato y la reversión, de una sucesión de empresa; la forma en que debe integrarse, en su caso, el personal subrogado, las condiciones en que ha de integrarse, y, por último, cualquier otra cuestión que, a juicio de esta Institución, estime procedente valorar”.*

El CJC analiza la Sucesión de empresas ex artículo 44 del TR del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación a la reversión del servicio público prestado por la contratista; la calificación del personal procedente de la reversión de servicios públicos; las condiciones en las que se incorpora el personal subrogado y otras cuestiones accesorias.

Entre otras, el Consejo Jurídico Consultivo llega a las siguientes conclusiones:

1º. Que, a su juicio, puede mantenerse la existencia de una sucesión de empresa en el supuesto de acordarse la reversión del servicio público de resonancia magnética atendiendo a lo establecido en el artículo 44 TRET, y en la normativa comunitaria, con la consiguiente obligación de proceder a la subrogación del personal afectado por dicha sucesión.

Interesa destacar en este punto, por una parte, que, aunque el art. 44 TRET no se refiere expresamente a las Administraciones Públicas, la Directiva 2001/23 es de aplicación “a *empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro*”, porque el objetivo a garantizar es la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una “entidad económica”, con independencia de un cambio de propietario. Por tanto, como ha señalado la jurisprudencia del TJUE, y vimos en el capítulo 5.1.7. A, el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión¹⁸⁶.

Por otra, que, para que opere la sucesión de empresas del art. 44 TRET es necesario que la transmisión tenga por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular, que esté constituida “*como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria*”. Para que opere la sucesión de empresa ex art. 44 TRET debe existir una continuidad en la prestación del servicio, pero no es suficiente, “*debe ir acompañada de la transmisión de la organización necesaria para desarrollar la actividad o servicio público que se revierte por la Administración para su gestión directa*”.

Y estos requisitos se dan en el supuesto analizado porque, como vimos en la cláusula 13ª del PCAP al revertir el servicio debía entregarse a la Administración las máquinas de resonancia magnética, como ordenadores y demás equipos asociados propiedad de la adjudicataria, con un periodo de amortización de 8 años, con la tecnología y estado de conservación necesarios para su funcionamiento, así como los locales puestos a su

¹⁸⁶ Sentencias de 26 de septiembre de 2000 (C-175/99); 29 de julio de 2010 (C-151/09); 20 de enero de 2011 (C-463/09) o 26 de noviembre de 2015 (C-509/14).

disposición y toda la información necesaria para poder continuar la prestación del servicio público.

2º. En relación con la forma en que el personal afectado debe quedar incorporado a la Generalitat, el Consejo reconoce que, tanto la figura del “indefinido no fijo” como la del “personal a extinguir” están sometidas a controversia jurídica. La figura del “indefinido no fijo” exige que la subrogación la impongan los tribunales del orden jurisdiccional social, no siendo aplicable a las sociedades mercantiles de capital público (SSTS de 2014). Además, la sucesión de empresas no puede implicar una novación objetiva, mediante la transformación del tipo de relación laboral que el personal mantiene con el contratista anterior. Por su parte, la figura del “personal a extinguir” si bien no está prevista en la legislación estatal, a falta de regulación adecuada y satisfactoria por parte del Estado, dicha figura queda avalada -en opinión del Consejo- por la previsión normativa contenida en el artículo 7.4 de la Ley 10/2014, de Sanidad de la Comunitat Valenciana.

3º.- El personal subrogado, salvo pacto en contrario, seguirá por tanto sujeto al contrato laboral y al convenio colectivo vigente, y en sus mismas condiciones (estabilidad laboral, condiciones laborales, retribuciones, etc.), al que estaba sujeto al tiempo de acordarse la subrogación legal.

258

4º.- Recuerda también el Consejo la necesidad de incorporar al expediente de reversión los informes técnicos en los que, con base en datos, criterios y parámetros objetivos, se justifique la necesidad y conveniencia de la citada reversión y su gestión directa por parte de la Administración Pública, no solo desde el punto de vista social, sino también, desde el punto de vista presupuestario y de estabilidad económica.

5º.- Y, por último, el acuerdo que, en su caso, adopte el Consell a fin de proceder a la subrogación del personal, aunque adopte la forma de Decreto ex artículo 33.2 de la Ley 5/1983, no constituye una disposición de carácter general o reglamento, sino un acto no normativo sujeto al derecho laboral, cuyo enjuiciamiento corresponde al orden jurisdiccional social. Esta observación se efectúa -concluye- con la finalidad de que no se siga, para llevar a cabo la subrogación del personal procedente de la anterior contratista, el procedimiento establecido para las disposiciones administrativas de carácter general.

B. El Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo 735/2021 sobre las normas que regulan la reversión.

Más adelante, el 29 de noviembre de 2021, la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública solicitó un nuevo Dictamen al Consejo Jurídico Consultivo, en este caso con carácter preceptivo, en relación con el Proyecto del Consell por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicios públicos por concierto para la realización de técnicas de diagnóstico por imagen mediante equipos de resonancia magnética, en materia de personal; proyecto que se acompañaba del informe de necesidad y oportunidad, la resolución de inicio del procedimiento, los informes sobre repercusión económica y los demás informes y trámites procedimentales requeridos por la normativa aplicable.

El Consejo Jurídico Consultivo en su Dictamen analiza: el procedimiento que se ha seguido en la elaboración del proyecto; la estructura y contenido del proyecto; la justificación de mismo y el tratamiento de la sucesión de empresa; la reversión del servicio sanitario y el principio de estabilidad presupuestaria del art. 7.3 de la LO 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y por último, el análisis detallado del proyecto de Decreto. El Dictamen concluye que el Proyecto es conforme con el ordenamiento jurídico, siempre que se respeten las observaciones esenciales que se le han realizado.

259

Conviene destacar de este Dictamen los siguientes aspectos:

1. Recuerda las normas básicas aplicables al caso, además de las contenidas en el contrato y pliego de cláusulas. En particular, la reversión, como consecuencia de la finalización del contrato, prevista en el art. 259 (no de la Ley 9/2017 como dice), sino de la Ley 30/2007, que era la ley aplicable al contrato de gestión de servicios públicos por concierto; contrato actualmente desaparecido, pero que, cabría entender que la norma sucesora del art. 259 sería, en la Ley 9/2017, el art. 291, también titulado Reversión, pero aplicable sólo al contrato de concesión y contrato de servicios (ex art. 312).

2. Reitera, como vimos en el anterior Dictamen, que es aplicable el principio de sucesión de empresas, aunque la cláusula 6ª del contrato no dice precisamente que *“a la finalización del contrato se producirá el traspaso*

patrimonial a la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de todos los bienes y derechos afectos al servicio”, sino que, “Cuando finalice el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado de acuerdo al presente contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados”. Pero, como ya vimos en el apartado 4.2.2, la necesidad de entregar las instalaciones en estado de “funcionamiento adecuado”, en combinación con la aplicación del art. 44 ET justifica la subrogación de los trabajadores. Lo cual se ve favorecido en el caso de los servicios sanitarios, como bien recuerda el CJC con la aplicación del art. 7.4 de la Ley 10/2014 de Salud de la Comunitat Valenciana.

3. El Dictamen se vuelve a pronunciar sobre el uso del “Decreto” como instrumento normativo, pero a diferencia de los Dictámenes 150/2018 y 587/2021, dictados en relación con los respectivos decretos de reversión de Alzira y Torrevieja, en los que estimó no adecuado dicho instrumento, orientado a la aprobación de normas reglamentarias, para articular la subrogación del personal, sus efectos y demás aspectos relacionados con la materia. En esta ocasión si lo considera adecuado porque el texto proyectado *“regula los aspectos normativos de carácter general que afectan al personal que pasa a depender de la Consellería”, “remitiéndose al convenio colectivo en los aspectos que corresponden a este”* y porque contiene *“una disposición adicional primera en la que se salva la competencia del orden jurisdiccional social”*.

C. El Decreto 200/2021, de 10 de diciembre, del Consell, de regulación de los efectos de la extinción del contrato en materia de personal.

El Decreto 200/2021, tiene por objeto regular en materia de personal, los efectos derivados de la extinción del contrato de gestión de servicios públicos por concierto formalizado por la Consellería de Sanidad y la UTE Erescanner Salud, y que revertirá a la Consellería el 15 de diciembre de 2021.

El art. 2 establece que en dicha fecha la Generalitat, a través de la Consellería se subrogará en la condición de empleador del personal necesario de entre las personas trabajadores que el contratista incorporó para ejecutar los servicios de diagnóstico por imagen mediante equipos de resonancia magnética, en virtud de un contrato de trabajo, ya fuere temporal o

indefinido, al amparo del Estatuto de los Trabajadores, y que continúen prestando dicho servicio a la fecha de la reversión.

Como condición se exige que dicho personal cuente con la preceptiva titulación, autorización o habilitación para el ejercicio de la concreta profesión sanitaria para la que fue contratado, de conformidad con la Ley 44/2003 de Ordenación de Profesiones Sanitarias y demás normas de desarrollo; y que tenga una antigüedad como personal laboral de la empresa de al menos un año.

A los efectos de esta norma, se entenderá por personal subrogado, las personas trabajadoras, tal y como se especifica en la Cláusula Cuarta del pliego de Prescripciones Técnicas, de las categorías de médico/a especialista en radiodiagnóstico (actualmente, facultativo/a especialista en radiodiagnóstico), técnico/a especialista en radiodiagnóstico, enfermero/a, auxiliar de enfermería (actualmente, técnico/a en cuidados auxiliares de enfermería) y auxiliar administrativo/a, incorporadas, única y exclusivamente, para prestar el servicio público objeto del contrato y que desempeñan sus tareas, de forma continuada y presencial, en los equipos ubicados físicamente en instituciones sanitarias de la Conselleria.

En cuanto a los efectos de la subrogación del personal se señala que el personal objeto de la subrogación mantendrá su relación laboral en la condición de personal laboral a extinguir, pasando a prestar sus servicios bajo la dependencia orgánica y funcional de la conselleria, hasta la extinción del contrato de trabajo por cualquiera de las causas legalmente previstas. Para adquirir la condición de personal empleado público deberá superar los procesos selectivos establecidos al efecto, respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

El Decreto se ha venido desarrollando conforme a lo previsto en sus disposiciones adicionales, y el 16 de diciembre se aprobó por Resolución de la Consellera de Sanidad la relación del personal objeto de subrogación tras la extinción del contrato de gestión de servicios públicos por concierto, y el 29 de julio de 2022, se adoptó el Acuerdo por el que se publicaba el régimen retributivo del personal subrogado como consecuencia de la reversión a gestión directa de la realización de las pruebas de diagnóstico por imagen.

En nota de prensa del Gabinete de comunicación de Presidencia de la Generalitat de 29/07/2022 se daba cuenta de que los 113 trabajadores y trabajadoras de Erescanner Salud continuaban en sus puestos de trabajo como personal laboral a extinguir.

5.3. El Servicio de Farmacia de Centros Socio Sanitarios¹⁸⁷.

La Ley 6/1998, de 22 de junio que regula la ordenación farmacéutica de la Comunitat Valenciana, establece en su art. 1 que sólo se podrá prestar atención farmacéutica dentro de aquellos establecimientos que cumplan las condiciones legal y reglamentariamente establecidas y que, en virtud de la correspondiente autorización administrativa, se encuentren comprendidos en alguno de los siguientes niveles de atención farmacéutica, principalmente:

- Nivel de atención farmacéutica primaria, que comprende oficinas de farmacia, botiquines y servicios farmacéuticos de área de salud; y
- Nivel de atención farmacéutica hospitalaria, sociosanitaria y penitenciaria que comprende: los servicios de farmacias en centros hospitalarios, penitenciarios o sociosanitarios, y los depósitos de medicamentos, públicos o privados, dependientes de los anteriores centros.

262

A los efectos de esta Ley, se entiende como **centros sociosanitarios** aquellos centros de asistencia social que prestan asistencia sanitaria específica a sectores de la población tales como personas ancianas y cualesquiera otras cuyas condiciones de salud, que requieran además de las atenciones sociales que se les presta en el centro, determinada asistencia sanitaria (art. 48.2).

La atención farmacéutica en centros sociosanitarios se regula en los arts. 48, 48 bis, 49 y 49 bis de dicha Ley¹⁸⁸. Estos preceptos establecen los

¹⁸⁷ La experiencia de reversión de este contrato se dio a conocer al grupo de trabajo que colabora en este Informe, en reunión celebrada el 30 de mayo de 2022, por parte de la directora general de Recursos humanos de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública, junto con la subdirectora general de Administración de personal y salud laboral, y el jefe del Servicio de régimen jurídico de personal.

¹⁸⁸ Actualizados conforme a la **Ley 21/2017** de Medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, cuyo art. 27 modificaba los art. 48, 49 y 64, y adicionaba los arts. 48 bis y 49 bis a la Ley. 6/1998; y la **Ley**

principios generales de la prestación farmacéutica en los centros sociosanitarios¹⁸⁹, sean de titularidad pública o privada; establecen la obligación de que todos los centros sociosanitarios que tengan 100 camas o más, dispondrán de un servicio de farmacia de centro sociosanitario, y los demás, dispondrán de depósito de medicamentos vinculados a un servicio de farmacia o a una oficina de farmacia (art. 48 bis, 2 y 3). También establece que, en los centros sociosanitarios los medicamentos se dispensarán, con carácter general, “*mediante sistemas de dosis unitarias individualizadas por paciente o sistemas personalizados de dosificación*” (art. 49.2). Por último, la ley recoge las funciones que corresponden a los servicios de farmacia de los centros sociosanitarios, y a los depósitos de medicamentos de los centros sociosanitarios (art. 49 bis).

5.3.1. El Decreto 42/2021 de regulación de la prestación farmacéutica en los centros sociosanitarios. STSJCV 312/2023, de 22 de febrero de 2023.

La Ley 6/1998 ha sido desarrollada por el **Decreto 42/2021**, de 18 de marzo del Consell, de regulación de la prestación farmacéutica en los centros sociosanitarios de la Comunidad Valenciana; que establece los objetivos generales y las estructuras para la prestación farmacéutica a las personas

27/2018, también de Medidas fiscales, que poco después modificó los arts. 48 bis, 49, 49 bis y 64. Las razones de esta última modificación según la exposición de motivos de dicha ley son, por una parte, que la anterior regulación estaba siendo objeto de negociación en el seno de una Comisión Bilateral de Cooperación con la Administración General (al amparo del art. 33.2 de la LO 2/1979 del Tribunal Constitucional), y por otra, por el horizonte temporal previsto para el desarrollo del modelo aprobado en el 2017, excede notablemente de los plazos establecidos en dicha regulación, dado que no se dispone de desarrollo reglamentario. Además, añade, con esta modificación se evitan los riesgos asistenciales y económicos que podría desencadenar el modelo tal y como estaba previsto.

¹⁸⁹ Los principios generales que rigen la prestación farmacéutica a las personas usuarias de los centros sociosanitarios de la Comunitat Valenciana son la equidad farmacoterapéutica, entendiendo como tal que todas las personas reciban una atención farmacéutica integral, continua, óptima, de calidad, segura y eficiente en todos los ámbitos asistenciales y en todas las etapas del proceso farmacoterapéutico y que puedan acceder al tratamiento más eficiente para un mismo problema clínico, la calidad en todo el proceso farmacoterapéutico y la integración de la prestación farmacéutica del ámbito sociosanitario en el ámbito asistencial (art. 48.1).

residentes en los centros sociosanitarios con independencia de la titularidad de éstos¹⁹⁰.

Este Decreto desarrolla en su art. 3 el concepto de centro sociosanitario:

“Se entiende por centro sociosanitario aquel centro de asistencia social que presta asistencia sanitaria específica o incluida en el contexto de la atención residencial, particularmente aquellos donde las personas residentes tienen su estancia o residencia habitual en los mismos. De acuerdo con la definición anterior, los tipos de centros contemplados en este decreto son las residencias para personas mayores dependientes (RPMD), los centros de atención residencial para personas con discapacidad y situación de dependencia, las residencias para personas con discapacidad o diversidad funcional y los centros específicos para personas con enfermedad mental crónica (CEEM). A efectos de la prestación farmacéutica regulada en este decreto, las consellerias competentes en servicios y en sanidad podrán acordar la inclusión de otros tipos de centros”.

Este Decreto, fue objeto de numerosos recursos, como se indica en la última nota a pie de página, que fueron desestimados, pero, si se estimó parcialmente, el recurso nº 185/2021, interpuesto por la Confederación Empresarial de Oficinas de Farmacia contra dicho Decreto, y que resolvió el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana en sentencia de 22 de febrero de 2023 (STSJCV 312/2023).

El recurso se sustenta en dos motivos, el primero sostiene que la memoria económica que acompaña al proyecto de decreto “*no valora adecuadamente*

¹⁹⁰ Este Decreto derogó el anterior **Decreto 94/2010**, de 4 de junio, del Consell, por el que se regulan las actividades de ordenación, control y asistencia farmacéutica en los centros sociosanitarios y en la atención domiciliaria. Este Decreto, que fue acompañado de unas instrucciones dirigidas a los centros sociosanitarios y a las oficinas de farmacia para su ejecución (Resolución de 5 de julio de 2010), suscitó mucha oposición por parte de las empresas que gestionan residencias para la Tercera Edad, como por parte de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, al considerar que la nueva ordenación dictada en aras de conseguir un uso más racional del medicamento, optimizando los sistemas de dispensación de los mismos, infringía el principio de libertad de mercado, libre competencia y prestación de servicios, consagrado en el art. 38 CE, y suponía una extralimitación de las competencias de la Generalitat. Las sentencias dictadas por el TSJCV en este conflicto, fueron todas desestimadas al no apreciarse ninguno de los motivos alegados por los recurrentes (Roj SSTSJCV 3455/2012; 6615/2012; 6626/2012; 431/2013; 1529/2013; 3649/2013), a excepción de la STSJCV 312/2023 que veremos a continuación.

los costes que las medidas establecidas en la disposición recurrida pueden suponer para las arcas públicas, suponiendo un coste cero para los presupuestos de la Generalitat". El TSJ recuerda que la memoria económica, exigida por el art. 129.7 de la Ley 39/2015 y art. 43 de la Ley 5/1983, como trámite preceptivo para la elaboración de reglamentos, debe indicar "*la estimación del coste previsto que pueda incidir en la administración*"; pero, además, deberá tener en cuenta "*la incidencia del coste en la sociedad o en sus destinatarios*" según la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 15-7-2010). El motivo del recurso es desestimado porque la recurrente no ofrece prueba que sustente sus afirmaciones y porque de la norma prevista y del Informe de la directora general de Régimen Económico e Infraestructuras de la consellería demandada, se obtiene información suficiente y las previsiones de gasto ya están contempladas en los presupuestos.

El segundo motivo, que es el que más nos interesa, porque fue estimado, alega vulneración del principio de jerarquía normativa al contravenir el decreto la legislación estatal contemplada en el **R.D. Ley 16/2012**, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Esta norma establece en su art. 6.1, titulado "Medidas relativas a la atención farmacéutica en los hospitales, en los centros de asistencia social y en los centros psiquiátrico":

- "1. Será obligatorio el establecimiento de un servicio de farmacia hospitalaria propio en:*
- a) Todos los hospitales que tengan cien o más camas.*
 - b) Los centros de asistencia social que tengan cien camas o más en régimen de asistidos.*
 - c) Los centros psiquiátricos que tengan cien camas o más".*

La vulneración se plantea porque el Decreto 42/2021 (como la Ley 6/1998 tras su modificación por Ley 27/2018) establece en sus art. 4.2 y 5.2 que todos los centros sociosanitarios que tengan 100 camas o más, dispondrán de un servicio de farmacia sociosanitario propio salvo que se les exima y dispongan de un depósito de medicamentos; y por tanto, añade una exigencia no prevista en la Ley. El R. D. Ley 16/2012 solo impone el servicio de

farmacia propio a los centros sociales con cien camas o más “en régimen de asistidos”, expresión que suprime el Decreto.

El TSJCV recuerda que el art. 149.1. 16 CE atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de “*Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos*”, y que cuando se publicó la Ley valenciana 6/1998 no existía normativa estatal sobre régimen de dispensación de productos farmacéuticos en los centros sociales, por lo que era libre para regular su régimen. Pero esta situación cambia cuando se aprueba el Real Decreto Ley 16/2012 cuyas normas son prevalentes y deben ser respetadas por la normativa autonómica. El TSJ de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que cita¹⁹¹, no ve necesario declarar la inconstitucionalidad de la ley autonómica, sino meramente la inaplicación de sus normas contrarias a la legislación estatal.

Por tanto, concluye que el Decreto 42/2021 ha incurrido en una contravención del art. 6 del RDL 16/2012, y, en consecuencia, sus arts. 4.2 y 5.2, al ampliar la exigencia legal más allá de los supuestos previstos en la norma estatal, deben ser declarados nulos. Este fallo se ha hecho público a través de la Resolución de 19 de mayo de 2023 de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios¹⁹².

5.3.2. El contrato de servicio para la elaboración, preparación y sistema de distribución de dosis unitarias de medicamentos y material sanitario en los servicios de farmacia de las residencias de personas mayores dependientes (2010-2014).

El contrato de prestación de servicios que ha sido revertido a la Administración se firma el 31 de mayo de 2010, pero realmente, este mismo contrato prestado en las mismas residencias de persona mayores dependientes tuvo su inicio en 1999, y desde entonces ha sido gestionado por

¹⁹¹ SSTC 102/2016, de 25 de mayo; 116/2016, de 20 de junio; 127/2016, de 7 de julio y 204/2016, de 1 de diciembre y Auto 167/2016.

¹⁹² DOGV nº 9604, de 26.05.2023.

una sucesión de empresas, permitiendo el mantenimiento ininterrumpido de la actividad de los servicios de farmacia.

El 15 de febrero de 2010, se redacta por la Dirección General de Personas con Discapacidad de la Consellería de Bienestar Social, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que regirá la contratación del servicio de elaboración, preparación y sistema de distribución de dosis unitarias de medicamentos y material sanitario, en los Servicios de Farmacia Sociosanitarios ubicados en las Residencias de “Burriana” en Burriana (Castellón); “El Pinar” en Castelló de la Plana (Castellón); “La Cañada” en Paterna (Valencia) y “La Florida” en Alicante (Alicante).

El pliego detallaba las necesidades en materia de personal para el funcionamiento de los servicios; así como, del servicio de transporte; para la distribución de medicamentos en dosis unitarias y de productos sanitarios a los depósitos de medicamentos ubicados en los centros sociosanitarios dependientes de cada Servicio de Farmacia; y, del mantenimiento de dichos Servicios de Farmacia. Todo ello para conseguir promover el uso racional del medicamento en centros dependientes de la Conselleria de Bienestar Social.

267

Entre las obligaciones de las partes, la Administración debía reservar la superficie adecuada para la instalación de los Servicios de Farmacia y Depósito de Medicamentos, responsabilizándose de los costes de teléfono, luz, agua, limpieza, y mantenimiento general de la instalación; así como, aportar diversos equipamientos necesarios para la preparación, reenvasado y conservación de la medicación; medidas de seguridad, y equipamiento general e informático necesario

La empresa adjudicataria, por su parte, debía cumplir la normativa vigente en lo concerniente a la distribución de medicamentos en los Hospitales (Ley del Medicamento 25/1990) y debía presentar a la Administración, en el plazo de 15 días desde el inicio de la prestación del servicio, copia de los contratos de trabajo correspondientes a las plantillas exigidas, así como, sus correspondientes altas en la Seguridad Social.

Asimismo, debía comunicar los cambios de personal que se produjesen y, abonar las dietas de transporte y gastos de manutención al personal cuando, para el desarrollo de su actividad, tuvieran que realizar desplazamientos.

Otras características del contrato administrativo de servicios a adjudicar por el procedimiento abierto eran:

Lugar de prestación del servicio: La atención farmacéutica se prestará desde los Servicios de Farmacia ubicados en las citadas Residencias.

El presupuesto máximo de licitación, calculado para el personal de los servicios de farmacia, de acuerdo con el Convenio colectivo para las empresas que tengan adjudicadas mediante contrato con alguna administración pública, la gestión de residencias de la tercera edad, centros de día, centros de acogida y servicio de ayuda a domicilio de titularidad pública de la Comunidad Valenciana (Resolución de 21.12.2007), se fijó en 4.643.041,41 euros.

En cuanto a la revisión de los precios, se señala que no habrá lugar a la revisión por haberse estimado ya el posible incremento en el presupuesto base de licitación. No obstante, si se acordara la prórroga del contrato, se aplicará a instancia del contratista el 85% del IPC correspondiente a los dos meses anteriores.

El plazo de ejecución será como máximo de dos años, entando previsto su inicio desde el día 1 de junio de 2010 o desde la fecha que se establezca en el contrato, si ésta fuera posterior, finalizando en todo caso el 31 de mayo de 2012. La prórroga, en su caso, será acordada por el órgano de contratación, por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización del contrato.

La modificación del contrato y sus condiciones se regirá por lo dispuesto en la LCSP 30/2007, y una vez finalizada la prestación del servicio el órgano competente de la Conselleria de Bienestar Social extenderá acta de recepción y conformidad de los servicios prestados, indicando que los mismos han sido prestados por el adjudicatario de conformidad con las exigencias del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Pliego de Prescripciones Técnicas cumpliendo lo establecido en su oferta.

El contrato se licitó y se asignó a la empresa Mapfre Quavitaie, S.A y el 31 de mayo de 2010 se firmó el contrato por el que el adjudicatario se comprometía a prestar el Servicio de elaboración, preparación y sistema de distribución de dosis unitarias de medicamentos y materiales sanitarios en

los servicios de farmacia sociosanitarios ubicados en las Residencias de Personas mayores dependientes enumeradas anteriormente.

El precio del contrato era de 4.457.319,84 euros (IVA excluido) distribuido en dos anualidades.

El plazo de ejecución era de dos años, con fecha de inicio el 1 de junio de 2010 y de finalización el 31 de mayo de 2012.

Más tarde, por Resolución de 21 de mayo de 2012 se acordó considerar acreditado el cambio de denominación social de la empresa adjudicataria que pasó a denominarse “Quavitae Servicios Asistenciales S.A.U”.

Pocos días después, por Resolución de 31 de mayo de 2012 se aprobó la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2012, y la modificación del contrato para incrementar en un auxiliar de farmacia la plantilla del servicio de la Residencia El Pinar. Al finalizar la prórroga, por Resolución de 13 de diciembre de 2012 se aprobó una segunda prórroga de enero a diciembre de 2013 y a su vencimiento una nueva prórroga desde el 1 de enero de 2014 a 31 de mayo de 2014 (Resolución de 26 de diciembre de 2013).

5.3.3. La extinción del contrato y sus efectos en materia de personal.

El citado contrato se extinguió el 31 de mayo de 2014 y no volvió a prorrogarse, pero la empresa continuó prestando los servicios en las mismas condiciones, por vía de resarcimiento, a petición de la Administración.

Como hemos citado en ocasiones anteriores, en 2018 se aprobó la Ley 8/2018 que modifica la Ley 10/2014 de Salud de la Comunitat Valenciana, y cuyo art. 7.3 establece en relación con la configuración del Sistema Valenciano de Salud que:

“En el marco de las fórmulas de gestión de la legislación básica estatal, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria del sistema valenciano de salud, se llevará a cabo preferentemente mediante la fórmula de gestión directa de carácter público”.

En aplicación de esta norma, la Consellería de Sanidad decidió asumir la gestión directa de los servicios farmacéuticos de los centros sociosanitarios de titularidad pública, una vez finalizado, formalmente, su contrato.

En previsión de la asunción de la gestión, se aprobó, a través de las leyes de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (21/2017 y 27/2018), la modificación de la ley 6/1998 en sus art. 48 y 49 y la incorporación de los artículos 48 bis y 49 bis.

Finalmente, por Resolución de 16 de febrero de 2022 de la Consellera de Sanidad, se acordó el inicio del procedimiento de elaboración de las normas que regularían la gestión directa de los servicios farmacéuticos de los centros sociosanitarios de titularidad pública.

En la preparación del expediente se elaboraron numerosos informes que avalaban su aprobación¹⁹³; entre ellos hemos querido destacar el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo.

A. Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo 416/2022

270

El Consejo Jurídico Consultivo fue consultado el 9 de junio de 2022, como en todo supuesto de elaboración de proyectos de reglamentos o disposiciones que se dicten en ejecución de leyes y sus modificaciones, para que emitiese su opinión.

¹⁹³ Informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto, sobre su impacto de género; impacto en la familia, la infancia o la adolescencia; informe sobre la no necesidad de nuevos programas o herramientas informáticas; certificación de aprobación de la mesa sectorial; memoria económica; informe de Presupuestos; informe sobre previsión de crédito y presupuesto; certificado de disponibilidad de crédito; informe de la Abogacía de la Generalitat; informe de la Intervención General; dictamen del Consejo Jurídico Consultivo. Sólo cabe destacar determinadas observaciones realizada por la Interventora General en su Informe de 13.06.2022, sobre la necesidad de conciliar los datos económicos que, en relación con la reducción de costes, supone la internalización del servicio y que aparecen recogidos en la memoria económica, en el informe de repercusiones sobre la estabilidad presupuestaria y en el informe de previsión de crédito. Dichas observaciones fueron aclaradas por la Dirección General de Farmacia en Informe de 15.06.2022, y justificadas por la transferencia de las competencias en la materia de la consellería de bienestar social a la consellería de sanidad, a partir del 1 de julio de 2022

El Dictamen 416/2022 de 22 de junio analiza principalmente, la tramitación del proyecto; la sucesión de empresa como efecto de la reversión; la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria y el régimen jurídico del proyecto de Decreto. En relación con el primer punto, concluye que se ha dado cumplimiento a los trámites exigidos en la ley 5/1983 para la elaboración de disposiciones administrativas de carácter general; y en relación con el cuarto, sus comentarios los veremos a continuación al analizar el Decreto 89/2022. Nos interesa ver por tanto en este momento su opinión sobre los otros dos temas:

a) La sucesión de empresa como efecto de la reversión.

El Consejo Jurídico Consultivo (o CJC) comienza recordando que el proyecto de decreto remitido tiene por objeto: a) La atribución a la Conselleria competente en materia de sanidad de la competencia sobre la gestión del Programa de Atención Farmacéutica en los centros sociosanitarios de titularidad de la Generalitat (Capítulo I proyectado); b) Definir, desarrollar y regular los efectos organizativos de los servicios de farmacia de centros sociosanitarios dentro de las estructuras sanitarias (Capítulo II proyectado), y c) Regular los efectos jurídicos en materia de personal derivados de la extinción del contrato de gestión de servicio para la elaboración, preparación y sistema de distribución de dosis unitarias de medicamentos y material sanitario en los servicios de farmacia sociosanitarios ubicados en las 10 residencias de personas mayores dependientes y la asunción directa de tales servicios (Capítulo III proyectado).

271

En cuanto a los efectos jurídicos en materia de personal, derivados de la extinción del contrato de gestión de servicio, recuerda el CJC que, como ha señalado en otras ocasiones (Dictámenes 150/2018, 83/2019 y 587/2021), para que se apliquen las garantías laborales de la subrogación establecidas en el artículo 44 (TRET) debe producirse una transmisión de empresas en los términos previstos en el citado precepto; esto es: “transmitir una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de

medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”.

Para apreciar si se produce el presupuesto objetivo de la sucesión de empresa, es imprescindible, según el CJC, el análisis del tipo de actividad que se va a prestar de forma directa por la Administración:

- Si la actividad descansa fundamentalmente en medios materiales, y la Administración recupera los elementos esenciales o bienes indispensables para la prestación del servicio, se aplicarán las consecuencias jurídicas de la sucesión de empresas del artículo 44 (TRET), aunque la Administración recupere bienes de su propiedad cuyo uso cedió temporalmente a la empresa transmitente¹⁹⁴.

- Si la actividad descansa fundamentalmente en el trabajo (mano de obra), se producirá la sucesión cuando la Administración se subroga en una “cantidad significativa de contratos” de la empresa transmitente.¹⁹⁵

En el caso analizado, la actividad de servicio farmacéutico consistente en la *"elaboración, preparación y sistema de distribución de dosis unitarias de medicamentos y material sanitario en los servicios de farmacia sociosanitarios ubicados en las residencias de personas mayores dependientes"*, que descansa, en una parte muy importante, como dice el CJC, en la mano de obra. Además, observa, concurre otro elemento igualmente determinante -con arreglo a la doctrina del TJUE- que es la necesaria continuidad de la actividad o servicio farmacéutico.

En definitiva, la Administración recupera, por una parte, los medios aportados con arreglo a la citada Cláusula 6ª del pliego de prescripciones técnicas; y por otra, se subroga en la totalidad de los contratos de la empresa no extinguidos (56 trabajadores).

No cabe duda por tanto de la existencia de una sucesión de empresa conforme al artículo 44 TRET, donde la Consellería se subroga como empleador, en la posición del contratista. Sin embargo, como recuerda el texto proyectado, los principios constitucionales de igualdad, mérito y

¹⁹⁴ El CJC cita en apoyo de esta conclusión las SSTs de 19 de septiembre de 2017 (recs. N.º 2612/2016, 2629/2016, 2650/2016 y 2832/2016) y STJUE de 26 de noviembre de 2014 (asunto C-509/2014, ADIF).

¹⁹⁵ En esta ocasión el CJC apoya su conclusión en la STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09, CLECE).

capacidad que rigen el acceso al empleo público, impiden el acceso del personal directamente a empleados públicos en los términos establecidos en el artículo 8 del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015).

La solución propuesta en este caso, como en los anteriormente vistos de reversión de servicios sanitarios, es que el personal objeto de subrogación mantenga su relación laboral con la “condición de personal laboral a extinguir”, pasando a prestar sus servicios bajo la dependencia orgánica y funcional de la Conselleria de Sanidad, y condicionando su acceso a la condición de empleado público, a la superación de los procesos selectivos establecidos normativamente, de conformidad con los principios constitucionales señalados.

Esta es también, como recuerda el CJC la línea propuesta por el legislador en la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud (art. 7.4 y ss), en el caso de que la conselleria competente en materia de sanidad decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha de esa decisión viniese siendo prestado por un operador económico y exista sucesión de empresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 TRET.

273

La norma proyectada se justifica, concluye el CJC, por la necesidad de regular, entre otros aspectos, los efectos en materia de personal, derivados de la gestión directa de los precitados servicios farmacéuticos sociosanitarios.

b) La aplicación del principio de estabilidad presupuestaria.

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, como hemos visto en otras ocasiones, establece en su artículo 7.3 que

“Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y

supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

Dicho principio de estabilidad presupuestaria fue analizado por el Tribunal Supremo en la Sentencia 952/2021, de 1 de julio (STSJC/V 2751/2021), como también vimos, en capítulo 5.1.6. El CJC recuerda las claves de dicha sentencia:

- Que el ámbito subjetivo de aplicación de la LOEPSF y, por tanto, del principio establecido por el artículo 7.3 se extiende al “sector público” e incluye a las Comunidades Autónomas.
- Que el ámbito objetivo de aplicación comprende, “las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos y contratos”, por tanto, también a este proyecto normativo.
- En cuanto a forma que debe adoptar la valoración de las repercusiones y efectos de la resolución o disposición adoptada no se exige que dicha valoración deba estar incorporada en un determinado informe, memoria o estudio.

En cuanto a los efectos de la extinción de la concesión sobre las relaciones laborales, recuerda el CJC, que la Sentencia destacó que los efectos de la extinción de la concesión sobre las relaciones laborales del personal que prestaba servicios al concesionario, representan sin duda *“el capítulo de mayor importancia desde el punto de vista de las consecuencias presupuestarias de dicha extinción”*, y que esas consecuencias se regularon de forma exhaustiva en la disposición adicional octava de la Ley 21/2017.

En opinión del CJC, la citada sentencia clarifica que *“como los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión (...), respecto del personal que prestaba sus servicios a la empresa concesionaria, se regulan de manera específica en la disposición adicional 8ª de la Ley valenciana 21/2017, parece razonable sostener que la valoración de las repercusiones y efectos requerida por el artículo 7.3 de la LOEPSF se efectúe en el procedimiento legislativo de aprobación de dicha norma y no en el expediente al que se refiere este recurso, en el que, como hemos dicho, no se adopta disposición alguna sobre los efectos de la extinción en materia de personal...”*.

Tomando en consideración la doctrina del Tribunal Supremo, el CJC revisa el expediente que acompaña el proyecto, y concluye que en el proyecto de decreto que se ha sometido a su dictamen “*se regulan, entre otros extremos, los efectos de la extinción del contrato de servicios farmacéuticos sociosanitarios en residencias de titularidad pública. Dichos efectos se regulan, como consta en la parte expositiva de la norma proyectada, en los apartados 3 y siguientes del artículo 7 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, en los términos expuestos anteriormente, por lo que en el proceso parlamentario debió valorarse las repercusiones de tales efectos*”. Además, observa que, se han incorporado al expediente los Informes económicos, de 10 y 29 de marzo de 2022; se ha emitido el Informe de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios sobre previsión de crédito y presupuesto para el desarrollo del proyecto de decreto, en el que se realiza un examen sobre la previsión de crédito para personal (2.060.678 e/años); una previsión de crédito para otros conceptos (28.500 euros), así como por desplazamientos (16.416 euros) y transporte (137.000 euros); y concluye el citado informe que: “*para abordar la gestión directa de los SFSS (servicios farmacéuticos sociosanitarios) en la CSUSP (Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública), se prevé un presupuesto de 2.459.814 E anuales, existiendo en la actualidad crédito suficiente derivado del pago por resarcimiento del extinto contrato de servicio. Para ejercicios futuros, dicha cantidad deberá ser convenientemente presupuestada en la CSUSP. Sin embargo, dada la fecha de asunción de la gestión directa, prevista para el 1 de julio de 2022, se requiere generación de crédito para el segundo semestre de este año, que asciende a 1.229.907 E*”.

275

Y, constan, además, sigue el CJC, el Informe de 29 de marzo de 2022, emitido por el director general de Farmacia y Productos Farmacéuticos, sobre las repercusiones en materia de estabilidad presupuestaria (que reproduce a continuación¹⁹⁶), dando cumplimiento, por tanto, a lo exigido

¹⁹⁶ El CJC reproduce a continuación las conclusiones del citado Informe en relación con el art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012: “*Primera. La repercusión presupuestaria de la gestión pública directa de los Servicios de farmacia de centros sociosanitarios no supone un mayor gasto a efectos de estabilidad presupuestaria, y permite reducir el gasto público respecto del modelo de gestión a través de un contrato de servicio por medio de un operador económico, constituyéndose como la opción más eficiente de gestión Segunda.*

por el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B. Decreto 89/2022, de gestión de los servicios farmacéuticos de centros sociosanitarios de titularidad pública

El Decreto 89/2022, de 1 de julio, del Consell por el que se regula la gestión de los servicios farmacéuticos de centros sociosanitarios de titularidad pública, en materia de organización y personal, tiene por objeto, según su artículo primero:

- a) Por una parte, que la conselleria competente en materia de sanidad asuma la competencia sobre la gestión del Programa de Atención Farmacéutica en los centros sociosanitarios de titularidad pública de la Generalitat¹⁹⁷; competencia que como vimos, fue transferida mediante la disposición final primera de la Ley 27/2018 de medidas fiscales, de gestión y organización de la Generalitat.

La gestión pública directa de los Servicios de farmacia de centros sociosanitarios no afecta al límite de deuda al no financiarse con operaciones de crédito. Tercera. Las funciones que desarrollan los Servicios de farmacia de centros sociosanitarios garantizan con eficacia las prestaciones y necesidades íntegras de las personas que residen en los centros sociosanitarios de titularidad pública vinculados. Cuarta. La cartera de servicios y actividades que desarrollan los Servicios de farmacia de centros sociosanitarios garantizan una asistencia farmacéutica de la mayor calidad, al gestionar la totalidad de necesidades de las personas residentes que atienden, que incluyen los medicamentos y 16 productos sanitarios financiados, los medicamentos y productos sanitarios sujetos a programas específicos de suministro, medicamentos y productos sanitarios no financiados, productos de venta libre, medicamentos de uso hospitalaria y medicamentos sujetos a programas para la administración en centros sanitarios. Quinta. La cartera de servicios y actividades que desarrollan los Servicios de farmacia de centros sociosanitarios garantizan una prestación farmacéutica de mayor eficiencia respecto a la asistencia por parte de las oficinas de farmacia a través de receta médica, presentando costes por paciente y año inferiores tanto para los medicamentos como para los productos sanitarios”.

¹⁹⁷ Como dice su exposición de motivos, el objetivo es la necesidad de culminar el trámite para la asunción de competencias del citado Programa por parte de la consellería de sanidad, así como definir y desarrollar los efectos organizativos de los servicios de farmacia de centros sociosanitarios tras la consecuente incorporación orgánica a los departamentos de Salud donde están geográficamente ubicados, manteniendo la actual distribución de centros y depósitos de medicamentos y el ámbito competencial.

- b) Por otra, definir, desarrollar y regular los efectos organizativos de estos servicios y los efectos jurídicos en materia de personal derivados de la extinción del contrato de gestión de servicio para la elaboración, preparación y sistema de distribución de dosis unitarias de medicamentos y material sanitario en los servicios de farmacia de las residencias de personas mayores dependientes de «Burriana» (Burriana, Castellón), «El Pinar» (Castellón), «La Cañada» (Paterna, Valencia) y «La Florida» (Alicante).

El contenido del decreto se estructura principalmente en dos capítulos.

El primero, titulado “Estructura y organización de la atención farmacéutica sociosanitaria” contempla el Programa de Atención Farmacéutica en los centros sociosanitarios de titularidad pública de la Generalitat¹⁹⁸; los servicios de farmacia de los centros sociosanitarios de titularidad pública de la Generalitat y la dotación de medios a los mismos, por parte de las consellerías competentes en materia de sanidad y en materia de servicios sociales.

El siguiente capítulo, “Personal de los servicios de farmacia de los centros sociosanitarios” establece que el personal que ejerza las funciones relativas a los servicios de farmacia de centros sociosanitarios dependerá orgánica y funcionalmente de la consellería competente en materia de sanidad; también se enumeran y describen las categorías y puestos de trabajo del personal estatutario de los servicios de farmacia en centros sociosanitarios, y se regula el proceso de subrogación de los trabajadores de Quavitae Servicios Asistenciales, SAU, como consecuencia de la reversión del servicio, los efectos de la subrogación del personal y condiciones de trabajo del personal laboral subrogado, entre otras, como veremos a continuación.

¹⁹⁸ El Programa de atención farmacéutica se describe en el art. 2 del Decreto como el conjunto de acciones y medidas organizativas, ejecutadas a través de las estructuras farmacéuticas de titularidad pública, destinadas a satisfacer el derecho a la prestación farmacéutica de las personas que residen en los centros sociosanitarios de titularidad pública de la Generalitat, garantizando para ello la disponibilidad de los medicamentos y los productos sanitarios necesarios, así como la atención farmacéutica requerida para lograr su uso óptimo.

Por último, la Disposición Adicional Primera recuerda la competencia del orden jurisdiccional social respecto al derecho a la defensa de los intereses del personal laboral afectado, y la Disposición Adicional Sexta adelanta que, en el plazo máximo de tres meses desde la entrada en vigor del decreto, se dictará resolución aprobando la relación de personal objeto de subrogación.

C. La subrogación del personal.

El citado Decreto 89/2022 dedica la parte final del mismo (arts. 8 a 13) a regular la Subrogación del personal.

El art. 8 comienza recordando que:

“El día 1 de julio de 2022, la Generalitat, a través de la conselleria con competencias en materia de sanidad, quedará subrogada en la condición de empleador del personal necesario de entre las personas trabajadoras que Quavitae Servicios Asistenciales, SAU, incorporó, en virtud de un contrato de trabajo, ya fuere temporal o indefinido, suscrito al amparo del Estatuto de los Trabajadores, y que continúan prestando servicio en la fecha de la reversión, para ejecutar los servicios objeto del contrato para la elaboración, preparación y sistema de distribución de dosis unitarias de medicamentos y material sanitario en los servicios de farmacia de las residencias de personas mayores dependientes de «Burriana» en Burriana (Castellón), «El Pinar» en Castellón (Castellón), «La Cañada» en Paterna (Valencia), y «La Florida» en Alicante (Alicante), en vigor hasta el año 2014 y desde esa fecha prestado a cargo de la conselleria competente en materia de políticas de servicios sociales”.

278

El resto de la regulación es coincidente con la contenida en los Decretos 22/2018 y 164/2021 por los que se regulan los efectos de la extinción de los contratos de gestión de servicio público por concesión de los Departamentos de Salud de la Ribera y Torrevieja.

Así mismo, se exige que, el personal objeto de subrogación deberá contar con la preceptiva titulación, autorización o habilitación para el ejercicio de la concreta profesión sanitaria para la que fue contratado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, y demás normas de desarrollo, y teniendo en

cuenta asimismo lo previsto en el artículo 7, que enumera las categorías de personal estatutario.

Ha desaparecido otra exigencia contenida en el proyecto, según la cual “*El personal objeto de subrogación deberá contar con una antigüedad como personal laboral de la empresa de, al menos, un año, tomando como referencia la fecha de reversión del servicio a la Administración que se producirá el próximo 1 de julio de 2022*”. El CJC señaló al respecto que, dado que la subrogación debe alcanzar a todos los trabajadores con contrato de trabajo vigente al tiempo de producirse la sucesión de empresa, “*debe suprimirse o, en su caso, justificarse el motivo por el que se exige que el personal laboral de la empresa tenga una antigüedad de 1 año anterior a la fecha de reversión, 1 de julio de 2022*”. La observación debió tenerse en cuenta optando por eliminar dicha condición.

El Decreto especifica en su art. 8.3 qué entiende por personal subrogado. Se trata de las personas trabajadoras de las categorías profesionales recogidas en el pliego de prescripciones técnicas, (de farmacéutico/a especialista en farmacia hospitalaria, enfermera/o, dietista-nutricionista, auxiliar de farmacia/enfermería, coordinador administrativo, oficial administrativo y auxiliar de residencia encargado de almacén), incorporadas, única y exclusivamente, para prestar el servicio público objeto del contrato y que desempeñan sus tareas, de forma continuada y presencial, en los servicios de farmacia ubicados físicamente en las instituciones sociosanitarias o en la unidad de coordinación ubicada físicamente en dependencias de la actual conselleria con competencia en materia de servicios sociales.

En cuanto a los efectos de la subrogación del personal, el art. 9 distingue, por una parte, el personal objeto de la subrogación, que mantendrá su relación laboral en la condición de “personal laboral a extinguir”; y por otra, el personal con contrato de trabajo temporal. Ambos pasarán a prestar sus servicios bajo la dependencia orgánica y funcional de la conselleria competente en materia de sanidad, hasta la extinción de sus contratos de trabajo por cualquiera de las causas legalmente previstas. Además, el personal objeto de la subrogación únicamente podrá adquirir la condición de personal empleado público mediante la superación de los procesos selectivos normativamente establecidos respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En su exposición de motivos el Decreto trae a colación el Dictamen del CJC 083/2019 que vimos en el capítulo 5.2.4 A, y que, en relación con la forma en que el personal afectado por la reversión debe quedar incorporado, señala que la figura del personal a extinguir, “*si bien no está exenta de controversia jurídica, a falta de una relación adecuada y satisfactoria por parte de la legislación estatal, queda avalada por la previsión normativa contenida en el art. 7.4 de la Ley 10/2014 de Sanidad*”¹⁹⁹.

A partir de la reversión, el personal laboral subrogado desempeñará sus tareas en las mismas condiciones de trabajo que le fueran de aplicación de conformidad con su contrato, el convenio colectivo que resulte de aplicación y supletoriamente, por lo dispuesto en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, como personal laboral a extinguir, y desde el momento en que pasen a prestar servicios para la conselleria competente en materia de sanidad, sus condiciones de trabajo estarán siempre supeditadas al respeto de los principios generales que informan la actividad de las administraciones públicas. Así, por ejemplo, le será de aplicación lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas. Por último, se prevé que las respectivas direcciones asistenciales del departamento de Salud y los órganos competentes de la conselleria con competencias en materia de sanidad dictarán las oportunas instrucciones para asignar las funciones que deberá desempeñar el personal subrogado, siempre dentro de las propias de

¹⁹⁹ Según dicho precepto: “*En los casos en los que la conselleria competente en materia de sanidad decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha de esa decisión viniese siendo prestado por un operador económico y exista sucesión de empresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en virtud de lo establecido en el citado precepto, en el artículo 130.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, la Generalitat, a través de la conselleria competente, se subrogará en la condición de empleador que la empresa concesionaria ostentaba en los contratos de trabajo celebrados al amparo del Estatuto de los trabajadores para la incorporación del personal necesario para la prestación del servicio, ya fueran temporales o indefinidos. El personal afectado seguirá en sus puestos en condición de personal a extinguir, desempeñando sus tareas y con idéntica condición de personal laboral hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores, y con las demás consecuencias laborales inherentes a la subrogación contractual*”.

su categoría, y adecuándolas en su caso a la concreta titulación, especialidad, acreditación o habilitación con que cuente cada profesional.

Tras la entrada en vigor del Decreto 89/2022 y en cumplimiento de la previsión contenida en su art. 8.4 se publicó la **Resolución de 14 de septiembre de 2022** que aprueba la relación de personas objeto de subrogación tras la extinción del contrato de gestión del servicio de elaboración, preparación y sistema de distribución de dosis unitarias de medicamentos y material sanitario de los servicios de farmacia en los centros sociosanitarios de la Comunidad Valenciana.

Dicha relación recoge, tomando como referencia la fecha de reversión del servicio a la Administración:

- la relación del personal subrogado con contrato de trabajo indefinido,
- el personal objeto de subrogación que, no encontrándose en el ejercicio efectivo de sus actividades y funciones, tuviera derecho a la reserva de su puesto de trabajo de conformidad con el convenio colectivo;
- el personal con contrato de trabajo temporal que estuviera vigente a la entrada en vigor del presente decreto, y que en todo caso se hubiera formalizado con anterioridad a la fecha de reversión del servicio a la Administración, siempre que aquel contrato temporal tuviera por objeto la sustitución de una persona con derecho a la reserva del puesto de trabajo y que, en el momento de dicha entrada en vigor, tenga derecho a la subrogación por cumplimiento de los requisitos contemplados en el presente decreto.

La relación de personal comprenderá también, sus datos personales de identificación y la categoría profesional según el convenio colectivo que les resulte de aplicación.

5.4. El Centro Específico para Personas con Enfermedad Mental Crónica (CEEM) de Albocàsser²⁰⁰.

La experiencia de reversión del Centro Específico para Personas con Enfermedad Mental Crónica de Albocàsser (CEEM en lo sucesivo) fue expuesta al Grupo de Trabajo el 6 de junio de 2022 por parte del secretario autonómico de Planificación y Organización del Sistema, y la persona que en el momento de la reversión era el director general del IVASS.

El secretario autonómico recordó los compromisos adquiridos en los Acuerdos del Botánico, que ya vimos en el capítulo 4.1. de este Informe, y la oportunidad que supuso el poder recuperar para la gestión pública el centro de atención a personas con trastorno mental grave con ocasión de la finalización del contrato de servicio de gestión integral del centro de Albocàsser, el 28 de febrero de 2018.

Antes de referirnos al proceso de reversión de este servicio público, haremos referencia, al contrato en particular y al marco jurídico por el que se regulaba.

282

5.4.1. El contrato de servicio de gestión integral del CEEM de Albocàsser

El 20 de septiembre de 2013 se aprueba por el subdirector general de Personas con Discapacidad y Dependencia el Pliego de prescripciones técnicas del servicio de gestión integral del Centro Específico para personas con enfermedad mental crónica (CEEM) y programa de atención diurna de Albocàsser, y sus anexos sobre las características del contrato, del servicio, y las necesidades de personal.

A. Características del contrato.

El objeto del contrato era la prestación del servicio de gestión integral del CEEM de Albocàsser, de titularidad de la Generalitat, con capacidad para 29 plazas de atención residencial para personas con enfermedad mental crónica y la prestación de un programa de atención diurna para un máximo de cinco usuarios en el mismo centro.

El lugar de prestación del servicio es Albocàsser (Castellón).

El presupuesto máximo de licitación era de 4.301.857,39 euros (IVA excluido). La aplicación presupuestaria se distribuye por anualidades (entre el 2014 y el 2018) teniendo en cuenta el precio plaza/día asignado por años. Siendo (incluido el IVA) de 103 euros/día en 2014; 104,54 euros/días en 2015; 106,11 euros/día en 2016; 107, 70 euros/día en 2017 y de 109,31 euros/día en 2018.

Revisión de los precios: no habrá lugar al haberse estimado ya en el presupuesto de licitación los posibles incrementos del precio para las respectivas anualidades. No obstante, si se acordara la prórroga si se prevé la revisión del precio y la actualización de las tarifas de los usuarios.

283

El plazo de ejecución del contrato se fija como máximo en 4 años a contar del siguiente a la formalización del contrato, habiéndose estimado su inicio el 1 de marzo de 2014 y su finalización, en todo caso, el 28 de febrero de 2018. Podrá acordarse la prórroga del contrato antes de su finalización, conforme a lo previsto en los arts. 23.2 y 303 del TRLCSP de 2011, por un periodo máximo de 2 años, sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, pueda exceder de 6 años.

El responsable del contrato por la Administración era la Dirección Territorial de la Consellería de Bienestar Social en Castellón.

El adjudicatario se obliga a contratar con una compañía aseguradora las pólizas de seguro que cubran los riesgos derivados de su actividad, y se le señalan los mínimos importes que por continente, contenido y responsabilidad civil deberán cubrir.

En cuanto al pago del precio, las personas usuarias del CEEM y del servicio de atención diurna con capacidad económica suficiente, están obligadas a la participación económica en el coste de dicho servicio, en la

cuantía que se determine reglamentariamente, en función de su capacidad económica y conforme con la legislación vigente.

Se establece un deber de confidencialidad que se regirá por lo previsto en el PPT y art. 140 del TRLCSP de 2011, y se mantendrá por un plazo de cinco años, toda la información referente a datos personales (usuarios).

Resolución del contrato. Podrá considerarse como causa específica de resolución contractual el incumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social del contratista con sus trabajadores.

En los PPT se enumeran las obligaciones generales del adjudicatario, desde la obligación de organizar y gestionar el servicio objeto del contrato de conformidad con lo establecido en el presente pliego y “*siguiendo las indicaciones y directrices de la Consellería competente en materia de Bienestar Social*”; la de prestar el servicio en las mejores condiciones posibles y con continuidad; o de nuevo “*Cumplir las instrucciones de la Consellería competente en materia de Bienestar Social*”.

También debe garantizar la empresa adjudicataria el mantenimiento del edificio, sus instalaciones y bienes muebles. La empresa adjudicataria de la gestión deberá asumir presupuestariamente todas aquellas medidas correctoras que durante el periodo de gestión sea necesario realizar para que las instalaciones permanezcan en perfecto estado; y deberá dar cuenta periódicamente a la Dirección Territorial de Bienestar Social de todas las acciones y actividades de mantenimiento llevadas a cabo. Y por último señala que:

“Antes de la finalización del periodo del contrato de la gestión, se realizará una nueva revisión del total de la instalación por un Organismo Colaborador de la Administración Homologado, designado en cada caso por la Consellería de Bienestar Social. Dicha revisión, que correrá a cargo de la empresa adjudicataria de la gestión, servirá para verificar que las instalaciones se encuentran en correctas condiciones de mantenimiento, conservación y uso; en caso contrario, deberá ser subsanadas las deficiencias detectadas, por parte de la empresa adjudicataria de la gestión a la que le vence el contrato. Si la empresa no cumpliera con sus obligaciones, lo haría la Administración con cargo a la fianza del contrato”.

La licitación del contrato se publicó en el DOGV nº 7170 de 11 de diciembre de 2013, y por Resolución de 23 de abril de 2014, tras valorarse las ofertas de las cinco empresas concursantes se adjudicó a Geroresidencias S.L., posteriormente denominada La Saleta Care, S.L.²⁰¹.

Una vez formalizado el contrato, su vigencia se extendió del 1 de junio del 2014 al 28 de febrero de 2018.

El contrato se estableció como un contrato de servicios, regido por el TR de la LCSP de 2011. Este artículo definía el contrato de servicios como aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II que señala entre otros, los de Servicios sociales y de salud.

B. Régimen jurídico aplicable.

Como dice el PPT del contrato, la prestación del servicio se regirá por el citado Pliego y la normativa sectorial; y para la gestión y funcionamiento del centro, se tendrá en cuenta tanto la normativa de servicios sociales de la Generalitat, como la específica de atención social a las personas con enfermedad mental crónica (cláusula nº 14).

En el apartado anterior hemos visto las principales características que rigen el contrato a la vista, principalmente, de sus PPT.

²⁰¹ Según información publicada en El Levante - EMV el 8 de septiembre de 2017: “El grupo Geroresidencia ha reorganizado el grupo con la extinción por fusión de tres sociedades y ha pasado a llamarse La Saleta Care S. L. La operación se produce tras la entrada el año pasado del grupo belga Amonea, que compró el 85 % de la sociedad al fondo de inversión Gala Capital y que actualmente ya controla el 95 %, según confirmaron ayer fuentes de la empresa. Un cinco por ciento sigue en manos de la familia Ruiz, que son los actuales directivos de la firma. La compañía (que gestiona 20 residencias y centros de día concertados o directamente públicos de la Generalitat) ha extinguido las sociedades Gerosaleta, Residencia Saleta y Servicios Valencianos Sociosanitarios. Además, ha adoptado el nombre de La Saleta Care para aproximarse a la denominación de la matriz, que se llama Amonea Care Group. «Nosotros mantenemos la marca y el domicilio social en València. Geroresidencia generaba confusión», apuntaron desde la empresa”

La normativa legal vigente en ese momento era la Ley 5/1997, de 25 de junio de la Generalitat por la que se regulaba el sistema de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana y la Orden de 3 de febrero de 1997 de la Consellería de Trabajo y Asuntos Sociales, por la cual se modifica la Orden de 9 de abril de 1990 sobre registro, autorización y acreditación de los servicios sociales en la Comunitat Valenciana, con el fin de atender los nuevos servicios que se van a prestar a enfermos mentales crónicos que no necesitan hospitalización en la Comunidad Valenciana.

Con esta Orden de 1997 se reconoce por vez primera, en la Comunidad Valenciana y en el resto de España (según su exposición de motivos), la necesidad de crear centros que permitan la rehabilitación e inserción socio-laboral en unos casos (CRIS) y que, en otros, sirvan de residencia alternativa al hogar (CEEM). El art. 4 de la Orden define el Centro específico para enfermos mentales crónicos (CEEM) como:

“Servicio residencial comunitario abierto y flexible destinado a enfermos mentales crónicos que no requieren hospitalización. La residencia trabajará siempre desde una perspectiva de rehabilitación enfocando su actuación hacia la mejora de la autonomía personal y social de los residentes y apoyando su normalización e integración comunitaria”.

Se contempla también en dicha Orden: tres tipologías de estancia (corta, transitoria e indefinida); objetivos diversos según la tipología; funciones; beneficiarios; requisitos de acceso; coordinación con otros centros (de salud mental, de rehabilitación e integración social y centros de día) y servicios (servicios sociales generales y otros), prestaciones; protocolos de atención, programas de intervención; atención dispensada en estos centros; emplazamiento; capacidad, habitabilidad (tomando como referencia una mini residencia de 25 plazas en 600m cuadrados) y necesidades de personal (dirección, terapeuta, educadores, auxiliares administrativos y domésticos). Toda esta regulación se integró en el apartado 10 del Anexo IV de la Orden de 9 de abril de 1990.

Con la aprobación de la Ley 3/2019, de servicios sociales inclusivos, se derogó la anterior Ley 5/1997, pero tampoco incorporó la regulación de estos

centros específicos²⁰². Sólo en su Disposición transitoria décima hace referencia a que:

“Tendrán el carácter de sociosanitarios los centros de servicios sociales orientados a dar respuesta a situaciones de necesidad compleja que requieren intervención de naturaleza mixta, social y sanitaria, de manera simultánea, o también secuencial, en todo caso, complementaria y estrechamente articulada. Hasta que se produzca el desarrollo reglamentario del decreto de tipologías de centros y servicios del Sistema Público Valenciano de Servicios Sociales, tendrán esta consideración los centros residenciales y de atención diurna o nocturna dirigidos a las personas mayores, personas con diversidad funcional y personas con enfermedad mental”.

El **Decreto 27/2023**, de 10 de marzo, del Consell, de tipología y funcionamiento de los centros, servicios y programas de servicios sociales y su ordenación en el Sistema Público Valenciano de Servicios Sociales, deroga la Orden de 3 de febrero de 1997 e incorpora a un Anexo III bajo el título de Centros de Servicios Sociales de Atención Secundaria, la regulación de las Residencias para Personas con problemas de Salud Mental (3.5) que es la denominación que el Decreto da en lo sucesivo a los anteriores Centros Específicos para Enfermos Mentales crónicos (CEEM)²⁰³

287

5.4.2 La extinción del contrato y su prórroga.

El contrato de servicio de gestión integral del CEEM de Albocàsser finalizaba el 28 de febrero de 2018, y llegada la fecha tendría lugar la extinción del mismo (art. 221 TRLCSP 2011).

²⁰² Su art. 6. 4, f, Bajo el título de Principios de gestión de carácter territorial, administrativo y organizacional, incluye el principio de colaboración, coordinación y cooperación con otros sistemas y servicios públicos, que vincula a las administraciones públicas a promover la colaboración, coordinación y cooperación con otros sistemas y servicios públicos, “*especialmente en el ámbito sociosanitario*”, así como en otras materias (como empleo, formación ocupacional, sanidad, educación, justicia, vivienda, urbanismo, etc.).

²⁰³ Así se señala en el Anexo IX titulado Correspondencia de tipologías entre centros anteriores y centros del actual Decreto.

Sin embargo, los PPT, como vimos, preveían la posibilidad de que se acordase la prórroga del contrato antes de su finalización, conforme a lo previsto en los arts. 23.2 y 303 del citado TRLCSP²⁰⁴

El art. 303.1 contempla que los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años. En efecto, el contenido en los PPT responde a lo previsto en esta norma, y hubiera permitido prorrogar por dos años más el contrato.

Sin embargo, la decisión de revertir ya estaba tomada, como veremos, y la prórroga se planteó no tanto con la voluntad de extender la gestión externalizada del servicio sino para dar tiempo a la Administración a preparar la cobertura jurídica que necesitaba para ejecutar su decisión.

El 19 de enero de 2018 el secretario territorial de Igualdad y de Políticas Inclusivas de Castellón comunicó a la contratista La Saleta Care, S.L., la propuesta de prórroga del contrato del 1 de marzo de 2018 al 30 de junio de 2018, en las mismas condiciones contractuales; propuesta que fue aceptada por ésta el 24 de enero de 2018.

5.4.3. La reversión del servicio público a su gestión directa y su motivación.

El contrato de servicio de gestión integral del CEEM de Albocàsser que concluía el 28 de febrero de 2018, se prorrogó hasta el 30 de junio de 2018,

²⁰⁴ Según el art. 23.2 TRLCSP: El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga. La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.

pero mientras tanto se tomaron medidas para preparar la reversión, como la incorporación a la ley 21/2017, de 28 de diciembre de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, de una Disposición adicional novena que regulaba los efectos en materia de personal de la extinción del contrato de gestión integral de centros de titularidad pública en el ámbito de la diversidad funcional, sobre el que volveremos.

Más tarde, y antes de la conclusión del contrato, el 21 de junio de 2018 se emitió el “Informe sobre la conveniencia para el interés público de la gestión directa del centro específico para personas con enfermedad mental crónica de Albocàsser”

El Informe comienza recordando la base jurídica de la proyectada reversión en la Disposición adicional novena, y por remisión, Ley 3/2017 de PGE 2017 y art. 44 TRET.

El objeto del Informe, como se desprende de su título y se indica expresamente es: *“la justificación para el interés público de la gestión directa por parte de la Generalitat a través del IVASS, del centro específico para personal con enfermedad mental crónica de Albocàsser”*.

289

El Informe justifica el interés público de la gestión directa, en causas de naturaleza económica, y causas técnicas relacionadas con el servicio a los usuarios, y se acompaña también de un Anexo.

Entre las causas económicas señala, por una parte, que la gestión directa conlleva un ahorro anual al servicio de unos 190.313 euros en concepto de IVA, que puede aplicarse a nuevos y mejores servicios; y por otra, que la gestión directa conlleva generar riqueza local, al contratar directamente el personal y los servicios en la comarca, mitigando con ello el fenómeno de la despoblación.

Entre las causas técnicas relacionadas con el servicio a los usuarios se alude a suficiencia de las competencias, estructura y experiencia, del Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria (IVASS), que sería la entidad de derecho público que asumiría la gestión del servicio.

- Competencia derivada del Decreto 7/2013 (art. 2), para gestionar centros y servicios especializados para personas con discapacidad y/o en situación de dependencia; gestionar programas y actuaciones de inserción social y laboral, y acción social para personas con discapacidad y/o en situación de dependencia; y cualesquiera otras actuaciones dirigidas a la protección, tutela y promoción de la autonomía personal y social de las anteriores.
- Estructura, porque dispone de distintas áreas que permiten la gestión del servicio especializado, y para la gestión de los programas y actuaciones cuenta con el Área de Recursos Técnicos de Servicios Sociosanitarios.
- Experiencia en la puesta en marcha de servicios de nueva creación (Centro de día de Torrefiel en 2008, Centro de Día de Personas Mayores de Carlet en 2008, o Centro Ocupacional de Cullera en 2016), como en la reversión de centros de titularidad pública gestionados por entidades privadas (Residencia Caixa Ontinyent).

En particular, continúa el Informe, a nivel técnico, el IVASS aporta:

1. *“Una unidad de acción técnica de apoyo en la atención de las personas con diversidad funcional, con una estructura técnica en crecimiento que recoge necesidades de las personas y de los centros, evalúa las mismas, gestiona y realiza seguimiento y evaluación de la implantación de las mismas. Incluye la evaluación de productos de apoyo a las personas, la mejora de programas de actividades de la vida diaria, la aportación de nuevas tecnologías, la mejora en las competencias técnicas de los profesionales de la entidad, la elaboración de planes de formación para la mejora de la atención de las personas, transporte, entre otras”.*

2. *“Una coordinación entre distintos servicios públicos que permite la mejora del servicio (Sanidad, propia Consellería de Igualdad...) y la puesta en marcha de nuevos servicios, validada por la propia naturaleza pública de la entidad, permitiéndole la participación incluso en distintas mesas de trabajo sobre planteamientos estratégicos de atención a distintos colectivos de personas con diversidad funcional (incluido el colectivo de Salud Mental)”*

3. *“La evaluación de la organización de cada centro o servicio, con la propuesta de mejoras paulatinas que reviertan en la mejora de la atención de las personas (profesionalización de las plantillas desde la perspectiva*

sociosanitarias, mejora de ratios y horarios de atención conforme a necesidades de las personas, gestión de procesos, ...)”.

Por último, se destaca en el Informe que *“el campo de la atención a las personas con trastorno mental grave (TMG) está siendo objeto de distintas acciones desde las políticas sanitarias e inclusivas, que pretenden la transformación de los servicios acorde a los modelos de atención comunitario y de recuperación e inclusión social, en coherencia a las propuestas de mejora de los procesos asistenciales integrados para las personas con TMG”* Este compromiso de la Administración valenciana requiere, continúa, la participación de todos los agentes con competencia en la atención a las personas más vulnerables, para lo que se han elaborado tres documentos marco *“que van a transformar el actual sistema de atención a las personas con TMG y que necesitará de una fuerte coordinación entre las Consellerías que lideran estos proyectos”*. En concreto se trata de la Estrategia Autonómica de Salud Mental, el Plan de Atención Integral al Trastorno Mental Grave y la Estrategia Valenciana de Apoyo Social para la Recuperación e Inclusión de las Personas con TMG (2018-2022).

La necesidad de llevar a cabo esta transformación del sistema de atención, junto con la necesaria coordinación entre Administraciones para implementar el cambio, justificaría en su opinión, que sea el IVASS la entidad pública que pueda llevar a cabo en mejores condiciones la implementación de las diversas estrategias en los centros de titularidad pública.

El **Anexo** que acompaña al Informe recoge toda la fundamentación jurídica que atribuye la competencia a los poderes públicos para llevar a cabo las políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad (art. 49 CE), y en concreto a la Generalitat Valenciana (art. 13 EACV); así como la competencia exclusiva en materia de instituciones públicas de protección y ayuda a personas necesitadas (art. 49. 27º EACV). Se destaca la relevancia de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, al justificar la importancia de garantizar a las comunidades autónomas un marco estable de recursos y servicios para atender a la dependencia, y potenciar el compromiso de todos los poderes públicos en

promover y dotar los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantistas y plenamente universales.

En atención al anterior marco jurídico, continúa el texto, las Administraciones públicas valencianas han creado desde los años 80, una red de prestación de servicios especializados para personas con discapacidad. La consellería de bienestar creó varias residencias para personas con discapacidad intelectual, y los consorcios creados entre la Generalitat y las Diputaciones (CONVASER), llevaron a cabo prestaciones conjuntas de servicios sociales y asistenciales, con atención especial a la protección y tutela de las personas con discapacidad intelectual y otras discapacidades. A partir de la Ley 11/2000 se integran los citados consorcios en la Consellería de Bienestar Social, a través de una entidad de derecho público: Instituto Valenciano de Atención a los Discapacitados (IVADIS), que tras el Decreto-ley 7/2012 pasó a denominarse Instituto Valenciano de Acción Social (IVAS), y desde la Ley 13/2016, Instituto Valenciano de Atención Socio – Sanitaria (IVASS)

El texto integrado en el Anexo concluye tras la anterior relación de normas e instituciones, que: *“Con el objetivo de mejorar la Red Pública de Centros y Servicio de atención a personas con diversidad funcional y/o en situación de dependencia y para la promoción máxima de su autonomía personal, se propone la reversión de aquellos Centros y Servicios de titularidad pública que están siendo gestionados por empresas privadas, siendo el CEEM de Albocàsser el primero de ellos”*, y para ello, justifica la aprobación de la citada Disposición adicional novena de la Ley 21/2017.

Con posterioridad, la Ley 3/2019 de Servicios Sociales Inclusivos de la Comunidad Valenciana incorpora dos normas de interés el art. 34 y la DA 22ª

5.4.4. Los efectos de la reversión en materia de personal en el contrato de servicios.

Como vimos en el capítulo 5.1.7, sobre los efectos de la reversión de los Departamentos de Salud, en materia de personal, su fundamentación jurídica, a falta de referencia alguna en el TRLCSP de 2011, residía en una cláusula de los PCAP según la cual, llegada la finalización del contrato se estaría a lo

previsto en el art. 44 del vigente Estatuto de los Trabajadores, que regula la sucesión de empresa.

No obstante, se tomaron otras decisiones normativas relevantes:

- a) Por una parte, en la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, se incorporaron sendas disposiciones adicionales (26.1 y 34.2) con la finalidad de evitar la incorporación como empleados públicos del personal laboral de las empresas cuyo contrato administrativo de concesión, o cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas, se extinga. Estas disposiciones fueron anuladas por el Tribunal Constitucional en sentencia 122/2018, por contener medidas regulatorias de carácter sustantivo que no pueden encontrar acomodo en una ley de presupuestos.
- b) Por otra, se incorporó en la ley 21/2017, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, una Disposición Adicional Octava por la que se recordaba que, llegada la fecha de finalización del contrato, la Generalitat se subrogará en la condición de empleador que la empresa concesionaria Ribera Salud, S.A. ostentaba en los contratos de trabajo celebrados al amparo del Estatuto de los Trabajadores. Dicho personal, continuaba, seguirá en sus puestos en condición de personal a extinguir hasta que cese por las causas legales de extinción.

En el caso del contrato de servicio de gestión integral del CEEM de Albocàsser, no contamos en los pliegos, ni en el contrato, con una cláusula similar a la anterior de remisión al art. 44 TRET.

En cambio, sí se incorporó a la Ley 21/2017, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, una **Disposición Adicional Novena** titulada “Efectos en materia de personal de la extinción de contrato de gestión integral de centros de titularidad pública en el ámbito de la diversidad funcional”; y se negoció con la representación sindical del IVASS, la creación de los puestos de trabajo necesarios y la subrogación del personal, que fue aprobada en la Comisión de Interpretación, Vigilancia y Estudio del II Convenio colectivo (CIVE).

La citada Disposición Adicional Novena de la Ley 21/2017 establecía:

“1. De conformidad con la disposición adicional 26 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017 y por razón de lo dispuesto en el artículo 44 del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, relativo a la sucesión de empresas, producida la extinción de un contrato de gestión integral de centros de diversidad funcional de titularidad pública, la Generalitat, a través del Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria (IVASS), se subrogará en la condición de empleador que las empresas contratadas tengan, por no resultar conveniente para el interés público en este sector de población especialmente vulnerable, sobre el que la administración tienen una especial responsabilidad, una gestión indirecta del servicio público de naturaleza contractual.

*2. El personal afectado continuará en su puesto en condición de personal a extinguir y solamente podrá adquirir la condición de **fijo** mediante la superación de los procesos normativamente establecidos a estos efectos y con respeto a los principios constitucionales y legales aplicables”.*

294

Esta norma, como la disposición adicional octava, muestra cómo proceder para subrogar el personal una vez extinguido el contrato administrativo. No obstante, hay algunas diferencias importantes entre ambos supuestos.

En primer lugar, la condición de “personal a extinguir” en la DA 8ª no es incompatible con la condición laboral de fijo; mientras que en la DA 9ª parece ser incompatible, puesto que da a entender que para ser fijo deberá superar un proceso de selección. Parece tratarse de una confusión, al interpretar que “personal a extinguir”, sea una relación laboral temporal. Como ya aclaró en su momento el TSJCV en su sentencia 1087/2022, comentada en el capítulo 5.1.7.B: la condición del personal laboral a extinguir, “*no es equiparable a un contrato temporal o de interinidad*”. Tal vez para corregir esta situación se ha dado una nueva regulación al tema con

ocasión de la Ley 8/2022 de Medidas Fiscales, a la que haremos referencia a continuación.

En segundo lugar, en el caso de los Departamentos de Salud el contrato que se extingue es un contrato de gestión de servicios por concesión y en el caso de la gestión integral del CEEM es un contrato de servicios, al que se le aplican las normas sobre el contrato de servicio, pero le denominan “contrato de servicio de gestión integral” e incluso “contrato de gestión integral”. El contrato de servicios siempre ha tenido reconocimiento en la legislación de contratación pública, como vimos en el capítulo 3.3, y nunca formó parte de los antiguos contratos de gestión de servicios, por lo que llamarlo contrato de gestión integral genera confusión sobre su naturaleza jurídica.

Más tarde, con ocasión de la aprobación de la Ley 8/2022, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, se incorporó una nueva Disposición adicional 22ª en la Ley de Servicios Sociales Integrales (Ley 3/2019), por la que bajo el título de “*Efectos en materia de personal en los procesos de reversión de centros y servicios del sistema público València de servicios sociales o de la adquisición por la Generalitat de centros de servicios sociales de titularidad de entidades privadas*”, establece que, producida la extinción de un contrato de servicios de gestión integral en centros de titularidad pública, la Generalitat, a través de la conselleria competente en materia de servicios sociales o a través del Instituto Valenciano de Servicios Sociales (IVASS), podrán, mediante acuerdo del Consell, subrogarse en la condición de empleador que las empresas contratadas tengan, incluyendo la subrogación de los contratos de trabajo del personal para la prestación del servicio, cuando haya sucesión de empresa de acuerdo con el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores. Las condiciones de la citada subrogación se establecerán en un posterior decreto aprobado por el Consell.

Y añade, en su párrafo segundo: “*El personal afectado continuará en su puesto de trabajo con la misma condición que tuviera previamente a la subrogación hasta que cese por causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores, y con las otras consecuencias laborales inherentes a la subrogación contractual*”. El mismo efecto tendrá lugar cuando la Generalitat, a través de la conselleria competente en materia de servicios sociales o a través del Instituto

Valenciano de Servicios Sociales (IVASS), adquiera centros en funcionamiento de servicios sociales de titularidad de entidades privadas y se produzca una sucesión de empresas de acuerdo con lo mencionado en el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores.

Obsérvese que esta nueva regulación, suprime la referencia al carácter temporal o fijo de la relación laboral, al que hicimos referencia anteriormente, y se limita a señalar que, el personal continuará en su puesto de trabajo con la misma condición que tuviera, lo cual es conforme con la normativa laboral; y aunque no hace referencia a que se integrará en el sector público en condición de personal laboral “a extinguir”, su situación no es diferente de la de éste.

Volviendo a la naturaleza del contrato por el que se llevó a cabo la externalización, y precisamente, por tratarse de un contrato de servicios, merece comentarse si le es aplicable el **art. 301.4. TRLCSP de 2011** según el cual:

“A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”.

296

A pesar del tenor literal del precepto, que como vimos, en el capítulo 3.3.1, sigue presente actualmente en los arts. 308.2 y 312 f, de la vigente LCSP, la jurisprudencia ha concluido que dicho precepto no es de aplicación en todo supuesto de contrato de servicios.

Antes de referirnos a esta jurisprudencia, conviene recordar algunos temas que analizamos en capítulos anteriores, como que el contrato de servicios es útil para externalizar la gestión de servicios públicos y en particular se regula con carácter especial el contrato de servicios que tengan por objeto precisamente, prestar servicios públicos (art. 312 LCSP); y que la principal diferencia entre el contrato de concesión (antes denominado contrato de gestión de servicio público por concesión) y el contrato de servicios, reside en que en el primero la contraprestación del contratista por prestar el servicio consiste en el derecho a explotar dicho servicio del que obtendrá sus

ingresos, asumiendo con ello el riesgo operacional del mismo, lo que supone la posibilidad de no recuperar las inversiones realizadas ni de cubrir los costes que haya sufragado para explotar los servicios adjudicados, en condiciones normales de funcionamiento, como dice la Directiva 2014/23/UE. En el contrato de servicio en cambio, la gestión del servicio no se hace por cuenta propia sino por cuenta de la Administración, conforme con las indicaciones de ésta y a cambio de un precio, por lo que no asume el riesgo operacional (capítulos 3.2 y 3.3.5). Otra particularidad que conviene recordar es que la idea de “reversión” como deber del contratista de transmitir a la Administración, a la conclusión del contrato, la organización necesaria para continuar prestando el servicio, en estado de conservación y funcionamiento adecuado, sólo se da en aquellos contratos pensados para la prestación de servicios públicos, esto es, en el contrato de concesión (art. 291 LCSP) y en el contrato de servicios cuyo objeto es la prestación de servicios públicos (art. 312).

El citado art. 308.4 del TRLCSP de 2011 parecía sugerir que a la extinción del contrato de servicios no habrá subrogación de los trabajadores de la empresa contratista. La **STS 2455/2018, de 5 de junio de 2018**, en un recurso de casación para unificación de doctrina, se pronunció sobre el particular, en el análisis comparativo de dos sentencias similares con resoluciones opuestas. En ambos casos se trataba de instalaciones de la Administración, cedidas para la prestación de un servicio de restauración colectiva (en un cuartel y en una universidad laboral) que, al concluir el contrato de servicios, la Administración decidió prestar el servicio con su propio personal en las mismas instalaciones y con los mismos bienes cedidos al contratista. La cuestión que se plantea el Tribunal es la interpretación que debe hacerse del art. 44 ET y del art. 301.4 TRLCSP 2011.

- a) En cuanto a la aplicación del art. 44 TRET el Tribunal considera relevante *“la existencia de una operación de reversión del servicio contratado y la entrega de los elementos patrimoniales que resultan inevitables para la continuidad de la actividad”*, lo que revela la transmisión de un conjunto de medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad tras la reasunción del servicio por parte de la Administración.

- b) En cuanto a la aplicación del art. 301.4 (TRLCSP 2011) dice el Tribunal: *“sin que, por otra parte, resulte de aplicación el art. 301.4 TRLCSP que se refiere a supuestos distintos –que se caracterizan, precisamente, por la ausencia de una transmisión empresarial- de los aquí contemplados en los que, como se avanzó, existe una sucesión de empresa”*.

En consecuencia, cabe decir que el art. 301.4 TRLCSP 2011, como el actual art. 308.2 LCSP no son aplicables si se da un supuesto de sucesión de empresa. El contrato de servicios puede tener muchas utilidades, una de ellas puede ser la de gestionar una actividad económica no asumiendo el riesgo operacional e incluso, puede prestar un servicio público. No en todos los casos, por tanto, al concluir el contrato de servicios habrá lugar a una sucesión en la actividad económica organizada, pero si la hubiera, conllevará la subrogación de los trabajadores si se dan los demás requisitos, por aplicación de la normativa sobre sucesión de empresa.

5.4.5. Problemática planteada durante el proceso de reversión.

Durante la jornada de exposición, al grupo de trabajo, de la experiencia de reversión de la gestión del CEEM de Albocàsser, los ponentes señalaron como principales problemas planteados durante dicho proceso de reversión los siguientes:

1. La necesidad de que la modificación presupuestaria y la aprobación de la creación de los puestos de trabajo fueran en paralelo, para poder dar cobertura económica a los mismos.
2. La necesidad de demostrar, en repetidas ocasiones, la conveniencia para el interés público de la gestión directa del CEEM, por parte del IVASS.
3. La normativa presupuestaria estatal, que impedía la creación de nuevos puestos de trabajo en la Administración.
4. La identificación y control de la plantilla de personal que se iba a subrogar.

5. Los puestos de trabajo a crear, de carácter estructural y que debían formar parte de la Relación de Puestos de Trabajo de la entidad, debían ser creados con las clasificaciones propias del IVASS.
6. La plantilla no cumplía con las ratios establecidas en la normativa a aplicar, ni con las ratios establecidas en el contrato de servicios, por lo que, además de crear los puestos de trabajo correspondientes a la subrogación, debían crearse los necesarios para poder cumplir con la normativa. Esto último no se pudo producir en un primer momento y sólo se pudo solicitar estrictamente los puestos del personal a subrogar.
7. La identificación y control de las empresas suministradoras de bienes, servicios y suministros. La compatibilización de cumplir con los contratos ya suscritos y preparar los expedientes de contratación correspondientes, al tiempo que algunos de ellos debían integrarse en los expedientes de contratación mayor ya existentes en el IVASS.
8. Reparaciones y compras urgentes necesarias para una calidad de servicio óptima, en la mayoría de ocasiones, debido a la dejadez del mantenimiento e inversiones de la empresa adjudicataria (no había suficientes aires acondicionados y los que había no funcionaban bien, había goteras, paredes en mal estado, no se cumplía la normativa de protección contra incendios, no disponían de vehículo para actividades, etc.).

5.5. El Servicio de Inspección Técnica de Vehículos.

5.5.1. Antecedentes

La **Inspección técnica de vehículos** forma parte de un régimen diseñado para garantizar que los vehículos estén en buenas condiciones desde el punto de vista de la seguridad y el respeto al medio ambiente durante su uso. Se trata de una materia cuya competencia está compartida entre el Estado y la Comunidad Autónoma. El primero tiene la competencia en materia de tráfico y circulación de vehículos de motor (art. 149. 21ª CE), y la Comunidad Valenciana, en materia de Industria, sin perjuicio de lo que determinan las normas del Estado por razones de seguridad (art. 52. 1. 1º EACV).

El Estado establece las condiciones de seguridad para la circulación de los vehículos automóviles²⁰⁵; y la competencia para comprobar el cumplimiento de tales condiciones a través de la inspección técnica, como servicio de naturaleza ejecutiva, fue transferida a la Generalitat Valenciana por **Real Decreto 2595/1982**, de 24 de julio²⁰⁶, y adscrita a la Consellería de Industria, Comercio y Turismo por Decreto del Consell de 5 de noviembre del mismo año.

Cuando se generaliza la obligación de pasar la inspección técnica a los vehículos particulares y motocicletas, tras la aprobación del **Real Decreto 2344/1985**, se comprueba que las estaciones de ITV existentes en nuestra Comunidad resultan insuficientes. Por ello, y con el fin de contribuir a la construcción de las estaciones de ITV necesarias y gestionar el servicio, se constituyó una empresa pública de capital cien por cien de la Generalitat

²⁰⁵ Así, el Real Decreto 920/2017, de 23 de octubre, por el que se regula la inspección técnica de vehículos, tiene por objeto, como indica su artículo primero: establecer los requisitos mínimos del régimen de inspecciones técnicas de los vehículos que se empleen para circular por la vía pública, y determinar los requisitos y obligaciones mínimas que deben cumplir las estaciones de inspección técnica de vehículos (art. 1).

²⁰⁶ Este Decreto traspasa las funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de industria y energía, y en particular: “*En materia de vehículos automóviles, la inspección técnica y revisiones periódicas que determinen el Código de Circulación y disposiciones complementarias*” (Anexo II, nº 7).

Valenciana: la empresa pública Seguridad y Promoción Industrial Valenciana, SA (SEPIVA).

El **Decreto 198/1987**, de 7 de diciembre adscribió a SEPIVA la gestión del servicio de Inspección Técnica de Vehículos en el ámbito de la Comunidad Valenciana, sin perjuicio “*del ejercicio de dicha actividad por las Sociedades privadas ITV Vega Baja, SA, y Pistas ITV, SA, en los términos derivados de su concesión*” (art. 1).

Esta situación se mantuvo, no exenta de conflicto²⁰⁷, hasta 1997, en que, por **Decreto 166/1997**, de 13 de mayo, queda sin efecto la adscripción a SEPIVA, SA, de las funciones de gestión de las estaciones de ITV. Este Decreto recuerda en su preámbulo que la fórmula de gestión directa a través de una empresa pública es sólo una de las formas posibles de gestionar el servicio de Inspección Técnica de Vehículos, ya que la normativa reguladora de tal servicio (esencialmente, el Real Decreto 1.987/1985, de 24 de septiembre, y el Decreto 30/1985, de 23 de febrero, del Gobierno Valenciano) prevé otras alternativas y, entre ellas, la de gestión indirecta en régimen concesional, y añade:

301

“La fórmula concesional aparece como la alternativa más congruente con las exigencias presentes de la política industrial, que postula la

²⁰⁷ En mayo de 1991 la empresa Pistas Iteuve, S.A. (PISA) presentó una denuncia contra SEPIVA por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. La denuncia se presentó ante la Dirección General de Defensa de la Competencia y, al decretar su sobreseimiento, se recurrió ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. El TDC en Resolución de 30 de abril de 1993 (Expte. A 64/93 ITV) recuerda que las empresas públicas no se sustraen a la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, pero exculpa a SEPIVA porque su actuación entra dentro del marco jurídico establecido por la Generalitat. En consecuencia, la posible infracción de la citada legislación deberá ser sancionada por la Administración o por la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, añade el Tribunal que, “*Dado que la estrategia elaborada por la Generalitat Valenciana en el marco de sus competencias puede traducirse en prácticas restrictivas de la competencia*”, le hace algunas recomendaciones. Entre ellas queremos destacar la primera: “*En primer lugar, la integración de miembros de la Generalitat en los órganos de gestión y administración de SEPIVA. Tal integración supone la captura del regulador por la empresa regulada e impide una clara diferenciación de los intereses en juego (...) Si se quieren imponer objetivos públicos a determinadas empresas debe hacerse desde fuera de las empresas, desde el puesto de regulador. Si hay que dar órdenes a las empresas públicas o privadas, debe hacerse desde fuera, no desde dentro, nunca como parte de la empresa*”.

sustitución de la tradicional actuación administrativa por la colaboración de entidades privadas convenientemente supervisadas por los entes públicos, línea marcada por la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, y por el Real Decreto 2.200/1995, de 28 de diciembre, de Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial”.

Una vez tomada la decisión de sustituir la gestión directa por la gestión indirecta del servicio de inspección técnica de vehículos, se licitaron varios contratos para la explotación de dicho servicio en régimen de concesión.

La Generalitat todavía formalizó una encomienda de gestión a SEPIVA, SA, mientras existieran estaciones de ITV sometidas al régimen concesional, para el ejercicio de funciones de carácter técnico y material en materia de inspección técnica de vehículos²⁰⁸.

5.5.2. Contratos de concesión del servicio de ITV (1997). Aspectos de su régimen jurídico.

a) Objeto del contrato.

El objeto del contrato consistía en la prestación del servicio público de inspección técnica de vehículos con obra complementaria, en su caso, por medio de las Estaciones para la Inspección Técnica de Vehículos y, con el propio personal del contratista, en cada una de las zonas referidas a continuación, y en relación con las funciones que se enumeran a continuación.

²⁰⁸ Por Resolución de 20 de julio de 1998 se publica el Convenio de colaboración entre la Generalitat y SEPIVA, sobre encomienda de gestión para el ejercicio del Servicio de Inspección Técnica de Vehículos. Las funciones que se encomiendan a SEPIVA son: el mantenimiento del archivo oficial de todos los vehículos matriculados en cada provincia; el control del funcionamiento del servicio público de inspección técnica de vehículos, y del cumplimiento por parte de los concesionarios de las condiciones de carácter técnico y de funcionamiento impuestas por la normativa; el asesoramiento y centralización del funcionamiento de las empresas concesionarias y el asesoramiento e información a la Generalitat en materia de inspección técnica de vehículos. Como contraprestación de las funciones que se encomiendan a SEPIVA, percibirá a cargo de cada concesionaria un “canon de servicios auxiliares”, al margen del arrendamiento que las concesionarias pagan por el uso de los medios materiales que se le han cedido.

El servicio de inspección técnica de vehículos se organizó en 7 lotes para su licitación, y por Resolución del Conseller de Empleo, Industria y Comercio de 13 de junio de 1997, se aprobó el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) para la contratación de la explotación en régimen de concesión administrativa del servicio público de inspección técnica de vehículos en la Comunidad Valenciana.

Como dice el PCAP mediante esta licitación se adjudicarán cinco lotes para la prestación del servicio público de ITV por parte de los concesionarios dentro de la zona asignada a cada uno de ellos. El servicio público objeto de esta concesión se prestará en cada zona mediante las estaciones de ITV actualmente existentes en las mismas; mediante las nuevas estaciones de ITV que deba construir a su cargo el propio concesionario y, en su caso, en aquellas estaciones de ITV que se construyeran en el futuro.

El concesionario de cada uno de los lotes objeto de la presente concesión deberá construir a su cargo una nueva estación de ITV en cada uno de los municipios que se indican; mientras que las empresas Vega Baja S.A. y Pistas ITV S.A., titulares de las estaciones de ITV ubicadas en Redobán y Orihuela, respectivamente, seguirán prestando el servicio de ITV de conformidad con el régimen jurídico que les resulte aplicable.

b) Régimen jurídico.

En cuanto al **régimen jurídico**, el contrato se regirá por los pliegos de condiciones y por la ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, principalmente.

c) Ámbito territorial.

Cada concesionario prestará el servicio en la zona correspondiente al lote del que resulte adjudicatario, en régimen de exclusividad. La Generalitat Valenciana no establecerá otras estaciones de ITV en las zonas geográficas asignadas a cada uno de los lotes en tanto en cuanto se encuentre vigente la concesión para cada uno de ellos.

d) Medios materiales y utilización de los mismos.

Los concesionarios utilizarán para la prestación del servicio de ITV todos los inmuebles, equipos, instalaciones y demás medios materiales titularidad

de la Generalitat Valenciana o de la sociedad SEPIVA, que se indica en cada uno de los lotes. Los inmuebles, equipos, instalaciones y demás medios materiales, propiedad de la Generalitat Valenciana, utilizados actualmente para la prestación del servicio de ITV, están afectos a dicho servicio, y se cederán para su uso a los concesionarios de cada una de las estaciones donde se encuentran ubicados en la actualidad y mientras ostenten tal condición.

Los inmuebles, equipos, instalaciones y demás medios materiales que, no siendo propiedad de la Generalitat Valenciana, estén siendo utilizados en la actualidad por parte de SEPIVA para la prestación del servicio de ITV, serán puestos por ésta a disposición de los correspondientes concesionarios. A tal fin, los concesionarios deberán suscribir el contrato de arrendamiento que se adjunta al PCAP.

Así mismo, cada estación de ITV deberá disponer en todo momento de los equipos, instalaciones y demás medios materiales que resulten exigibles de conformidad con la normativa vigente.

Corresponde al adjudicatario el correcto mantenimiento de las estaciones de ITV, de tal modo que se garantice, en todo momento, la adecuada prestación del servicio. Adicionalmente, correrán por cuenta del concesionario cualesquiera ampliaciones, modificaciones, sustituciones y/o mejoras en los inmuebles, equipos, instalaciones y demás medios materiales necesarios o convenientes para la mejor prestación del servicio de ITV.

e) Medios personales.

Las empresas concesionarias se subrogarán en el contrato de trabajo del personal en régimen de contratación laboral que preste sus servicios al tiempo de la adjudicación en estaciones de ITV correspondientes a cada lote del que resulten adjudicatarios. Dicho régimen de subrogación se registrará por lo dispuesto al respecto en el artículo 44 TRET, por lo que las empresas adjudicatarias quedarán subrogadas en los derechos y obligaciones de SEPIVA, frente a dichos trabajadores, respetando su actual categoría profesional, remuneración, antigüedad y puesto de trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, las contrataciones de personal que realicen las empresas adjudicatarias durante los últimos 3 años de duración de la concesión no podrán llevarse a cabo sin la previa autorización de la Generalitat.

En el supuesto de extinción de la concesión, la Generalitat y/o SEPIVA no asumirán los costes derivados de los compromisos laborales de cualquier

índole que las empresas adjudicatarias pudieran haber establecido en virtud de nuevas contrataciones “no autorizadas” por la Generalitat Valenciana. Asimismo, la Generalitat Valenciana y/o SEPIVA no asumirán los nuevos compromisos laborales que hubiesen establecido las empresas adjudicatarias en los últimos 3 años de duración de la concesión con sus trabajadores, entendiéndose por nuevos compromisos incluso los salariales del tipo que fuere, que no resultaren equiparables a los que hubiesen sido aplicables en virtud de la normativa legal y convencional de carácter sectorial.

f) Duración.

La concesión se otorgará por un plazo de 25 años, pudiendo prorrogarse por periodos sucesivos de 10 años cada uno, siempre que no medie denuncia expresa previa por cualquiera de las dos partes otorgantes, comunicada con al menos, un año de antelación a la fecha de expiración del plazo inicial, o de cualquiera de las sucesivas prórrogas. A estos efectos, se considerará fecha de inicio de la concesión la de su adjudicación.

El otorgamiento de cualquiera de las prórrogas previstas en el párrafo anterior quedará condiciona a la previa justificación por parte del concesionario de la disponibilidad por su parte de los terrenos e instalaciones en los que deba prestarse el servicio de ITV, al menos por un plazo igual al de la prórroga prevista. En todo caso, la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no podrá exceder en ningún caso de 75 años.

305

g) Forma de adjudicación.

La adjudicación de la gestión del servicio de Inspección Técnica de Vehículos se realizará por el procedimiento abierto mediante concurso, en los términos establecidos en el artículo 160 de la LCAP y demás disposiciones que la desarrollan, “otorgándose la concesión a un concesionario para cada uno de los lotes establecidos” en la cláusula 1.2 de este Pliego que no quedase desierto.

Los cinco lotes que salieron a concurso se adjudicaron a diversas empresas, como se muestra en el cuadro, en la mayoría de los casos se presentaron como UTEs antes de formalizar la personalidad jurídica como sociedad anónima o limitada. Los lotes 6 y 7 se habían reservado, como decía el PCAP a las empresas Vega Baja, SA y Pistas ITV, SA, que, desde la

aprobación del Decreto 198/1987, de 7 de diciembre, se les reconoce el derecho a ejercitar en el ámbito de la Comunidad Valenciana la actividad de servicio público de ITV en los términos derivados de sus propias concesiones.

EMPRESA CONCESIONARIA	LOTE Adjudicación	ÁMBITO DE ACTUACIÓN
(UTE ²⁰⁹) Compañía Valenciana de Revisiones S.L.	LOTE 1 Concurso	Estaciones (E) de Castellón, Villareal y Vinaroz, E. móvil y unidad móvil agrícola
(UTE ²¹⁰) ITV de Levante, S.A.	LOTE 2 Concurso	E. Massalfassar
(UTE ²¹¹) Valenciana de Servicios ITV, S.A.	LOTE 3 Concurso	E. Ribarroja, Catarroja y Utiel, E. móvil y unidad móvil agrícola.
Aseguramiento Técnico de Calidad, S.A.	LOTE 4 Concurso	E. Gandía, Onteniente, Alzira y Alcoi y estación móvil.
(UTE ²¹²) Applus Iteuve Technology, S.L.U.	LOTE 5 Concurso	Alicante y Elche
Estación ITV Vega Baja, S.A.	LOTE 6 Adhesión a Concesión	Algueña, Beneixama, Biar, Campo de Mirra, Cañada, Elda, Hondón de las Nieves, Hondón de los Frailes; La Romana, Monforte del Cid, Monóvar, Novelda, Petrer, Pinoso, Salinas, Sax, Villena, Albatera, San Isidro de Albatea, Cox, Granja de Rocamora y Redován.
Pistas Iteuve, S.A.	LOTE 7 Adhesión a Concesión	Orihuela, Bigastro, Benferri, Los Montesinos, San Miguel de Salinas, Pilar de la Horadada, Torrevieja, Rojales, San Fulgencio, Dolores, Benejuzar, Jacarilla, Benijófar, Rafal, Daya Nueva, Daya Vieja, Guardamar de Segura, Formentera del Segura, Algorfa, Almoradí, Catral y Callosa del Segura.

Los contratos relativos a los 5 primeros lotes se formalizaron el 18 de diciembre de 1997 y su contenido es similar. En cada uno se recoge el ámbito del lote correspondiente, la duración del contrato, que es de 25 años en todos los casos, sin perjuicio de las eventuales prórrogas. Se ha debido constituir

²⁰⁹ UTE constituida por Servicios de Excavaciones, SA, Levantina de Obras y Edificios, SL e Inspecciones Técnicas y Verificaciones, S.A.

²¹⁰ UTE constituida por Asistencia Técnica Industrial, SAE, CECAM, S.A., Técnicas y tratamientos medioambientales, SA, y D. Juan Vicente Orti Chuliá.

²¹¹ UTE constituida por General de Servicios, ITV, SA; Aragonesa de Servicios ITV, SA; Aguas de Valencia, SA

²¹² Unión de empresarios constituida por “Control ITV. Alicante- UTE”.

antes de la firma del contrato una fianza, cuyo importe varía en cada caso. Por último, se estipula que el concesionario comenzará el 1 de enero de 1998 la prestación del servicio.

Los lotes 6 y 7 se asignaron mediante un documento de adhesión firmado el 29 de diciembre de 1997, por las empresas ITV Vega Baja, SA y Pistas Iteuve, SA, al régimen concesional general de las estaciones de ITV en la Comunidad Valenciana. En ambos documentos se reconoce que dichas empresas son propietarias de una estación de ITV en los municipios de Redován y Orihuela, respectivamente. En el documento se reconoce que repercutirá en beneficio común de las concesionarias y de la Generalitat, la sumisión de la concesión de la que actualmente son titulares estas empresas, al régimen que, con carácter general, regirá para el conjunto de empresas gestoras en régimen concesional del servicio de ITV. Con la firma del citado documento, ambas empresas se sometían al régimen de la citada concesión, con las particularidades previstas en el PCAP y PPT, y con las adaptaciones que se incorporan

Durante el transcurso del desarrollo de la actividad prestada por las concesionarias, cabe destacar, por una parte, la extinción de la mercantil SEPIVA en favor del Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE), por el **Decreto ley 7/2012**, de 19 de octubre, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat Valenciana.

Por otra, destaca la conflictividad generada con ocasión de la actualización de las tarifas de la Inspección Técnica de Vehículos. De conformidad con lo dispuesto en la cláusula 23 PCAP las *«tarifas estarán vigentes mientras no sean modificadas o actualizadas por el Consell»*. Sin embargo, el Acuerdo de 26 de marzo de 2010, del Consell, dejó sin efecto la cláusula de revisión automática que hasta ese momento venía aplicándose²¹³; y el Acuerdo de 28

²¹³ Acuerdo de 26 de marzo de 2010, del Consell, por el que se mantienen en términos nominales, durante el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2010 y el 31 de marzo de 2011, ambos inclusive, las tarifas vigentes del servicio público de Inspección Técnica de Vehículos de la Comunitat Valenciana, así como se deja sin efecto la cláusula de revisión automática actualmente vigente. DOGV del 30 de marzo de 2010 [https://dogv.gva.es/es/eli/es-vc/a/2010/03/26/\(1\)/dof/vci-spa/pdf](https://dogv.gva.es/es/eli/es-vc/a/2010/03/26/(1)/dof/vci-spa/pdf).

de marzo de 2014, del Consell²¹⁴, fue anulado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de mayo de 2017²¹⁵, que estimó parcialmente el recurso planteado, en la parte relacionada con la reducción de la tarifa sonora y tarifa de contaminantes, considerando que dicha reducción no estaba debidamente justificada. Sucesivas sentencias desestimaron la solicitud de responsabilidad patrimonial de las empresas concesionarias. Así mismo, el Acuerdo de 10 de mayo de 2019, fue también anulado en base a la anterior sentencia de 2017²¹⁶.

5.5.3. La Auditoría operativa de la explotación en régimen de concesión administrativa del servicio público de la ITV en la Comunidad Valenciana. Ejercicios 1997-2015. Sindicatura de Comptes (2017).

Mediante la Resolución n.º 112/IX, aprobada por el Pleno de les Corts, en sesión de 13 de enero de 2016²¹⁷, se acordó remitir a la Sindicatura de Comptes una solicitud para que auditase la gestión de la Inspección Técnica de Vehículos con los criterios de eficiencia, eficacia y economía de la gestión, desde que se privatizó, y que incorpore la comparativa con la prestación del servicio antes de 1997 en gestión directa, así como, con los modelos presentes en el resto de comunidades autónomas.

308

²¹⁴ Acuerdo de 28 de marzo de 2014, del Consell, por el que se actualizan las tarifas aplicables a la prestación del servicio público de Inspección Técnica de Vehículos (ITV) en la Comunitat Valenciana a partir del día 1 de abril de 2014. DOGV 31 de marzo de 2014. https://dogv.gva.es/datos/2014/03/31/pdf/2014_2733.pdf

²¹⁵ ECLI:ES: TSJCV:2017:3150: 30/05/17

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d7d804509df10372/20170825>

²¹⁶ Acuerdo de 10 de mayo de 2019, del Consell, de actualización de las tarifas aplicables a la prestación del servicio público de Inspección Técnica de Vehículos (ITV) en la Comunitat Valenciana. DOGV 15 de mayo de 2019. https://dogv.gva.es/datos/2019/05/15/pdf/2019_4938.pdf

²¹⁷ Proposición No de Ley de Tramitación de Urgencia. Les Corts Valencianes. IX Legislatura.

https://www.cortsvalencianes.es/es/consulta_iniciativas#trp/iniciativa/188415332275300;

Debate en el Pleno. Videoteca de les Corts. <https://mediateca.cortsvalencianes.es/watch?id=YzA4MmQwN2MtOWEzZi00YTIwLWJkOWQtMGU2NjJjNTQyZDc3&start=6741>

La Sindicatura de Comptes presentó en 2017 el resultado de la Auditoría operativa de la explotación en régimen de concesión administrativa del servicio público de Inspección Técnica de Vehículos en la Comunitat Valenciana. Ejercicios 1997-2015²¹⁸.

Para poder evaluar la actividad de la concesión, se definieron cuatro **objetivos** que se formularon como preguntas:

Objetivo 1: ¿Qué criterios o aspectos relevantes fueron tenidos en cuenta por la Generalitat en 1997 para adoptar el modelo de gestión de la Inspección Técnica de Vehículos (ITV)?, ¿Las características de la contratación realizada salvaguardaron los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión de las ITV?

Objetivo 2: ¿Las pruebas realizadas por las distintas estaciones de ITV de la Comunitat Valenciana son homogéneas entre sí y se ajustan a lo previsto en la legislación? ¿Son similares a las realizadas por las ITV del resto del Estado?

Objetivo 3: ¿Cómo se fijan las tarifas de la Inspección Técnica de Vehículos en la Comunitat Valenciana? ¿Son similares a las tarifas vigentes en otras comunidades autónomas?

Objetivo 4: ¿Qué modelos de gestión de la Inspección Técnica de Vehículos prevé la legislación vigente? ¿Qué modelos de gestión se han aplicado en la Comunitat Valenciana? ¿Qué factores podrían influir en el modelo de gestión de las ITV? ¿Cuáles son las perspectivas de futuro en los modelos de gestión?

El Informe elaborado por la Sindicatura de Comptes apunta entre otras las siguientes **conclusiones**:

²¹⁸ Auditoría operativa de la explotación en régimen de concesión administrativa del servicio público de Inspección Técnica de Vehículos en la Comunitat Valenciana. Ejercicios 1997-2015. Sindicatura de Comptes. 2017. https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/9/fileITV_C.pdf

- El modelo de gestión por el que se optó en 1997 en la Comunitat Valenciana para la gestión de la ITV, el procedimiento utilizado para su adjudicación y el plazo fijado de duración se enmarcan dentro de los parámetros más utilizados en ese momento por las distintas comunidades autónomas, excepto en lo que se refiere a la peculiaridad de la distribución del territorio de la Comunitat por lotes/zonas que conllevan la exclusividad de las inspecciones a realizar.
- No se ha obtenido evidencia de que la Administración autonómica realizara los proyectos, estudios o informes pertinentes que justificaran la decisión adoptada por el Gobierno Valenciano sobre el cambio del régimen de explotación del servicio de ITV y sobre el procedimiento y fórmula contractual elegidos
- En cuanto a la evaluación de los principios de eficiencia, eficacia y economía, se apunta que los pliegos que rigen el contrato de concesión de la explotación del servicio de ITV no contemplan en sus cláusulas qué criterios y/o indicadores deben utilizarse para medir el grado de cumplimiento de las condiciones exigidas a los concesionarios; y los contratos formalizados carecen de cláusulas específicas que definan los mecanismos de control de calidad de la prestación del servicio, aspecto que dificulta su medición.
- Los pliegos no contemplaron ningún tipo de actualización de la contraprestación económica a satisfacer por los concesionarios por el uso de las instalaciones de ITV ya existentes, propiedad de la Generalitat. Por ello, tomando como referencia el incremento del índice de precios al consumo para el periodo 1998-2015, la Generalitat dejó de ingresar 1.703.618 euros.
- Las importantes cuantías económicas establecidas para las fianzas y el canon de gestión podrían haber supuesto una limitación a la libre competencia y a la concurrencia en la licitación de empresas e incluso grupos empresariales especialistas en la gestión de las ITV. En este sentido, los adjudicatarios de todos los lotes excepto el número 4, fueron UTE constituidas por dos, tres o cuatro empresas en las que generalmente solo una de ellas presentaba experiencia en la gestión del servicio que se licitaba.
- Llama la atención que el importe del canon de gestión ofertado por cada uno de los licitadores -luego adjudicatarios- de cada lote, experimentara exactamente el mismo incremento -un 30%- sobre el

- importe mínimo establecido en el pliego. Este importe osciló según el lote entre 5,8 y 8,3 millones de euros.
- Las obligaciones de los concesionarios incluidas en los pliegos parecen razonables, excepto por lo que se refiere a la no actualización prevista en los pliegos de la contraprestación económica que se recibe de los concesionarios por la cesión de las instalaciones propiedad de la Generalitat.
 - La Administración está realizando de forma razonablemente satisfactoria las funciones de control, supervisión y sanción sobre la actividad de los concesionarios. Sin embargo, se han dado algunas incidencias: no se ha podido verificar en todos los casos el cumplimiento por los concesionarios de la cláusula de subrogación del personal existente en las estaciones; y en algún caso, no se ha podido justificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales y con la Seguridad Social en el momento de la firma del contrato; ha sido frecuente el retraso por parte de las concesionarias de las facturas por el canon de servicios auxiliares y contraprestación por uso de instalaciones. Por último, aunque el número de sanciones impuestas es muy reducido, llama la atención el nivel de gravedad de las sanciones, la concentración de las mismas en dos concesionarios y la inexistencia de procedimientos sancionadores durante los primeros 10 ejercicios de concesión.
 - En cuanto al equilibrio financiero de la concesión, los pliegos no citan expresamente ni la rentabilidad estimada ni definen la situación de equilibrio financiero, se limita a señalar que la concesión será a riesgo y ventura del adjudicatario.
 - En la Comunidad Valenciana, a diferencia del resto de comunidades, es obligatoria la prueba de emisión sonora para todo tipo de vehículo desde 2004. Esta prueba tiene una tarifa adicional que fue fijada en 8 euros y se redujo posteriormente por acuerdo del Consell de 28.03.2014, a 2,48 euros
 - En todos los casos, la determinación, fijación o modificación de las tarifas aplicables al servicio de ITV ha sido realizada por el Consell de la Generalitat, que es el órgano competente.
 - Las tarifas aplicables se han incrementado en ese periodo entre un 119% y 145% para vehículos de motor diésel, y entre un 36% y 74% para vehículos a gasolina.

- El valor medio de la tarifa aplicada en la Comunidad Valenciana se sitúa un 2% por encima del valor calculado para todo el Estado, y las tarifas aplicadas a turismos diésel y vehículos de mercancías hasta 3.500KG, son un 11.9% y 12.8% superior al valor medio en el Estado, sólo superados por una o dos comunidades autónomas. La tarifa media ponderada asciende a 35,94 euros, mientras que en el resto de España es de 34,14 euros.
- El rechazo en la primera inspección implica la necesidad de pasar una segunda, a la que se le aplica una tarifa que supone el 75% del importe correspondiente a la primera inspección. La tasa de rechazo con resultado desfavorable en la primera inspección es el 8,6%, muy inferior a la que muestra el total del Estado. Esta circunstancia podría tener una relación directa con la necesidad de pasar una segunda inspección, a la que se le aplicará la tarifa del 75%, a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte del Estado.
- La tasa de huida, entendida como porcentaje de vehículos de nuestra Comunidad que se trasladan a otra comunidad para realizar la ITV se sitúa en 2015 en el 7,2% del total de vehículos que debían pasar la inspección.

De acuerdo con las conclusiones obtenidas, la Sindicatura acaba proponiendo **recomendaciones**. Entre otras, hemos querido destacar las siguientes:

a) La Administración autonómica debe potenciar las medidas y los procedimientos y métodos de análisis actualmente existentes, con objeto de mejorar sus funciones de control y seguimiento de la explotación del servicio de ITV, de tal forma que le permitan evaluar la eficacia y calidad del servicio prestado por parte de los concesionarios.

b) Un proceso de externalización de servicios públicos requiere de un contrato bien diseñado. Por ello recomienda que se contemplen acuerdos sobre los niveles del servicio relevantes y medibles, de forma que permita a la Administración realizar un seguimiento permanente de la ejecución del servicio y de esta forma garantizar que no se está perjudicando la calidad.

c) La normativa contractual dispone realizar los proyectos y estudios pertinentes para justificar las decisiones de las administraciones públicas para contratar la explotación de un servicio con un operador privado, así

como el procedimiento contractual elegido. La Sindicatura se abstiene de recomendar ahora que esto se lleve a cabo sobre un contrato en ejecución desde 1998, pero sí quiere resaltar la importancia de estos proyectos y estudios, y no solamente por el hecho de que es una exigencia legal, sino porque los principios de una buena gestión así lo demandan para avalar las decisiones tomadas por las administraciones públicas, sean las que sean. Estos estudios y proyectos deben formar parte del expediente de contratación.

d) También concluía con la necesidad de incrementar las visitas de inspección por parte de la Conselleria/IVACE a las estaciones de ITV, puesto que se había observado una tendencia a la baja en los últimos ejercicios

5.5.4. La creación de la Sociedad Valenciana de Inspección Técnica de Vehículos, Sociedad Anónima. Decreto Ley 3/2022, de 22 de abril.

El Real Decreto 920/2017, de 23 de octubre, por el que se regula la inspección técnica de vehículos, al que antes hicimos referencia, establece en su art. 14, titulado “Requisitos de las estaciones ITV”, que:

“La ejecución material de las inspecciones técnicas será realizada en estaciones ITV, de acuerdo con el modelo de gestión que establezca la comunidad autónoma en ejercicio de sus competencias. Dicha ejecución material podrá ser realizada por las comunidades autónomas directamente, o a través de sociedades de economía mixta, o por empresas privadas, en régimen de concesión administrativa o autorización”.

La Generalitat Valenciana venía reivindicando desde hacía tiempo el rescate de los servicios públicos externalizados, incluida la gestión del servicio de las ITV. Como vimos en el capítulo 4.1, el II Acuerdo del Botánico, firmado en 2019 señalaba en su objetivo 30 (Eje 4) que

“Ante la finalización de la concesión en la próxima legislatura, trabajaremos para devolver a la gestión pública directa el servicio de las Inspecciones de Vehículos (ITV), con la total prioridad de salvaguardar la seguridad viaria en las carreteras valencianas, la mejora en la calidad

del servicio, la rebaja de las tarifas para las personas usuarias y una gestión transparente y eficiente”.

Para la correcta gestión del servicio público de ITV en régimen de gestión directa había que decidir si se asumía el servicio en el seno de la consellería competente en la materia, o a través de una sociedad mercantil instrumental, y se optó por constituir una sociedad mercantil de capital cien por cien de la Generalitat.

A ello responde la aprobación del **Decreto Ley 3/2022**, del Consell, por el que se autoriza la creación de la Societat Valenciana d’Inspecció Tècnica de Vehicles, Societat Anònima. La sociedad tendrá naturaleza privada, se regirá por sus estatutos, y el ordenamiento jurídico privado, sin perjuicio de las normas de derecho público que le sean aplicables. La sociedad valenciana de ITV estará adscrita a la consellería que tenga las competencias en materia de inspección técnica de vehículos²¹⁹.

La sociedad valenciana de ITV tiene por objeto la prestación del servicio público de inspección técnica de vehículos (ITV), por lo que realizará las inspecciones técnicas de los vehículos, por encargo de la Generalitat. La Sociedad puede ser también organismo de verificación de control metrológico a los efectos del control de taxímetros, según lo dispuesto en la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología, y podrá realizar cualquier otra actividad accesoria o complementaria al servicio de inspección técnica de vehículos (art. 4).

Por otra parte, se designa al Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE) como órgano de supervisión, mientras que la Conselleria competente ejercerá las funciones de seguimiento y control de la prestación del servicio, así como la potestad sancionadora.

Especial interés tienen las Disposiciones adicionales del Decreto Ley.

La primera, bajo el título de “Modelo de gestión del servicio de ITV en la Comunitat Valenciana”, establece que, una vez finalizada la vigente

²¹⁹ Según la Orden 1/2021, de 6 de abril, de la Consellería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, son de su competencia “*realizar las actuaciones necesarias para la autorización y supervisión de las estaciones de inspección técnica de vehículos, así como el seguimiento y el control de la prestación del servicio público de inspección técnica de vehículos dentro de su ámbito competencial*»

concesión administrativa, el servicio de ITV se prestará en régimen de gestión directa en la Comunitat Valenciana.

La segunda se dedica a la “Adscripción de los bienes afectos al servicio de ITV”, y establece que, el uso de las instalaciones de las estaciones de ITV necesarias para prestar el servicio se cederá a la nueva mercantil, mediante la adscripción directa de los bienes afectos al servicio público de ITV previsto en el artículo 53.3 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana, por la persona titular de la conselleria competente en materia de patrimonio, de acuerdo con lo establecido en los artículos 5 y 26 de la misma ley.

Y la tercera, “Ampliación y habilitación del parque de estaciones de ITV”, contempla que la sociedad valenciana de ITV podrá ampliar el parque de estaciones de ITV, previa autorización de la Conselleria competente en materia de Industria; y *“una vez agotada la vigente concesión administrativa, en la Comunitat Valenciana únicamente se habilitarán las estaciones que presten el servicio de ITV en régimen de gestión directa”*.

Las estaciones de ITV propiedad de la Generalitat y las que reviertan a la misma una vez finalizada la vigente concesión, continuarán habilitadas para prestar el servicio de ITV

5.5.5. La extinción de los contratos y la reversión del servicio. Problemática.

La fecha de finalización de los contratos de concesión de servicios era el 31 de diciembre de 2022. Un año antes, en septiembre de 2021 el conseller de economía sostenible, sectores productivos, comercio y trabajo, comunicó a las empresas concesionarias la voluntad de finalizar el vigente régimen de concesión administrativa, renunciando a la prórroga, por lo que se efectuaba la denuncia formal prevista en el expediente contractual.

A. ¿La prórroga de un contrato de concesión equivale a una nueva concesión?

Se cuestionó en su momento, si era posible o no la prórroga, pese a estar prevista en el contrato, a raíz de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia

de la Unión Europea y de varios requerimientos realizados por la Comisión Europea al Gobierno de Italia y España recordando que “la prórroga a un contrato de concesión equivale a una nueva concesión”.

La sentencia en cuestión, del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de septiembre de 2019, (asunto C-526/17)²²⁰, analiza si es contraria a los arts. 2 y 58 de la Directiva 2004/18/CE²²¹ (hoy derogada por la Directiva 2014/23/UE), la decisión adoptada en 2009 por el Gobierno italiano de prorrogar el contrato de concesión de la autopista A 12 Livorno-Civitavecchia, del 31 de octubre de 2028 al 31 de diciembre de 2046, sin publicar un anuncio de licitación. No se cuestiona por tanto las prórrogas que muchas veces se hacen necesarias para favorecer la continuación del servicio público mientras se gestiona y tramita la nueva licitación, sino que se trataba de una modificación sustancial del contrato que requeriría de un nuevo procedimiento de adjudicación, como claramente señala el Tribunal²²².

²²⁰ ECLI:EU:C:2019:756.

²²¹ El art. 2 de la Directiva 2004/18/CE establecía que los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia; y el art. 58 hacía referencia a que los poderes públicos adjudicadores cuando deseen recurrir a la concesión de obras públicas darán a conocer su intención por medio de un anuncio, a lo que siguen normas sobre cómo elaborar y publicar dichos anuncios.

²²² Como dice la sentencia en sus apartados 58 y 59:

“Procede recordar al respecto que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva se oponen a que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato de concesión de obras públicas, el poder adjudicador de la concesión y el concesionario modifiquen las estipulaciones de su contrato de concesión de tal modo que estas pasen a presentar características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Así sucede cuando las modificaciones previstas tengan por efecto bien que se amplíe en gran medida el contrato de concesión de obras públicas incluyendo en él elementos no previstos, bien que se altere el equilibrio económico de dicho contrato en favor del concesionario, o cuando esas modificaciones puedan cuestionar la adjudicación de la concesión de obras públicas en el sentido de que, si se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, se habría seleccionado otra oferta o habrían podido participar otros licitadores (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de septiembre de 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, apartado 28 y jurisprudencia citada)”.

“De este modo, en principio, una modificación sustancial de un contrato de concesión de obras públicas requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de septiembre de

B. La prórroga para restablecer el equilibrio económico de los contratos afectados por las medidas restrictivas dictadas con ocasión de la COVID-19.

En este caso, la voluntad era la de no prorrogar la concesión, como vimos, con independencia de si era o no posible. No obstante, habida cuenta del perjuicio alegado por las concesionarias al tener que mantener cerradas las Estaciones durante un periodo de tiempo como consecuencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma por la situación de crisis sanitaria por la COVID-19, y la no declaración de servicio esencial de la inspección técnica de vehículos, se decidió compensarles, modificando sus contratos por acuerdo de 5 de diciembre de 2022, con el fin de prorrogar su duración hasta el 24 de febrero de 2023 (53 días), excepto en el caso de la concesionaria Valenciana de Servicios ITV, SA, que se prorrogó por 2 meses, hasta el 3 de marzo de 2023. Esta prórroga se fundamentó en el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de COVID-10, cuyo art. 34.4 establece:

317

“En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que

2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, apartado 30 y jurisprudencia citada)”.

efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad”.

C. La reversión del servicio público de inspección técnica de vehículos.

La reversión del servicio implicaba, la sucesión de la Administración en la actividad económica desarrollada hasta el momento por las concesionarias, asumiendo la titularidad de las estaciones y los demás bienes, derechos y contratos que integraban la organización económica de cada Estación, así como los contratos de trabajo.

318

En cuanto a la reversión de las instalaciones de las Estaciones de ITV, quedó regulado, como vimos, en el Decreto Ley 3/2022:

- Las instalaciones que son titularidad de la Generalitat, seguirán siéndolo, pero se cederá su uso a la nueva sociedad valenciana de ITV.
- Las instalaciones construidas por las entidades concesionarias para la prestación del servicio durante la vigencia del contrato revertirán a la Administración, que cederá su uso a la nueva sociedad valenciana de ITV.
- En cuanto a las instalaciones que las empresas concesionarias ITV Vega Baja, SA, y Pistas Iteuve, SA aportaron para prestar el servicio, atendiendo a las condiciones de su adscripción al pliego concesional, pasarán a ser infraestructuras de libre disposición de dichas mercantiles una vez concluido el contrato de concesión, *“aunque no se podrán dedicar al servicio de ITV, ya que dejarán de estar habilitadas para ello al finalizar la concesión”.*

En cuanto a la sucesión de los trabajadores, por aplicación del art. 44 del TRET, el cambio de titularidad de las estaciones en favor de la sociedad valenciana de ITV, no extingue las relaciones laborales de las personas que trabajaban en dichas estaciones. La nueva sociedad será el nuevo empleador, y se subrogará en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, y, en general, en cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

Así mismo, las concesionarias y sociedad valenciana de ITV responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas; y responderán también, solidariamente, de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre las concesionarias y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión, fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

319

En este caso, al haber optado por revertir el servicio a una empresa instrumental y no a la Administración, no se plantea la problemática derivada de la diferente naturaleza jurídica de la relación: funcionarial y laboral. Los trabajadores de las concesionarias pasan a la sociedad valencia ITV en condición de trabajadores laborales regidos por el Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos que corresponda.

En respuesta a la encuesta que en abril de 2022 planteamos a los representantes de las diversas consellerías y entidades públicas implicadas en procesos de reversión, sobre los principales problemas suscitados durante dicho proceso, desde la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, y en relación con el caso de las ITV nos señalaron los siguientes problemas: No hubo mucha colaboración por parte de las empresas para recabar la información necesaria para hacer posible el proceso, no todos contestaban a los requerimientos y, quienes lo hacían omitían datos fundamentales, sobre la plantilla de trabajadores o sobre otras

cuestiones. La justificación más frecuente era que debían proteger los datos de carácter personal de los trabajadores, o que la Administración no tenía derecho a conocer la estructura interna de la empresa. Con respecto a la transmisión de los bienes (muebles e inmuebles, sistemas de información y comunicación, etc.), fue mayor la colaboración.

5.6. EL ALBERGUE DE BIAR

La experiencia del Albergue de Biar fue dada a conocer al grupo de trabajo de la Comisión de Estudio y Debate para la Reversión de los Servicios Públicos Externalizados, por parte del subdirector general del Instituto Valenciano de la Juventud (IVAJ en lo sucesivo), el 6 de junio de 2022.

El Albergue había sido cedido por el Ayuntamiento de Biar a la Generalitat Valenciana en 2002. Su ubicación se encuentra a 1.5 km del casco urbano de Biar, un municipio de 3.628 habitantes, en la comarca de l'Alt Vinalopó, a 50 kilómetros de la ciudad de Alicante. El albergue está rodeado por frondosas pinadas y se encuentra ubicado en un lugar idóneo para la realización de actividades en la naturaleza, como senderismo, escalada, o barranquismo. El albergue tiene una capacidad total para 72 personas.

Tras la cesión, la gestión del Albergue fue asumida por el IVAJ dado que, entre sus funciones estaba la de planificar, gestionar, crear y mantener los albergues, residencias, campamentos e instalaciones juveniles en general, del Instituto Valenciano de la Juventud (art. 3 de la Ley 4/1989 del IVAJ, y más tarde art. 6 f de la ley 18/2010 del IVAJ²²³). El albergue juvenil Biar forma parte de la Red de Albergues Juveniles de la Generalitat Valenciana, incluida en la Red Española de Albergues Juveniles y, en consecuencia, en la Red Internacional de Albergues de Juventud.

El IVAJ gestionó el albergue hasta 2007, año en el que ingresó por su gestión 109.420,91 €. El IVAJ nunca tuvo personal propio destinado a la gestión del albergue.

²²³ La vigente Ley 15/2017, de 10 de noviembre, de políticas integrales de juventud que vino a derogar la anterior ley del IVAJ recoge entre sus funciones: “Acreditar las actividades, las instalaciones y los servicios juveniles enumerados en la presente ley; planificar, gestionar, crear y mantener las instalaciones juveniles del Institut Valencià de la Joventut, y regular reglamentariamente las condiciones de los centros, instalaciones, servicios, actividades y programas que se incluyan dentro de las competencias de juventud y ocio” (art. 7. 7º, 8º y 9º)

En 2008 se decidió recurrir a la figura del contrato de gestión de servicios públicos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su modalidad de concesión.

Un Estudio Económico-Administrativo de la Explotación del Albergue Juvenil de Biar de 2012 señalaba que, como dicho albergue no disponía de personal propio para prestar los servicios que requiere un albergue de juventud para su funcionamiento y mantenimiento, se consideraba necesario contratar su gestión; y se optaba por el contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión.

5. 6. 1. Características del contrato y su adjudicación

El 9 de mayo de 2012 se publicó la licitación del contrato de gestión del servicio público del Albergue juvenil de Biar, por un periodo de 4 años desde la fecha de formalización del contrato, siendo admisible su prórroga.

Según el Pliego de condiciones administrativas particulares, el objeto del contrato era la gestión y explotación del albergue juvenil de Biar en la modalidad de concesión, con las especificidades y características señaladas en el PPT. Este concretaba que el servicio a prestar en el albergue juvenil consistía en los servicios básicos de alojamiento (uso de los dormitorios, baños y zonas comunes) y alimentación de los usuarios y otros servicios complementarios, así como los programas de animación, actividades de tiempo libre y otros servicios que el contratista pueda prestar en los albergues de acuerdo con lo establecido en el PPT. El Pliego regula a continuación cómo gestionar la ocupación (reservas y alberguistas) y los programas de animación, actividades de tiempo libre y otros servicios complementarios. Y en su Anexo cómo llevar a cabo el plan de mantenimiento del albergue (operaciones de mantenimiento preventivo y reglamentario; operaciones de mantenimiento correctivo; operaciones de conservación; operaciones de mejora y reforma, y operaciones no permitidas).

Para la ejecución del contrato el IVAJ cedía a la empresa adjudicataria la instalación denominada: albergue juvenil de Biar, junto con las instalaciones, maquinaria, mobiliario y enseres necesarios para su funcionamiento.

El canon a satisfacer a la Administración era de 24.000 euros a distribuir en anualidades de 2012 a 2016. Dicha cantidad podía ser incrementada por la oferta de los licitadores.

El plazo de ejecución del contrato se establece en cuatro años computables desde la fecha de formalización del contrato. La prórroga será por mutuo acuerdo de las partes y deberá formalizarse por escrito antes de finalizar la vigencia de éste, sin que la duración total del contrato incluidas las prórrogas, pueda exceder de ocho años.

El concesionario tenía derecho a utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio, y a percibir de los usuarios del servicio las retribuciones correspondientes por la prestación del mismo, de acuerdo con los precios aprobados en cada momento.

En cuanto a las obligaciones generales del concesionario podemos destacar:

- La de abonar el canon estipulado en el contrato en los plazos establecidos;
- Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.
- Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones.
- Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

323

En relación con el inmueble y sus instalaciones, el concesionario debía, entre otras:

- Conservar las construcciones y espacios colindantes, edificios anexos e instalaciones, y mantenerlas en perfecto estado de funcionamiento, limpieza e higiene hasta que, por conclusión de la concesión o rescisión del contrato, deban entregarse con todas las instalaciones que sean inherentes y necesarias al mismo para su adecuada prestación.

- Si se estimase necesaria la realización de nuevas inversiones, para completar, modernizar, mejorar o modificar las instalaciones existentes, deberá llevarlas a cabo a su cargo, siempre con el permiso expreso y por escrito del IVAJ.
- El adjudicatario estaba obligado a mantener en buen estado de conservación y funcionamiento todos los bienes puestos a disposición por el IVAJ, edificios y locales del albergue, con todas sus instalaciones, muebles, enseres y aparatos, propiedad del IVAJ, para lo cual el contratista debía realizar de manera adecuada, a su cargo, las obras y trabajos necesarios para el mantenimiento y reparación de los citados elementos, y los trabajos de mantenimiento del edificio, sus instalaciones, maquinaria y equipos, de acuerdo con la normativa legal aplicable a cada caso, de tal manera que a la finalización del contrato todos ellos se encuentren en buen estado de funcionamiento.
- Cuando las instalaciones, maquinaria, mobiliario y enseres se inutilicen, deterioren o menoscaben por el mal uso o por negligencia, el contratista estaba obligado a su reposición por otros de idéntica calidad, marca y rendimiento que los inventariados.
- El adjudicatario debía proceder al abono de los desperfectos que se observasen al término del contrato y excedieran del deterioro normal derivado de un uso cuidadoso y del mero transcurso del tiempo.
- Para concluir, las instalaciones y su equipamiento debían devolverse en el estado de conservación en que fueron entregadas.

Respecto de la explotación del albergue pueden señalarse las siguientes obligaciones:

- El adjudicatario debía utilizar los bienes puestos a su disposición por el IVAJ, única y exclusivamente para la prestación del servicio contratado tal y como éste se delimitaba en el objeto del contrato.
- No podía utilizar el nombre del IVAJ y de la Generalitat Valenciana en sus relaciones con terceras personas a efectos de facturación de proveedores o cualquier otro que pueda tener con personas a su servicio o con las que mantenga relaciones comerciales o profesionales. El adjudicatario sería el único responsable en todo lo relativo a la gestión del servicio.

- Debía garantizar el cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En cuanto a sus obligaciones laborales y sociales se señalan las siguientes:

- El contratista estaba obligado al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social, de integración social de minusválidos y de prevención de riesgos laborales.
- No existía vinculación laboral alguna entre el personal que se destine a la ejecución del contrato y el Institut Valencià de la Joventut, Generalitat Jove, por cuanto aquél quedaba expresamente sometido al poder direccional y de organización de la empresa adjudicataria en todo ámbito y orden legalmente establecido y siendo, por tanto, ésta la única responsable y obligada al cumplimiento de cuantas disposiciones legales resultaran aplicables al caso, en especial en materia de contratación, Seguridad Social, prevención de riesgos laborales y tributaria, por cuanto dicho personal en ningún caso, tenía vinculación jurídico-laboral con el Institut Valencià de la Joventut, y ello con independencia de las facultades de control e inspección legal y/o contractualmente correspondían al mismo.
- A la extinción del contrato, no podía producirse en ningún caso la consolidación de las personas que habían realizado los trabajos del contrato como personal del IVAJ.
- El adjudicatario tampoco podía realizar contrataciones de personal que incrementaran las plantillas, desde seis meses antes de la finalización del contrato o de cada una de sus prórrogas, sin autorización expresa de la Administración.

La licitación del contrato se publicó en el DOGV n.º 6770, el 9 de mayo de 2012, y fue adjudicado a la empresa *Cuatro Fulles*, S.L., para el periodo 2012-2016.

El contrato se formalizó el 9 de julio de 2012. El precio del canon a abonar a la Administración era de 24.400 euros (IVA excluido), distribuido en cinco anualidades. El contrato contemplaba la obligación de formalizar un seguro

de responsabilidad civil, y una garantía a favor de la Administración por 1.220 euros, mediante aval.

El contrato finalizaba el 8 de julio de 2016, pero unos días antes, el 5 de julio de 2016, por acuerdo de las partes, se formalizó su prórroga hasta el 8 de julio de 2018 por un canon de 12.262,22 euros a favor de la Administración. El 28 de junio de 2018 se acordó una segunda prórroga, hasta el 8 de noviembre de 2018 por un canon de 2.043,70 euros.

5.6.2. La extinción del contrato y la reversión del servicio.

El contrato se podía extinguir por cumplimiento del plazo de duración o por resolución del mismo. En este caso, el contrato concluyó en noviembre de 2018, pudiendo todavía prorrogarse. Sin embargo, como se informó durante la exposición de la experiencia al grupo de trabajo: *“Durante el período de ejecución de este contrato, se puso de manifiesto que se habían desvirtuado los fines del servicio de albergue juvenil”*.

El Decreto 86/2015, de 5 de junio del Consell²²⁴, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 18/2010, de 30 de diciembre, de la Generalitat, de Juventud de la Comunitat Valenciana, establece que, las instalaciones juveniles *“se configuran como infraestructuras para la realización de actividades educativas, sociales, culturales y de ocio y tiempo libre, de carácter lúdico, deportivo y medioambiental, que permitan el desarrollo integral de la juventud, ofreciendo un ambiente de intercambio, alojamiento, formación y participación en actividades culturales y su acercamiento al medio natural”* (art. 54.1).

Sin embargo, según señalaba el ponente, en la gestión del albergue se optó por fomentar su finalidad turística destinada a un público familiar, careciendo el centro de un programa de animación y de actividades de tiempo libre que le permitiera cumplir su función facilitadora del ocio educativo para

²²⁴ Decreto 86/2015, de 5 de junio, del Consell, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 18/2010, de 30 de diciembre, de la Generalitat, de Juventud de la Comunitat Valenciana, DOGV 8 de junio de 2015.

https://dogv.gva.es/datos/2015/06/08/pdf/2015_5396.pdf

grupos de jóvenes. Además, añade, la empresa adjudicataria había manifestado en reiteradas ocasiones que la gestión del albergue no le era rentable, lo que supuso el incumplimiento del plan de mantenimiento previsto. Por último, el IVAJ impulsó en el año 2018 el programa Alberg+, con la finalidad de convertir todos sus centros en instalaciones accesibles y sostenibles desde una perspectiva social y medioambiental.

A la vista de todo lo anterior, la dirección del IVAJ optó en 2018, por no prorrogar el contrato ni licitar un nuevo contrato de gestión del servicio público, sino por recuperar la gestión directa del albergue juvenil.

En estos casos, el PCAP establecía que, una vez concluido el contrato, tendría lugar la **reversión** del servicio, y el adjudicatario quedaría obligado al desalojo del albergue antes de las 00:00 horas del día siguiente al de la extinción del contrato, debiendo entregarlo a la libre disposición del IVAJ, en perfecto estado de conservación y limpieza, así como dotado de los enseres y elementos de cualquier clase que, siendo propiedad de la Administración, constaren relacionados en el inventario que se suscribe antes del inicio del contrato. Así mismo, debía retirar del local todos los productos, enseres y utensilios que le pertenezcan.

327

A estos efectos, durante el período de tres meses anterior a la finalización del plazo de duración del contrato, la Administración debía efectuar las comprobaciones y adoptar las disposiciones pertinentes para que la entrega de los bienes, en su caso, se verificase en las condiciones convenidas.

Del resultado de la reversión debía levantarse acta, que deberá ser firmada por los concurrentes a la misma: el responsable del contrato o, en su defecto, el representante de la Administración y el contratista. Si, a pesar de las disposiciones adoptadas por la Administración en el plazo indicado en el párrafo anterior, los bienes e instalaciones no se hallasen en estado de ser recibidos, se hará constar así en el acta, señalándose un plazo al contratista para remediar los defectos observados, transcurrido el cual se llevará a efecto una nueva comprobación de los mismos. Si el contratista no compareciese a este efecto, se le dará traslado del acta de reversión.

Si transcurrido el plazo indicado el adjudicatario no hubiera cumplido esta obligación, el IVAJ quedaba facultado para entrar y disponer del local por sí mismo, sin perjuicio de la incautación de la fianza, en su caso, y de exigir

cualquier otra responsabilidad a que hubiere lugar. Los productos, enseres y objetos propiedad del concesionario que hubiere en ese momento en el albergue, serán retirados del mismo por la Administración y depositados a los efectos que legalmente proceda. Los gastos que por ello se originen serán satisfechos por el adjudicatario (cláusula 32).

La reapertura del centro bajo gestión directa se produjo en junio de 2019. Puesto que el IVAJ no poseía personal propio que prestase servicios en el albergue, fue necesario contratar diferentes servicios: coordinación, limpieza, recepción, alimentación y mantenimiento. El principal problema para el funcionamiento óptimo del albergue -señalaba- era precisamente la ausencia de personal propio del IVAJ en la instalación. Para remediarlo, en 2022 se ha aprobado la creación de dos nuevos puestos de trabajo en la RPT del IVAJ destinados en el albergue de Biar (dirección y jefe de equipo).

6. LA REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA PROTECCIÓN DE DATOS.

Joaquín Cañada y Vicente Mora.
Delegado y Subdelegado de Protección de Datos de la Generalitat Valenciana.

6.1. Cuestiones generales en materia de protección de datos.

En el ámbito de las administraciones públicas, la prestación indirecta de servicios públicos, previo procedimiento de contratación administrativa, como hemos visto, es una actividad habitual. En ocasiones, finalizado el contrato, la administración opta por la prestación directa de los servicios, en lugar de continuar con dicha prestación indirecta, procediendo a la reversión de éstos mediante un procedimiento que debe estar previamente diseñado. Así, en dichos procesos de reversión será común que se produzcan tratamientos de datos de carácter personal, desde la perspectiva de la normativa de protección de datos, de conformidad con las definiciones establecidas por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD).

329

En este sentido, la problemática general que se plantea está relacionada, principalmente, con dos cuestiones:

- Papeles atribuibles, en materia de protección de datos, a la administración contratante y a la entidad adjudicataria.

- Tratamientos de datos involucrados en el proceso de reversión, principalmente, los relativos a la devolución de los datos personales relacionados con la prestación del servicio y determinadas cesiones de datos

entre las entidades adjudicatarias de los servicios revertidos y la administración (en este caso, la Generalitat).

En relación con los tratamientos de datos personales, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.1 del RGPD, es exigible disponer de una causa de licitud, siendo aplicables en los presentes supuestos, las siguientes:

- El tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
- El tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;
- El tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

En este sentido, el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD) dispone que, cuando el tratamiento está fundado en una obligación legal o en el interés público, éste debe “derivar de una competencia atribuida por una norma con rango de ley”.

330

Por ejemplo, en el ámbito de prestación indirecta de servicios públicos sanitarios, el derecho a la protección pública de la salud en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, reconocido en el artículo 43 de la Constitución española, se ejerce competencialmente por la Generalitat de acuerdo con la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, en el marco de las competencias previstas en el artículo 49.1.11 de la Constitución Española y el artículo 54 del Estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana, mediante la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la ordenación de la atención sanitaria a nivel individual y poblacional, y las prestaciones y servicios necesarios.

Es, pues, objeto de este capítulo, abordar la principal problemática expuesta desde la perspectiva del RGPD y la LOPDGDD en relación con las normas específicas aplicables a las administraciones públicas en el proceso de contratación administrativa y la reversión de los servicios públicos.

6.2. Roles en las reversiones en materia de protección de datos

Para el análisis del cumplimiento de la normativa de protección de datos, en relación con el proceso de reversión, resulta necesario establecer los roles que ocupan, desde esta perspectiva, cada una de las partes intervinientes en el citado proceso. Así, el RGPD define, en su artículo 4, los siguientes conceptos:

“7) «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

8) «encargado del tratamiento» o «encargado»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento;”.

331

Siguiendo con el ejemplo de la concesión de la prestación de servicios públicos sanitarios, la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública tendrá la consideración de responsable del tratamiento por cuanto, de acuerdo con las normas citadas en el apartado precedente, es la competente y titular del servicio público sanitario.

En cuanto a la entidad adjudicataria, resulta necesario realizar el siguiente análisis: Los tratamientos de datos personales relacionados con el ejemplo expuesto tienen su origen en contratos de gestión de servicios públicos por concesión. Estos contratos tienen por objeto, entre otros, la gestión del servicio público en su modalidad de concesión administrativa, de la prestación de los servicios de atención sanitaria integral en determinadas zonas básicas de salud. La gestión del servicio viene a incluir servicios de

asistencia Especializada, tanto Hospitalaria como Ambulatoria, y los servicios de Atención Primaria (...).

Visto lo anterior, debe considerarse que, con carácter general, la persona jurídico-privada que, mediante una relación jurídico-administrativa contractual, presta, por cuenta de una administración pública, un servicio que conlleva el tratamiento de datos personales ocupa la posición jurídica de “encargado de tratamiento”. Así, la Disposición adicional vigésima quinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público determina, en su apartado 2, que *“para el caso de que la contratación implique el acceso del contratista a datos de carácter personal de cuyo tratamiento sea responsable la entidad contratante, aquel tendrá la consideración de encargado del tratamiento”*.

No obstante, esta no es una cuestión pacífica, desde el punto de vista de la doctrina de la Agencia Española de Protección de Datos, cuando el tratamiento de datos llevado a cabo por la entidad contratista está relacionado con datos de salud efectuados por centros sanitarios o personal médico por cuanto la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece que, cuando el personal sanitario actúa en el ámbito de sus funciones, son responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen, excediendo dicho tratamiento de “las instrucciones documentadas del responsable”, lo que determina la imposible aplicación del artículo 28 del RGPD y la imposibilidad de considerarlos como encargados del tratamiento de la entidad aseguradora o Mutua²²⁵. A este respecto, para determinar el rol de responsable que desempeña la entidad concesionaria, y a modo de ejemplo, el apartado 17.1 del pliego de cláusulas administrativas dispone que la entidad contratista *“asume las obligaciones derivadas de perjuicios que pudieran causarse a los usuarios de los centros sanitarios adscritos a la concesión, por actuaciones médicas”*.

No obstante, no estaría en cuestión la atribución de la figura o rol de responsable del tratamiento de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud

²²⁵ <https://www.aepd.es/es/preguntas-frecuentes/16-salud-y-coronavirus/FAQ-1617-centros-sanitarios-y-hospitales-que-prestan-servicios-a-aseguradoras-y-mutuas-son-encargados-de-tratamientos-o-responsables>

Pública, existiendo dudas, como se ha comentado anteriormente, en cuanto a calificar categóricamente a la entidad concesionaria como responsable o encargado del tratamiento.

A mayor abundamiento, el Comité Europeo de Protección de Datos, en sus Directrices 07/2020 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» en el RGPD, establece que:

“no todo prestador de servicios que trata datos personales con motivo de la prestación de un servicio es un encargado del tratamiento en el sentido del RGPD. La función de encargado del tratamiento no se deriva de la naturaleza del ente que esté tratando los datos, sino de sus actividades concretas en un contexto específico. Dicho de otro modo: un mismo ente puede actuar a la vez como responsable del tratamiento en determinadas operaciones de tratamiento y como encargado del tratamiento en otras”.

Teniendo en cuenta lo anterior, si se determinase que la entidad concesionaria tiene la condición de encargada del tratamiento, deberá verificarse el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 28 del RGPD, en especial su apartado 3, en el que se enumeran algunas de las obligaciones que el encargado tiene frente al responsable:

333

“a) tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público;

b) garantizará que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o

estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria;

c) tomará todas las medidas necesarias de conformidad con el artículo 32;

d) respetará las condiciones indicadas en los apartados 2 y 4 para recurrir a otro encargado del tratamiento;

e) asistirá al responsable, teniendo cuenta la naturaleza del tratamiento, a través de medidas técnicas y organizativas apropiadas, siempre que sea posible, para que este pueda cumplir con su obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados establecidos en el capítulo III;

f) ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32 a 36, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado;

g) a elección del responsable, suprimirá o devolverá todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprimirá las copias existentes a menos que se requiera la conservación de los datos personales en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

h) pondrá a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable.”

Además, también resulta de aplicación el artículo 29 del RGPD, que determina lo siguiente: “*El encargado del tratamiento y cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable o del encargado y tenga acceso a datos personales solo podrán tratar dichos datos siguiendo instrucciones del responsable, a no ser que estén obligados a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros*”.

Por último, en este apartado resulta especialmente relevante, la cuestión derivada de la devolución de los datos; en este sentido, el apartado 3 del artículo 33 de la LOPDGDD establece que *“el responsable del tratamiento determinará si, cuando finalice la prestación de los servicios del encargado, los datos personales deben ser destruidos, devueltos al responsable o entregados, en su caso, a un nuevo encargado”*.

6.3. Ámbito laboral

Otra cuestión importante relacionada con los procesos de reversión es la subrogación del personal, derivada de lo establecido tanto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público como en numerosa jurisprudencia sobre los criterios a tener en cuenta respecto de esta subrogación. Así, en concreto, en el artículo 130.3 de la citada norma se señala que *“en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”*.

335

Además, al respecto se puede referenciar la Resolución de 6 de mayo de 2021, de la Subdirección General de Relaciones Laborales, de la Dirección General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral, por la que se dispone el registro y publicación del Acuerdo sobre materias concretas para la mejora de la economía y el empleo de la Comunitat Valenciana (DOGV núm. 9089 de 21.05.2021), que determina en su Título II las cláusulas y supuestos de subrogación en el sector público.

Por tanto, para la realización de valoraciones previas para ejecutar el proceso de subrogación, la entidad adjudicataria deberá facilitar información de su personal a la administración lo que tendrá la consideración de tratamiento de datos desde la perspectiva de la normativa de protección de datos. En este sentido, y conforme a lo establecido en los apartados b), c) y e) del artículo 6 del RGPD y a la normativa de aplicación indicada, en el

supuesto de resultar obligatoria la subrogación del personal por efectuarse la reversión del servicio público, así como de las instalaciones, equipamientos, inversiones y demás elementos vinculados con el servicio público, se produciría una novación subjetiva en la relación contractual a la que están sujetos las personas trabajadoras afectadas, por cuanto variaría el empleador, pasando a ser la Generalitat. Y para hacer efectiva esta subrogación, que comportaría una serie de derechos y obligaciones recíprocas entre las personas trabajadoras (obligación de prestar el servicio y de percibir la retribución pactada) y el nuevo empleador (derecho de recibir la prestación, poder de dirección, poder disciplinario, obligación de abonar las retribuciones y prestaciones sociales, etc.), es necesario que la Generalitat disponga de todos aquellos datos necesarios precisos de las personas trabajadoras, incluidos los datos identificativos, para la asunción por parte de la administración de las obligaciones relacionadas con los derechos y deberes propios de la relación laboral y de seguridad social que le correspondan con motivo de la reversión.

Dentro de las bases de legitimación, en los supuestos que entre los datos solicitados se encontraran datos relativos a la salud u otros datos de categorías especiales, resulta necesario analizar si concurren circunstancias excepcionales contempladas en el apartado 2 del artículo 9 del RGPD que evitan la prohibición general de tratar datos de categorías especiales, como los datos de salud, prevista, en el apartado primero de ese mismo artículo. Entre las circunstancias establecidas en el citado artículo se pueden destacar los siguientes:

- b) *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”.*
- g) *“el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido,*

respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado”.

Por tanto, se considerará legítimo el tratamiento de datos personales de categorías especiales en tanto en cuanto sea necesario para el desarrollo de las competencias establecidas en las normas citadas en los párrafos anteriores.

Establecida la licitud del tratamiento y el título competencial, es necesario ajustar éste al resto de los principios regulados en el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679 teniendo especial relevancia el principio de minimización de datos, debiendo la conselleria responsable de los tratamientos aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas con miras a garantizar que, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para los fines específicos del tratamiento (el artículo 25.2 del RGPD). Así, esta obligación se aplicará a la cantidad de datos personales recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su plazo de conservación y a su accesibilidad.

337

En concreto, en este sentido:

- Los datos personales serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados.
- La documentación comunicada será proporcional a las necesidades de gestión del personal.
- Los datos serán exactos y, si fuera necesario, actualizados.
- Los datos se conservarán durante el tiempo necesario para cumplir con la finalidad para la que se recabaron y para determinar las posibles responsabilidades que se pudieran derivar de dicha finalidad y del tratamiento de los datos y de conformidad con normativa de archivos y documentación.

De todo lo anterior, se considera que la normativa de protección de datos no supone un impedimento a comunicar datos personales, incluidos datos identificativos, de las personas trabajadoras de las concesionarias con la finalidad de determinar los derechos y obligaciones que ha de asumir la

administración con respecto a éstas con motivo del proceso de reversión, siempre y cuando esté obligada a ello y los datos que se soliciten sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con la citada finalidad.

6. 4. Incidencias e incumplimientos por los adjudicatarios

De acuerdo con lo anterior, y con independencia de que la entidad adjudicataria actúe como responsable del tratamiento o como encargado del tratamiento, debe considerarse que es la Conselleria la responsable última de la asistencia sanitaria a la población y de los tratamientos de información que a tal fin se realizan, competencias derivadas tanto de la Constitución Española como del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana.

En este sentido, se debe tener en cuenta que la normativa sobre protección de datos personales tiene por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales. Es, por tanto, un derecho fundamental de las personas afectadas. Desde esta perspectiva, las consecuencias de un tratamiento inadecuado, inexacto o desactualizado de sus datos personales, podría afectar negativamente a los derechos y libertades de los y las usuarias de los servicios públicos, pudiendo tener consecuencias especialmente graves cuando estas personas usuarias lo fueren del servicio público sanitario afectando a derechos como la vida, la salud o la integridad física de éstas, reconocidos todos ellos en la Constitución Española.

Por tanto, aquellos requerimientos de información por parte de la administración pública a las entidades adjudicatarias, a través del contrato, pliegos y normas de reversión, deben estar destinados a la correcta prestación del servicio público, con independencia de que el adjudicatario tenga la consideración de responsable o encargado. En ningún caso parece justificable que una desavenencia en cuanto al proceso de reversión pueda suponer la negativa a colaborar en el traspaso de información de un sistema a otro o en la demora del mismo, más teniendo en cuenta las obligaciones

que suelen adquirir las entidades adjudicatarias a través de los pliegos de contratación.

Por otra parte, en el caso de que el adjudicatario tuviere la condición de encargado del tratamiento, debe considerarse que la normativa de protección de datos impone:

- Al responsable la obligación de vigilar que el encargado cumple su cometido de acuerdo con las condiciones fijadas y con la normativa aplicable, particularmente la que se refiere a la protección de datos personales y a la seguridad de la información (RGPD, LOPDGDD, ENS) y
 - al encargado, por su parte, determinadas obligaciones de colaborar con el responsable:
 - o Tratar los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable.
 - o Tomar todas las medidas necesarias de conformidad con el artículo 32 del RGPD.
 - o Ayudar al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32 a 36 del RGPD.
 - o A elección del responsable, suprimir o devolver todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento.

339

Por tanto, la falta de colaboración en los procesos de reversión podría suponer diversas infracciones en materia de protección de datos. A modo de ejemplo pueden citarse las siguientes:

- Infracciones de los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9 del artículo 83.5 b) del RGPD, en relación con el artículo 72.1 a) de la LOPDGDD por vulneración de los principios de:

- o Exactitud de los datos (art. 5.1 d) RGPD): “*Los datos personales serán exactos y, si fuera necesario, actualizados*”.

- o Integridad y confidencialidad: *“Los datos personales serán tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas”*.

- Infracción de las obligaciones del responsable y del encargado a tenor de los artículos 8, 11, 25 a 39, 42 y 43 regulada en el artículo 83.4 a) del RGPD:

- o En relación con el artículo 73 d) de la LOPDGDD y el artículo 25 del RGPD: La falta de adopción de aquellas medidas técnicas y organizativas que resulten apropiadas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos desde el diseño, así como la no integración de las garantías necesarias en el tratamiento, en los términos exigidos por el artículo 25 del Reglamento (UE) 2016/679 (por cuanto se impide al responsable acceder a los datos personales (accesibilidad), en relación a lo dispuesto en los pliegos en cuanto a integración de sistemas).
- o En relación con el artículo 73 f) de la LOPDGDD y el artículo 32 del RGPD: La falta de adopción de aquellas medidas técnicas y organizativas que resulten apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo del tratamiento, en los términos exigidos por el artículo 32.1 del Reglamento (UE) 2016/679.
- o En el caso de que la entidad adjudicataria tenga la condición de encargado del tratamiento, en relación con el artículo 74 k) de la LOPDGDD y los artículos 28.3 f) del RGPD y 33.5 de la LOPDGDD: El incumplimiento por el encargado de las estipulaciones impuestas en el contrato o acto jurídico que regula el tratamiento o las instrucciones del responsable del tratamiento, salvo que esté legalmente obligado a ello conforme al Reglamento (UE) 2016/679 y a la presente ley orgánica o en los supuestos en que fuese necesario para evitar la infracción de la legislación en materia de protección de datos y se hubiese advertido de ello al responsable o al encargado del tratamiento.

7. EL PROCEDIMIENTO DE REVERSIÓN.

Con este capítulo pretendemos reflejar qué pasos son los que deberían darse para llevar a cabo exitosamente el proceso de reversión. Es importante tener en cuenta, por una parte, la escasa regulación existente al respecto, y por otra, la necesidad de que ese proceso sea adecuado para evitar que la continuidad y la calidad del servicio prestado se vean afectadas.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la reversión es **consecuencia de la extinción del contrato**, y siendo éste un contrato administrativo debe formalizarse dicha extinción. Así, serán de aplicación las disposiciones que con carácter general regulan la extinción de los contratos administrativos, previstas en los art. 209 y ss. LCSP. Según estos artículos:

- El contrato se extingue por su cumplimiento, pero su constatación exigirá por parte de la Administración, un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el PCAP por razón de sus características.

- A la intervención de la Administración le será comunicado, cuando sea preceptivo, la fecha y lugar del acto de recepción/conformidad, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión.

- En los contratos se fijará un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción/conformidad, transcurrido el cuál, sin objeciones por parte de la Administración, salvo los supuestos en que se establezca otro plazo, quedará extinguida la responsabilidad del contratista.

- Dentro del plazo de 30 días a contar desde la fecha del acta de recepción/conformidad deberá acordarse y notificarse al contratista la liquidación correspondiente al contrato, y abonársele en su caso el saldo resultante. Si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro, conforme a la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad.

Por lo que hace a la regulación de la reversión, el **art. 291 LCSP** se limita a señalar:

- En su párrafo primero que, finalizado el plazo del contrato (sea de concesión o de servicios ex art. 312), *“el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados”*. Como vimos en el capítulo 4.2.2, la reversión puede implicar la cesión no sólo del servicio sino de toda la organización de bienes y servicios que hacen posible su funcionamiento, y que puede comprender los bienes muebles e inmuebles, derechos, contratos, pero también la relación con los usuarios y con los trabajadores.

- En su párrafo segundo, que *“Durante un periodo prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas”*. La norma remite, por tanto, por un lado, a la necesidad de que el órgano competente de la Administración adopte con antelación a la fecha de extinción-reversión, las normas (normas para la reversión) por las que deberá regirse la entrega de los bienes y demás elementos de la organización a traspasar (incluidos los trabajadores, en su caso), y por otra, al momento en que debe tener lugar la elaboración de dichas normas, que será el previsto en los pliegos del contrato.

Por otra, el **art. 130 LCSP** al referirse al contenido de los pliegos (PCAP y PPT) señala en su apartado 3º que *“En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”*.

En estos casos será de aplicación el **art. 44 del Estatuto** de los Trabajadores según el cual: el cambio de titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, no extinguirá por sí mismo la

relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente . Salvo pacto en contrario, entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que, en el momento de la transmisión, fuera de aplicación en la empresa, y hasta la fecha de expiración del convenio colectivo o entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo, que resulte aplicable.

En los casos de sucesión de empresa, el cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad (o directamente a éstos de no contar con los representantes), de los siguientes extremos:

- a) Fecha prevista de la transmisión.
- b) Motivos de la transmisión.
- c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión.
- d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

A tales efectos, el cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho periodo de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en

traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del periodo de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4.

Pero la reversión de un servicio público a la Administración pública no es un mero traspaso de empresa, centro de trabajo o unidad productiva (organización socio económica) tiene la particularidad de que dicha organización pasa de una entidad privada, regida por el derecho privado a una entidad pública regida por el derecho administrativo y cuyos trabajadores tienen un estatuto particular diferente, son empleados públicos.

Por ello, el primer reto fue resolver la cuestión laboral. A tal efecto, como vimos (capítulo 5.1.7 A), se aprobó en la Ley de Presupuestos Generales del Estado 3/2017, dos disposiciones adicionales, n.º 26.1 y 34.2, con el fin de evitar la incorporación como empleados públicos del personal laboral de empresas cuyo contrato de concesión o prestación de servicios públicos se extinguiera, pero dichas normas fueron declaradas inconstitucionales y nulas, por no ser procedente su incorporación a una ley de presupuestos.

344

La Comunitat Valenciana por su parte, aprobó en la Ley 21/2017 de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera y de Organización de la Generalitat, dos disposiciones adicionales con el fin de regular la adaptación de la condición del personal subrogado de la empresa concesionaria a la Administración pública (capítulo 5.1.7. B).

La disposición adicional 8ª relativa al caso de reversión del contrato de gestión del Departamento de salud de La Ribera, y la disposición adicional 9ª relativa a la reversión de los contratos de gestión integral de centros de titularidad pública en el ámbito de la diversidad funcional. Las principales normas que contienen son:

- Reconocen que la Generalitat, a través del organismo correspondiente sucederá a la empresa contratista y se subrogará en la condición de empleador respecto de sus trabajadores.
- Describen la condición en que el trabajador se integrará en la Administración: como personal a extinguir. Además, en el caso del

personal de los Departamentos de salud, había que distinguir entre quienes ya eran personal estatutario antes de pasar a la concesionaria y quienes establecieron una relación laboral con la concesionaria, con el fin de dar a los primeros la opción de poder volver a su condición de personal estatutario.

Las anteriores normas se vieron acompañadas por otras que reforzaban este régimen como la Ley 8/2018, de modificación de la ley 10/2014 de Salud de la Comunitat Valenciana (art. 7.4), vista anteriormente (capítulo 5.1.7.B), y la Ley 3/2019, de Servicios Sociales. En ambos casos, el personal afectado continuará en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tuviera previamente a la subrogación y hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

A partir de esta escasa regulación²²⁶, y basándonos en la **experiencia** acumulada por la Administración de la Generalitat, durante este periodo, en materia de reversión, puede decirse que los procesos seguidos para llevar a cabo la reversión han cumplido con las siguientes fases:

345

1º La **decisión de revertir** el servicio público externalizado corresponde normalmente al órgano de contratación, y debe preverse con mucha antelación. La toma de esta decisión deberá tener en cuenta entre otros factores, el coste que va a suponer para la Administración y su compatibilidad con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera del art. 7.3 LO 2/2012²²⁷. La decisión debería

²²⁶ Precisamente, la principal dificultad que según CCOO ofrece el proceso de reversión, es “*la inexistencia de normativa clara en la que encajar los procesos de reversión que debería establecerse en el Estatuto básico del empleado público de forma que encaje la normativa laboral general con la propia del personal laboral en las administraciones públicas y su sector público instrumental*”; tal y como manifestaron en su exposición ante el grupo de trabajo de la Comisión para el Estudio y Debate de la Reversión de los Servicios Públicos, el 20 de junio de 2022.

²²⁷ Como ya expusimos al final del capítulo 4.3, la representante de la Confederación Empresarial Valenciana considera que, la valoración que debe hacerse previamente a la toma de la decisión debería pasar por “*un estudio económico riguroso sobre: 1) La incidencia que la decisión de revertir un servicio público tiene sobre los ingresos y los*

acompañarse de una motivación suficiente que justifique porqué será mejor para el interés público la prestación del servicio directamente por parte de la Administración. Una vez adoptada la decisión y antes de que sea formalizada, se sugiere por parte de la organización sindical CCOO la creación de una comisión para cada reversión, en la que participen las partes implicadas, incluyendo las direcciones generales de presupuesto, trabajo, sector público y patrimonio, la abogacía, la intervención y las organizaciones sindicales con representación en la administración o entidad receptora, con el fin de facilitar el proceso de reversión y llevar a cabo su seguimiento²²⁸.

2º También deberá decidirse si la gestión será asumida por la consellería o por una entidad del sector público institucional, o si será más conveniente la creación de otra entidad en el sector público, de régimen público o privado²²⁹.

3º Habrá que tener en cuenta el contenido de los Pliegos de la contratación, pues en los mismos debe estar prevista la reversión²³⁰. Así, por ejemplo, el

gastos públicos; 2) la razonabilidad económica de la decisión que se propone; 3) y su repercusión en las exigencias derivadas de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, lo que exige comprobar que la decisión a adoptar no va a suponer una modificación de la <situación de equilibrio o superávit estructural> y que se mantiene la <capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial>”.

²²⁸ A tales efectos, la comisión debería establecer, las diferentes actuaciones a realizar por cada parte afectada y el cronograma, de forma que se den plenas garantías de respeto a los derechos laborales y la normativa de aplicación, tanto para el personal de la empresa que gestione el servicio y es subrogrado, como para el personal de la entidad pública receptora. Estas comisiones podrían desarrollar su actividad en comisiones técnicas. Una de esas, en su opinión, debería trabajar sobre la subrogación del personal, de forma que se asegure un marco donde relacionar a las organizaciones sindicales con representación del personal de los servicios a revertir, con las organizaciones sindicales con representación en la empresa o entidad receptora de la reversión, teniendo en cuenta para su composición la representatividad de cada una.

²²⁹ Para la representante de CCOO la fórmula de la sociedad mercantil sólo debería ser válida para la reversión de los servicios con ingresos, por su actividad económica en el mercado, pero no para el caso de los servicios esenciales, como sanidad y servicios sociales, donde la fórmula de reversión debería ser la gestión directa sin entidades intermediarias.

²³⁰ Como ya indicamos al tratar la importancia de la regulación de los contratos de externalización de los servicios públicos (capítulo 2.1.2), en el momento de redactar la documentación del contrato debe tenerse prevista su posterior reversión y transmisión tanto del servicio como de la organización (bienes, derechos y contratos).

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de la gestión del servicio público de asistencia sanitaria de Manises establece, bajo el título de “Reversión de la concesión”²³¹:

- Que finalizado el plazo revertirá el servicio a la Administración, así como la propiedad libre de cargas del nuevo hospital y resto de centros y todo su equipamiento, así como todas las inversiones realizadas de acuerdo con el programa aprobado por la Administración. El adjudicatario entregará el edificio, instalaciones y equipamiento a que este contrato le obliga, en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

- Un año antes de la finalización del contrato, la Administración dispondrá las normas encaminadas a la recepción del hospital, centros y equipamiento sanitario y del personal que corresponda y verificará el estado de cada una de las instalaciones, edificios y equipamiento, para exigir su reparación o reposición en su caso.

- El plazo de garantía será de un año, contado desde la fecha en que se formalice el acta de reversión.

- Respecto a la gestión del servicio público, deberá producirse la reversión en condiciones normales de prestación, es decir, con el nivel de calidad en la prestación y con las demoras máximas establecidas para el sistema sanitario público, y establece a continuación las consecuencias de incumplir con estos parámetros.

4º En el plazo marcado por el PCAP y, en todo caso, en un periodo prudencial anterior (art. 291.2 LCSP), deberán tenerse preparadas las normas para la reversión. Estas normas, pueden formalizarse en un Decreto siempre que su contenido pueda modificarse por convenio colectivo, y recurrirse ante la Jurisdicción de lo Social (STSJCV 1087/2022); y deben permitir conocer con antelación y detalle la organización y funcionamiento de los servicios, así como la dotación y estado actual de los diferentes recursos en los que se sustenta, para lo cual deberá contar la Administración con la colaboración de la entidad concesionaria, que deberá facilitarle cuanta información se le

²³¹ Recogemos el ejemplo de la regulación de la reversión en los pliegos del contrato de concesión del Departamento de Salud de Manises, por su concisión, aunque precisamente su excesiva concisión es una de las principales críticas que puede hacerse al Pliego.

requiera para dicho fin, así como, participar en los grupos de trabajo que pudieran constituirse.

Las normas suelen estructurarse conforme a las tareas que prevé: Solicitudes de información a la entidad concesionaria (datos sobre personal, contratos con proveedores, cartera de servicios, información sobre inmuebles y equipamiento, sistemas de información y telecomunicaciones, etc.), con los plazos, procedimiento y formato que se detalla en la propia resolución; Verificación y comprobación de la información facilitada, como se detalla; Creación de posibles comisiones de trabajo bilaterales entre la Administración y la concesionaria, en función de las necesidades que puedan surgir para clarificar aspectos concretos; Refuerzo de la unidad del comisionado; Intervención en las tomas de decisiones que se puedan adoptar a lo largo del año que reste hasta la terminación del contrato y que vengan a modificar la situación que se haya presentado en los informes requeridos, tales como nombramientos, modificación del equipo directivo, cambios en la composición de las comisiones o comités clínicos; adquisiciones o transmisiones de bienes muebles, inmuebles o activos inmateriales; cambio retributivos del personal de carácter general o específicos para el personal directivo; modificaciones en las políticas de personal; despidos; nuevas contrataciones; modificación de la estructura de los servicios; así como cualesquiera otras que afecten o puedan afectar a la prestación del servicio más allá de la fecha de reversión.

5º Con el mismo plazo de antelación debería notificarse a la empresa contratista mediante resolución del órgano competente, la finalización del contrato, acompañada de las normas de reversión.

6º A partir de ese momento, se deben ejecutar las normas de reversión, y deben llevarse a cabo las reuniones que sean necesarias con la Empresa.

7º También deberán realizarse reuniones con los trabajadores y con sus representantes sindicales, para informarles de la reversión y de los efectos de ésta sobre los trabajadores y sus derechos²³².

²³² Habrá que tener en cuenta, como dice la representación de CCOO que, si se ha optado por la creación de una nueva empresa o entidad, se debería negociar un acuerdo marco con el visto bueno de presupuestos y el sector público para su aplicación al personal que pueda ser objeto de nuevas contrataciones en tanto sea negociado un convenio con la representación legal en la nueva empresa. Ese acuerdo debería contener al menos las

8º Con la suficiente antelación deberá concretarse el personal a subrogar, con indicación de todas las circunstancias relativas al mismo y las necesidades de personal para seguir prestando el servicio en debidas condiciones.

9º Deberá seguirse el procedimiento de creación de puestos legalmente establecido, con reuniones previas con la Conselleria de Hacienda y la Dirección General competente para la gestión de personal de cada Sector o ente del sector público instrumental, para analizar el incremento de masa salarial que supone la subrogación del personal.

10º Se solicitarán informes favorables a la Dirección General del Sector Público, Modelo Económico y Patrimonio, así como a la Dirección General de Presupuestos, para poder crear la relación de puestos de trabajo, y poder disponer de la masa salarial necesaria para subrogar al personal.

11º Se acordarán los fondos necesarios a través de los presupuestos de la Generalitat. En caso de no establecerse a través de los presupuestos, será necesaria una modificación presupuestaria, mediante acuerdo del Consell, para poder dar cobertura al incremento de gasto que suponga la gestión directa.

349

Antes de la fecha de finalización del contrato, se aprobará por el Consell el Decreto de subrogación de personal y, posteriormente, el listado del personal subrogado.

12º Llegada la fecha de la Reversión, o con anterioridad, pero con efectos de dicha fecha:

- Se comunicará a la Tesorería de la Seguridad Social la subrogación de los trabajadores y el cambio en el número de cuentas de cotización, y

siguientes cuestiones: 1) El marco general de aplicación de derechos laborales respetando los derechos adquiridos del personal en sus convenios de aplicación, sin merma de ningún derecho y consolidándose como condiciones más beneficiosas; 2) La aplicación de las posibles mejoras del acuerdo marco al personal que pueda ser subrogado con convenios colectivos con condiciones inferiores; 3) Las retribuciones y jornada máxima anual de aplicación a este personal que como mínimo deben ser las establecidas para el personal de la Generalitat Valenciana del mismo sector con el mismo nivel de formación, cualificación y responsabilidad; 4) El sistema de acceso temporal a través de bolsas de trabajo que tengan en cuenta la valoración del trabajo realizado; 5) Establecer la posible movilidad y/o promoción del personal subrogado en el ámbito territorial objeto de la subrogación.

- Se procederá a la adscripción de los edificios a la entidad pública responsable de la gestión del servicio o a la administración competente, a través de informe favorable de la subsecretaría receptora.

- Se establecerán los procedimientos de transmisión de datos, su recepción y responsables.

- A través de la Dirección General de Patrimonio se certificará la entrega de obras e instalaciones y se revisará su estado, dentro del plazo de garantía.

- Se deberá estudiar y presupuestar las posibles mejoras, reparaciones y compras urgentes necesarias para una calidad de servicio óptima.

13º Con posterioridad a la reversión, la representante de la confederación empresarial valenciana (CEV) considera importante realizar un seguimiento y evaluación desde un punto de vista de eficiencia y eficacia de la prestación del servicio, comparando en estos términos la gestión llevada a cabo por el contratista y la llevada a cabo por la Administración. En este sentido, deberían compararse en su opinión, al menos los siguientes aspectos, con el fin de tenerse en cuenta ante futuras reversiones:

- Aspectos de calidad (análisis de cómo se prestaba y cómo se presta el servicio tras la reversión desde el punto de vista de la calidad. En el caso de servicios sanitarios, por ejemplo, listas de espera, satisfacción de los usuarios.
- Aspectos económicos (gastos antes de la reversión y con posterioridad).
- Aspectos relativos al personal (satisfacción del personal durante la externalización y respecto de la forma en que se ha producido la integración, etc.).

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La Unión Europea y los Estados miembros deben velar por los servicios públicos, porque contribuyen a la **cohesión social y territorial** (art. 14 TFUE)
2. Los **Estados miembros son libres** para definir qué consideran servicios de interés general (SIG), servicios económicos de interés general (SIEG) o servicios sociales de interés general (SSIG) y tienen una amplia **discrecionalidad para organizar, regular y financiar** los mismos (Protocolo n.º 26)
3. Los **servicios públicos**, en la medida en que son servicios de interés general, **son responsabilidad de la Administración** y, por tanto, sean o no de su titularidad y se presten por ella o por terceros, debe garantizar siempre su prestación continua y estable, en favor de todos los ciudadanos, a precios asequibles y con calidades mínimas preestablecidas.
4. La **externalización** de un servicio público debe **planificarse** tras un detallado análisis del mercado, debe **justificarse** y debe **regularse** debidamente para garantizar que el servicio se va a prestar en las condiciones de calidad determinadas.
5. Cuando se externaliza un servicio público, la Administración debe adoptar un rol proactivo, **exigir eficiencia y eficacia**, y hacer **uso de sus prerrogativas**, controlando y evaluando constantemente el coste y calidad del servicio prestado.
6. En todo proceso de externalización de servicios públicos debe contarse con la **opinión de los ciudadanos**, tanto en cuanto a sus necesidades a satisfacer como en cuanto a su **control y valoración del servicio** prestado, al menos en la misma medida que cuando el servicio lo presta la Administración.
7. Desaparecido de la LCSP el contrato de gestión de servicios públicos, las **modalidades de contrato** que hoy mejor se adaptan a esa gestión son el contrato de **concesión** y el contrato de **servicios ex art. 312**, de forma exclusiva o mixta. La diferencia principal entre ambos consiste en que el

primero presta el servicio a cambio de los ingresos que obtenga por la explotación del servicio (de manera exclusiva o prioritaria), asumiendo por tanto el **riesgo operacional**, mientras que el segundo recibe una compensación por su servicio con independencia del uso que se haga del mismo.

8. La gestión indirecta de los **servicios públicos de carácter social** (sanidad, educación, servicios sociales) puede llevarse a cabo al margen de la ley de contratos del sector público, siempre que se respeten los principios de transparencia y no discriminación, a través de la **acción concertada**, aunque la ley requiere por lo general que se priorice la gestión directa y de no ser posible, se concierte con entidades sin ánimo de lucro o de iniciativa social.

9. La **reversión** es el efecto derivado de la extinción de los contratos de gestión de servicios públicos (actualmente contratos de concesión y de servicios ex art. 312). A diferencia de la amplia normativa que regula los procesos de externalización; la previsión y regulación de la reversión es mínima. Se hace preciso un marco normativo estatal y autonómico que regule el procedimiento a seguir en caso de reversión, y como solucionar la incorporación del personal laboral de la empresa contratista (subrogado) en la Administración pública y su sector institucional.

352

10. Con la extinción del contrato, el servicio revierte a la Administración, pero en ocasiones también revertirá la organización. En estos casos, la **LCSP** sólo se refiere a la entrega de obras e instalaciones, pero deberá entregar todos los elementos necesarios (bienes, derechos, contratos, relaciones laborales, etc.), que hacen posible el funcionamiento adecuado del servicio. Para hacer posible la entrega es fundamental disponer de la información necesaria y de la colaboración del contratista transmitente.

11. La **reversión tiene ciertos límites y condiciones**. El concierto educativo, aunque se acuerde por un plazo determinado, deberá renovarse indefinidamente mientras el centro concertado siga cumplimiento los requisitos que determinaron su aprobación, no incurra en causa de no renovación y exista consignación presupuestaria (Real Decreto 2377/1985, art. 43). Así mismo, el rescate del servicio público sólo será posible por razones de interés público y tras acreditar que la gestión directa es más eficaz y eficiente. Por último, no debe olvidarse que la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera obliga a la

Administración a valorar antes de tomar la decisión de revertir, las repercusiones y efectos que ésta tendrá en sus gastos e ingresos presentes y futuros, y a supeditarse al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 7.3).

12. Desde un primer momento el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana (STSJCV 1925/2000) dejó claro que era **lícito externalizar** el servicio público de salud mediante el contrato de concesión, fundamentando su fallo en la Ley 15/1997, de Habilitación de nuevas formas de gestión del Servicio Nacional de Salud.

13. La **experiencia de la Generalitat** Valenciana en la reversión de los servicios públicos se ha limitado de momento a los casos que se analizan en el Informe. En todos ellos la reversión se plantea a la extinción del contrato por finalización de su vigencia.

14. Los contratos administrativos utilizados para la externalización de los servicios públicos son los previstos en anteriores leyes de contratos de las Administraciones, y los modelos son diversos. Desde el contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión (Departamentos de Salud, Servicio de ITV y Albergue de Biar); en su modalidad de concierto (Resonancias magnéticas) y como contrato de servicios (Servicio de Farmacia de centros socio sanitarios y Centro Específico para Personas con Enfermedad Mental de Albocàsser).

15. La primera experiencia de externalización de la asistencia sanitaria del **Área de Salud de Alzira**, tuvo lugar en **1997** y concluyó en 2002 por mutuo acuerdo, al no resultar rentable el contrato para la concesionaria. Pese a ello, se acuerda indemnizar a ésta por el “lucro cesante”. Este proceso ya puso de manifiesto diversas irregularidades (**Informe del Sindic de Comptes de 2003**), desde la valoración contradictoria y no justificada de la inversión a reembolsar por la Administración; el propio hecho de indemnizar por lucro cesante, dada la extinción por mutuo acuerdo, y la no previsión de tal indemnización; o la forma de determinar ésta, que no se hizo atendiendo a los resultados de explotación de los últimos cinco años, como establece la Ley. Resultados que, siendo negativos, no justificaban la indemnización por lucro cesante que se abonó (26.392.318 euros). En definitiva, se procedió, al menos, de forma irregular y en claro perjuicio para la Administración de la Generalitat Valenciana.

16. En el caso de los **Departamentos de Salud** de la Comunitat Valenciana concretamente fue un contrato mixto: el contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, y el contrato de obras. Con una duración de 15 años prorrogables por 5 más, a partir de la finalización de las obras. En todos los contratos se acusó falta de concurrencia en el proceso de selección (sólo se presentaba una oferta y en todas las ofertas tenía un papel relevante la empresa Ribera Salud, SA), y una deficiente e insuficiente regulación de los pliegos y contratos, que dificultó la interpretación y ejecución de estos.

17. La ejecución de los contratos de concesión se caracterizó por una gran inseguridad jurídica resultado de la deficiente regulación de los contratos y de la dejación de funciones del órgano de contratación, y que fueron asumidas en parte por la Comisión Mixta de Seguimiento. Todo ello generó dificultades para interpretar el contrato y aplicar sus cláusulas, en temas tan esenciales como la definición del objeto del contrato, el precio de los servicios o el alcance y momento de pago. En definitiva, se tuvo que recurrir a dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo, informes de la Abogacía y sentencias de los diversos órdenes jurisdiccionales, para interpretar y aplicar los contratos. Los conflictos no han concluido, y los costes para la Administración se han disparado por no haber diseñado debidamente los procesos de externalización y haber desatendido sus obligaciones de supervisión y control.

354

18. Desde la perspectiva del **régimen económico financiero** de los contratos cabe destacar que las concesionarias tenían asegurado el reembolso por parte de la Administración de las inversiones realizadas, lo que es propio de un contrato de obra. Pero, además, por la gestión del servicio recibían de la Administración una prima por persona integrante en la población protegida, esto es, personas que tenían asignado médico de Atención Primaria dentro del ámbito territorial de la concesión según el S.I.P. La población protegida comprendía además de las personas empadronadas en la zona, aquellas otras que declararan una estancia en la zona superior a un mes y con independencia de su lugar de residencia. La prima por la población protegida se recibía con independencia de que hicieran uso de los servicios sanitarios, lo que no es propio del contrato de concesión por **falta de riesgo operacional** para el contratista.

19. Muchas de las decisiones adoptadas durante la vigencia de estos contratos, como hemos podido ver han sido de dudosa legalidad y en buena medida, perjudiciales para la Generalitat Valenciana, puesto que le han reportado sobrecostos (pagos indebidos; intereses de demora y otros gastos financieros) que deberían haberse evitado.

20. Pese a ello, las entidades contratistas demandaron a la Administración solicitando una compensación económica para el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato, ante los perjuicios que les supuso algunas decisiones de la Administración. El TSJCV desestimó tal pretensión, bien por tratarse de medidas adoptadas por la Administración del Estado o por ser factores que forman parte del riesgo y ventura que debe asumir el contratista. De especial interés fue el estudio realizado por INECO (UPV) cuyas conclusiones acoge el Tribunal y que pone de manifiesto que los ingresos percibidos y los gastos del servicio externalizado se han mantenido estables en el tiempo, pero que es imposible conocer si ha sido rentable por los cambios de criterios contables y la imposibilidad de obtener la información necesaria para realizar un adecuado análisis (plan económico-financiero).

21. El **Informe de Intervención General** sobre el control financiero específico de las concesiones (2017) también lamenta la imposibilidad de conocer la información necesaria para su valoración, dando a entender la inexistencia de planes de inversión o actas de dimensión de las inversiones, o falta de colaboración al no facilitar la documentación. Ello no obstante y a la vista de la documentación disponible critica la redacción ambigua y contradictoria de las cláusulas del contrato; la falta de estudios económicos previos o proyectos de explotación del servicio público que se externaliza, que justifiquen el precio del contrato y la forma de actualizarlo; la dejación de funciones del órgano de contratación o el incumplimiento de los plazos de aprobación de las liquidaciones del contrato, entre otras.

22. La **auditoría operativa** de la concesión de la asistencia sanitaria integral en el **Departamento de Salud de Torrevieja** realizada por la Sindicatura de Cuentas de la Generalitat (2018) daba fe según la prensa del momento, de los buenos resultados obtenidos por el Hospital de Torrevieja, al suponer un **ahorro de 45 millones de euros al año** a la Administración valenciana, lo que confirmaba –añadía– la solidez y eficacia del modelo de gestión público-privado. Sin embargo, como pudimos ver, la auditoría es realmente muy

crítica con la gestión, pues afirma que se ahorra en el gasto público, sobre todo en gasto de personal, pese a no estar aprobadas las liquidaciones ni haberse realizado ninguna de las auditorías previstas; a su vez, reconoce que la Administración ha tendido que abonar un sobrecoste de 108 millones de euros superior al precio convenido y un resarcimiento de 45,9 millones de euros por conceptos no previstos en el contrato. Por otra parte, señala que no existe un control de la calidad de los servicios, ni de las inversiones realizadas, y advierte a la concesionaria de que adopte medidas para garantizar un nivel asistencial óptimo en atención primaria ya que el número de asignación de tarjetas sanitarias por médico quedaba por encima del cupo recomendado por las sociedades científicas; lo que pone de manifestó que la gestión no ha sido tan eficiente o al menos no para la Administración de la Generalitat.

23. Como consecuencia de la notificación de la no prórroga del contrato a su finalización, la parte contratista recurrió primero ante el TSJCV y posteriormente ante el Tribunal Supremo. La cuestión principal era dilucidar si cuando la Administración decide no prorrogar un contrato de prestación de servicios públicos, asumiendo la gestión directa del mismo debe **valorar sus repercusiones y efectos económicos en virtud del art. 7.3 LOEPSF 2/2012**. El TS en su sentencia 2751/2021 concluye que el acto administrativo por el que se acuerda no prorrogar un contrato, cuando la Administración asuma la gestión directa, exige de conformidad con el citado art. 7.3 “*la valoración de sus repercusiones y efectos, atendida la naturaleza y alcance del acto y las circunstancias concurrentes*”, no siendo relevante la forma en que se manifieste dicha valoración (informe, estudio, motivación de la decisión, etc.).

356

24. La reversión puede implicar la **sucesión de empresa** y que la Administración se subroge en la condición de empleador que tenía la empresa contratista. En estos casos, habrá que estar a lo previsto en el **art. 44 del Estatuto de los Trabajadores**, incluso cuando los trabajadores de la contratista se integren en el seno de la Administración pública sin adquirir previamente la condición de empleados públicos, como exige la normativa administrativa, dada la falta de regulación específica del supuesto en la legislación estatal sobre empleo público.

25. El TSJCV en su sentencia 1087/2022 considera que la figura de “**personal laboral a extinguir**” elegida para dar respuesta a la integración

del personal en la Administración sin necesidad de adquirir previamente la condición de empleado público, es legítima y tiene precedentes en nuestro ordenamiento. También aclara que la relación de este personal puede ser temporal o definitiva, y que, en todo caso, queda sometida a la Ley de incompatibilidades, aplicable a toda persona al servicio de la Administración, lo que no le impide poder optar por una dedicación no exclusiva.

26. La figura del “personal laboral a extinguir”, se ha definido como “**empleado del sector público**” a diferencia del “empleado público” y sus características se han sido concretando a partir de la exégesis que de las pocas normas aplicables ha realizado la Abogacía de la Generalitat y los jueces y magistrados que han debido resolver la conflictividad generada. Fruto de esta labor puede señalarse como características de este tipo de relación laboral: que no es posible su novación, porque la **DA 8ª** dispone que seguirá en su puesto desempeñando su tarea con idéntica condición hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales. Por lo tanto, no es posible su jubilación parcial, no puede ascender de categoría, ni puede convertir su contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo, entre otras. A pesar de la labor de exégesis realizada hasta el momento, todavía quedan cuestiones pendientes de resolución.

357

27. La incorporación del personal laboral a extinguir, junto con el personal estatutario y el personal laboral en los mismos centros de trabajo, comporta serias dificultades para la gestión ordinaria de los asuntos de personal y la delimitación de los derechos y obligaciones que corresponde a cada uno, por lo que se hace necesario atender a este problema encontrando una solución que busque homogeneizar las condiciones de trabajo de los que, teniendo la misma cualificación, realizan las mismas tareas y funciones.

28. En este punto, CCOO destaca la importancia de constituir un marco de negociación en cada consellería o entidad receptora en el que esté representado el conjunto del personal subrogado. Así mismo, en aras de reducir las dificultades que genera para la gestión la coexistencia de diferentes condiciones de trabajo en un mismo centro o servicio, es importante la negociación de un Acuerdo Marco o convenio colectivo que regule las condiciones del conjunto y que tienda a la equiparación de las condiciones laborales (jornada, salarios, permisos, vacaciones, plan de igualdad, etc.) con los empleados y empleadas públicas de cada una de las

consellerias o entidades del sector público instrumental, donde se integre el servicio revertido. Por último, considera necesario definir el marco de negociación, pero también el de representación.

29. Dentro de la general **ausencia de supervisión** de los contratos de externalización por parte de la Generalitat, cabe celebrar la evaluación con criterios de eficiencia, eficacia y economía de la gestión realizada en 2013 por el Síndic de Comptes en relación con el **concierto de resonancias magnéticas**. Dicha evaluación o auditoría operativa, puso de manifiesto cómo podía ser la gestión más eficaz y eficiente; y aunque en el Informe de seguimiento de 2016 lamenta que no se hayan implementado todas sus recomendaciones, sí observamos cómo, en 2017, se toman decisiones sustanciales que mejoran la gestión. Estas medidas, que fueron recurridas ante el TSJCV por la parte contratista, fueron confirmadas como conformes con el contrato o asumibles conforme al riesgo y ventura que corresponde al contratista (STSJCV 510/2021).

30. Los **Dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo** han sido de gran valor en este periodo para ayudar a consolidar el procedimiento a seguir en el caso de reversión a la gestión directa, y consiguiente sucesión de empresa, dando mayor seguridad jurídica a la Administración. Sirva de ejemplo los dictámenes 083/2019; 735/2021 o, 416/2022, sobre la aplicación del principio de sucesión de empresa a la reversión, cuando entrañe transmisión de los medios con los que se está llevando a cabo la prestación del servicio; la figura del personal laboral a extinguir como empleado (no público) de la Administración, mientras no supere los correspondientes procesos de selección, que no siendo la mejor opción parece ser la única de momento, y viene avalada, entre otras, por la Ley de Sanidad de la Comunitat Valenciana (art. 7.4) y la Ley de Servicios Sociales Inclusivos (DA 22ª); el deber de justificar la necesidad y oportunidad de la reversión y de la gestión directa, y valorar las repercusiones y efectos que tendrá en los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, supeditándose de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, conforme al art. 7.3 LOEPSF; o el uso del Decreto para regular los temas de personal durante el proceso, siempre que su contenido pueda ser revisable por convenio colectivo y los recursos que plantee en materia de derechos laborales puedan sustanciarse por la vía de la jurisdicción de lo social.

31. Cabe destacar la motivación que acompaña a la reversión del contrato de gestión integral del Centro Especifico de Personas con Enfermedades Mentales (CEEM) de Albocàsser, porque alude a la instauración de un sistema de transformación de los servicios sociales y que para mejorar la Red Pública de Centros y Servicios de atención a personas con diversidad funcional y/o en situación de dependencia y para la promoción de su autonomía personal, se propone la reversión de todos los centros y servicios de titularidad pública gestionados por empresas privadas, de los cuales, el CEEM de Albocàsser es el primero de ellos. Se anuncia, por tanto, no sólo la reversión de un concreto servicio externalizado, sino el plan para revertir todos los centros que sean de titularidad pública.

32. Los contratos de concesión del servicio de **ITV** se celebraron en su mayor parte en 1997 por un periodo de 25 años prorrogables por sucesivos periodos de 10 años, sin que pueda exceder de 75 años. Sorprende esta larga duración de los contratos, y contrasta con las recomendaciones de la Comisión Europea que en la Directiva 2014/23/UE sobre contrato de concesión recomienda que el plazo no exceda de cinco años para no cerrar el mercado y no obstaculizar la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento.

359

33. Los contratos de concesión del servicio de **ITV** fueron objeto de **auditoría operativa por la Sindicatura de Comptes**, la cual puso de manifiesto de nuevo, la falta de análisis previos que justificaran la externalización; la deficiente regulación de los contratos al carecer de cláusulas que definan mecanismos de control de calidad; de rentabilidad estimada, de situación de equilibrio financiero; etc.

En relación con los demás servicios del Estado, los de Valencia eran los más restrictivos para la competencia, por otorgar exclusividad y por las importantes cuantías exigidas como fianza y canon de gestión; y los más caros para los ciudadanos, no sólo por exigir más pruebas que en las demás comunidades autónomas, como la emisión sonora, sino por el valor medio de las tarifas (superior a un 2%, 11,9% o 12,8% según el tipo de vehículo) y la obligación de una segunda inspección a facturar si no pasa la primera.

Para la Administración Pública resulta difícil saber si la externalización ha sido rentable porque no se establecieron mecanismos de control para medirlo, pero sí supuso pérdidas económicas importantes, como la derivada

de la no actualización de la contraprestación que las concesionarias deberían pagar por el uso de las instalaciones de la Administración. El informe recomienda mejorar las funciones de control y seguimiento de la explotación del servicio, entre otras formas realizando inspecciones; y que los procesos de externalización se diseñen debidamente.

34. Los procesos de reversión implican la realización de tratamientos de datos personales viéndose afectados los derechos y libertades de las personas interesadas, existiendo riesgos de diversa índole tanto para las personas usuarias de servicios públicos, como para las administraciones, y la continuidad de los servicios públicos. Para evitar riesgos y problemas en materia de protección de datos en los procesos de reversión, sería recomendable incorporar garantías de protección de datos en la fase de diseño de los contratos de la administración pública a través de los pliegos así como un seguimiento y mejora continua de estas garantías a través, quizás, de la figura del responsable del contrato y mediante el dictado de instrucciones de forma que se pueda asegurar tanto la realización de la prestación como, en su caso, de la devolución del servicio público a la administración o a otra entidad adjudicataria. En este sentido, se debería facilitar la participación adecuada y en tiempo oportuno de la Delegación de protección de datos de la administración en los procesos de contratación y en la configuración de las normas de reversión y aplicar a éstas los principios de protección de datos desde el diseño y por defecto teniendo en cuenta los riesgos que el proceso de reversión pueda implicar en los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, en su derecho a la protección de los datos personales.

360

35. La Confederación empresarial valenciana considera, por una parte, que nuestra Comunidad carece de instrumentos de evaluación de las políticas públicas en servicios sociales y sanitarios; y por otra, que es necesario preguntarse si las reversiones de los servicios públicos han servido para conseguir un servicio de mejor calidad y más eficiente, dado que ésta es la motivación que se utiliza para justificar dichos procesos. Por ello reclama un estudio objetivo y científico que ilustre sobre si se han conseguido los resultados perseguidos.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS, DOCUMENTALES Y JURISPRUDENCIALES

9.1. Referencias bibliográficas

Agencia Valenciana Antifraude. Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana (AVAF). Código de Integridad de la Comunitat Valenciana. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

<https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2023/06/Codigo-de-integridad-CV.pdf>

Álvarez Royo-Villanova, Segismundo, “Privatización de servicios públicos” *Notario del Siglo XXI*, n.º 11, enero-febrero 2007.

<https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-11/2626-privatizacion-de-servicios-publicos-0-6829159508300162>

Asúa González, Clara, “Servicios (económicos) de interés general y mecanismos en la tutela de los derechos del consumidor”, *Ararteko*, Vitoria, 2012

https://argitalpen.ararteko.eus/index.php?leng=cast&id_l=68&id_a=2123

Bel, Germà y Costas, Antón, “La privatización y sus motivaciones en España: de instrumento a política” *Revista de Historia Industrial*, n.º 19-20, 2001.

361

Bel, Germà y Estruch, Alejandro. *La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos y qué efectos tiene la privatización?* Marcial Pons, 2011

Fernández Valverde, Rafael. “El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Documentación Administrativa Nueva Época*, n.º 4, Enero-Diciembre 2017, pp. 71-91.

Fortes Martín, Antonio. “El (nuevo) contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía ¿consolidación o disrupción del contrato de servicio público?” *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, n.º 52, octubre 2019, pp. 1-62.

Galeote, Teresa. La educación y los concordatos con el Vaticano. NUEVATRIBUNA.ES, 16 diciembre 2020.

<https://www.nuevatribuna.es/opinion/teresa-galeote/educacion-concordatos-vaticano/20201226185107182700.html>

Garrido Falla, Fernando, “El concepto de servicio público en Derecho español” *Revista de Administración Pública*, Núm. 35, septiembre-diciembre 1994.

Gimeno Feliu, José María. “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, febrero 2016.

Gimeno Feliu, José María. “El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de contratos del sector público” *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 74, marzo 2018, pp.4-13.

Goodair, Benjamin y Reeves, Aaron, “Outsourcing health-care services to the private sector and treatable mortality rates in England, 2013-20: an observational study on NHS privatization”, *Lancet Public Health*, 2022, 7:2638-46
[https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lanpub/PIIS2468-2667\(22\)00133-5.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lanpub/PIIS2468-2667(22)00133-5.pdf)

Grimshaw, Damian; Vincent, Steve y Willmott, Hugh, “Going privately: partnership and outsourcing in UK public services” *Public Administration*, vol. 89, Issue 3, (2002), pp. 475-502.
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/1467-9299.00314>

Laguna de Paz, J.C. “Los Servicios de interés General en la Unión Europea”. En *Derecho Administrativo: Regulación de los Servicios Públicos y Competencia*. Derecho. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid, n.º. 76 (2016)

López-Jurado Escribano, Francisco de Borja “Alcance y aplicación del artículo 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria”, en *Revista española de derecho administrativo*, n.º 102, 1999, pp. 297-314

Lorente García, Pedro. *Modelo Alzira, crónica de un fracaso anunciado*. NUEVATRIBUNA.ES, 31 marzo 2018
<https://www.nuevatribuna.es/articulo/sanidad/modelo-alzira-cronica-fracaso-anunciado/20180331104325150297.html>

362

Menéndez Sebastián, Eva M^a, “Una visión administrativista de los problemas laborales derivados de cambio en la gestión de los servicios públicos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 193, 2018.

Mestre Delgado, Juan Francisco. “La extinción del contrato de concesión de servicios en la ley 9/2017, de 8 de noviembre” *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 74, marzo 2018, pp. 44-51.

Molero Martín-Salas, M^a del Pilar, y Pacheco Jiménez, M^a Nieves, “Los servicios públicos esenciales en España” *Revista Luso-Barileira de Direito do Consumo*, vol IV, n.º 15, setembro, 2014 pp. 43-72

Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV La actividad regulatoria de la Administración*. BOE, 2015

Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIII Los Contratos del Sector Público*, 2^a ed, BOE, 2018

Páez Pérez, Pedro Nel y Silva Ruiz, José “Las teorías de la Regulación y Privatización de los Servicios Públicos”. *Administración & Desarrollo*, 38, 2010 pp. 39-56.

Ramió Matas, Carles y García Codina, Oriol, “La externalización de servicios públicos en España: la necesidad de repensar una nueva gestión pública planificada, controlada y evaluada”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 35, junio, 2006, pp. 1-22.

Salcedo Beltrán, María del Carmen, “La aplicación de la normativa sucesoria a la subrogación parcial en la prestación de servicios. Comentario a la TSJ del País Vasco de 28 de noviembre de 2006”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2007, pp. 2755-2763.

Serrano Sanz, José María “El debate sobre la gestión pública o privada del servicio urbano de aguas”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 69, 2017, pp. 36-43.

Soler Manuel, Manuel Angel (2003): “Privatización del agua en España”. *Revista Internacional de Administración Pública* 26 (3), pp. 213-246.

The Commonwealth Fund, *U.S. Health Care from a Global Perspective, 2022: Accelerating Spending, Worsening Outcomes* (2022)
<https://www.commonwealthfund.org/publications/issue-briefs/2023/jan/us-health-care-global-perspective-2022>

Tornos Mas, Joaquín y Galán Galán, Alfredo. *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (enero 2007).

Torre, Lourdes de la, “Derecho Administrativo Europeo derivado del Tratado de Lisboa: Un nuevo fundamento jurídico en materia de servicios de interés económico general”, en *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo: actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011 / coord. por Avelino Blasco Esteve, 2012, págs. 517-525.

Trives, Antonio. *Judicialización y quejas del personal. Cronología de la reversión de Torre Vieja: de la comunicación oficial a la saturación de Urgencias*. Alicante Plaza 5 diciembre 2021. <https://alicantepiazza.es/cronologia-de-la-reversion-de-torre-vejia-de-la-comunicacion-oficial-a-la-saturacion-de-urgencias>

Zubiri Oria, Ignacio, *El tópico de la eficiencia*. El País, 06/11/2010. Disponible en: http://elpais.com/diario/2010/11/06/sociedad/1288998002_850215.html

9.2. Referencias documentales

Comisión de Auditoría del Departamento de Salud de Dénia (2019). *Informe de la Comisión de Auditoría*. Plataforma por la Sanidad Pública de la Marina Alta. 2019. <https://drive.google.com/file/d/17B2D1ojeexgI3BXyw0KKBLvZV5nGe4dL/view>

Comisión Europea. Comunicación: Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa, de 20.12.2011. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0900&from=SL>

Comisión Europea. Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). *Fraude en la contratación pública. Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas*. 20/12/2017. https://www.mapa.gob.es/es/pesca/temas/fondos-europeos/fraude-en-la-contratacion-publica_tcm30-501388.pdf

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2013) *Aplicación de la Guía de Contratación y Competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España*. <https://www.cnmc.es/file/303872/download>

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2017) *Guía contra el fraude en la licitación pública*. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/2017/20170118_CNMC_licitaciones_01_2017.pdf

Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Dictamen 0038/2012 *Consulta facultativa acerca del sistema de revisión de precios contenida en un Pliego de Cláusulas Administrativas de un contrato para asistencia sanitaria integral en un Área de Salud*. <https://www.cjccv.es/dictamenes/2012/CS/2012-0038.pdf>

Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana. Dictamen 0204/2015. *Consulta facultativa de la Conselleria de Sanidad, sobre determinadas cuestiones relacionadas con los contratos de gestión del servicio público, por concesión, de asistencia sanitaria integral*. <https://www.cjccv.es/dictamenes/2015/CS/2015-0204.pdf>

Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Dictamen 150/2018. *Proyecto de Decreto del Consell de la Generalitat, por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del Departamento de Salud de La Ribera, en materia de personal*. <https://www.cjccv.es/dictamenes/2018/CS/2018-0150.pdf>

Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Dictamen 083/2019. *Consulta facultativa sobre diversas cuestiones sobre procedencia o no de la sucesión de empresas tras la reversión del servicio público por concierto para la realización de las técnicas de diagnóstico por imagen*. <https://www.cjccv.es/dictamenes/2019/CS/2019-0083.pdf>

Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Dictamen 587/2021. *Proyecto de Decreto Proyecto de Decreto por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión del servicio público por concesión del Departamento de Salud de Torrevieja, en materia de personal.* <https://www.cjccv.es/dictamenes/2021/CS/2021-0587.pdf>

Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Dictamen 735/2021. *Proyecto de Decreto del Consell, por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicios públicos por concierto para la realización de técnicas de diagnóstico por imagen mediante equipos de resonancia magnética, en materia de personal.* <https://www.cjccv.es/dictamenes/2021/CS/2021-0735.pdf>

Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana Dictamen 416/2022. *Proyecto de Decreto por el que se regula, en materia de organización y personal, la gestión de los servicios farmacéuticos de Centros Sociosanitarios de titularidad pública por parte de la Conselleria competente en materia de sanidad.* <https://www.cjccv.es/dictamenes/2022/CS/2022-0416.pdf>

Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública. *IV Plan de Salud de la Comunidad Valenciana.* 2016-2020. GVA Sanidad. <http://www.sp.san.gva.es/sscc/opciones4.jsp?CodPunto=4022&Opcion=SANMSPLAN4PLANSALUD&MenuSup=SANMS501&Seccion=SANPSPLAN4SALUD&Nivel=2>

365

Intervención General de la Generalitat Valenciana (2019) *Informe definitivo de Control Financiero Específico sobre liquidaciones anuales emitidas como consecuencia de la ejecución de los contratos de gestión de servicio público mediante concesión de asistencia sanitaria integral suscritos entre la Conselleria de Sanidad / Agencia Valenciana de Salud, y los distintos adjudicatarios de los contratos, entre 2003 y 2012.* Ribera salud Transparencia <https://www.riberasalud.com/wp-content/uploads/2019/03/VALENCIA-INTERVENCION.pdf>

OIRESCON (Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación), *Informe anual de supervisión de la contratación pública.* Módulo III: Las prácticas colusorias en materia de contratación pública, octubre, 2022. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIREscon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo3.pdf>

Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana (2003) *Fiscalización de los programas de asistencia sanitaria de la Conselleria de Sanidad.* Informe del Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana, Cuenta anual de 2002. https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/9/file02CVII_SANIDAD.pdf

Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana (2013) *Resonancias Magnéticas: Una Oportunidad de Ahorro. Auditoria Operativa de Conciertos Sanitarios: Evaluación*

con criterios de eficiencia, eficacia y economía de la gestión del concierto de resonancias magnéticas. Ejercicios 2008-2012.

https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/9/fileC_AO_RM.pdf

Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana (2016) *Informe de seguimiento del grado de implantación por parte de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública de las recomendaciones incluidas en nuestros informes de auditoría operativa emitidos sobre la gestión de los conciertos sanitarios: hemodiálisis (2012) y resonancias magnéticas (2013).*

https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/9/fileSEGCON_C.pdf

Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana (2017) *Auditoría Operativa de la Concesión de la Asistencia Sanitaria Integral en el Departamento de Salud de Torrevieja. Ejercicios 2003-2016.* <https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/9/fileINF-2016-DSTORREVIEJA-09-Final-2018-10-29-sigmat.pdf>

Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana (2017) *Auditoría operativa de la explotación en régimen de concesión administrativa del servicio público de Inspección Técnica de Vehículos en la Comunitat Valenciana. Ejercicios 1997-2015.* https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/9/fileITV_C.pdf

Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana (2022) *Auditoría de Cumplimiento de Legalidad en la Contratación de la Administración de la Generalitat para el año 2021 (Memoria 2. Acuerdos de concesión y actividades conjuntas 2.2 Acuerdos de concesión y actividades conjuntas en el ámbito sanitario).*

https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2022/12/Informe_auditoria_cumplimiento_legalidad_contratacion_Administracion_GV_Ejercicio_2021_cas_firmado.pdf

9.3. Referencias jurisprudenciales

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011 (C-463/09) Transmisión de empresas - Mantenimiento de los derechos de los trabajadores - Concepto de "transmisión" - Actividad de limpieza - Actividad realizada directamente por un ayuntamiento que contrata nuevo personal. (ECLI:ES:C:2011:24).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0463>

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 (C-113/13) Servicios de transporte sanitario. Normativa nacional que reserva con carácter prioritario las actividades de transporte sanitario para los establecimientos sanitarios

públicos a las organizaciones de voluntariado que cumplen los requisitos legales y están registradas. (ECLI:EU:C:2014:2440)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0113>

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de noviembre de 2015.

Transmisiones de empresas. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores. Obligación del cesionario de hacerse cargo de los trabajadores. Empresa pública titular de un servicio público. Prestación del servicio por otra empresa en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos. Decisión de no prorrogar ese contrato a su vencimiento. Mantenimiento de la identidad de la entidad económica. Actividad que se basa esencialmente en el equipamiento. Decisión de no hacerse cargo del personal.

(ECLI:UE:C:2015:781)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/978f6e5536c544ef9d31d44b4637c2491f1ab1680d85d37f>

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016

(asunto C-50/14). Colaboración con entidades sin ánimo de lucro autorizadas por la legislación de los Estados miembros. (ECLI:EU:C:2016:56) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0050>

367

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016,

Finn Frogne, C-549/14, apartado 28 y jurisprudencia citada). Modificación sustancial de un contrato de concesión de obras públicas requiere un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato así modificado. (ECLI:EU:C:2016:634) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62014CJ0549>

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de septiembre de 2019,

Sala Quinta, (asunto C-526/17) Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios — Concesiones de obras públicas — Prórroga de la duración de una concesión existente para la construcción y explotación de una autopista sin publicar un anuncio de licitación. (ECLI:EU:C:2019:756)

<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=ES&num=C-526/17>

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2022 (asunto C-436/20), sobre prestación de servicios sociales de asistencia a las personas; acuerdos

de acción concertada con entidades privadas de iniciativa social; exclusión de los operadores con ánimo de lucro y lugar de implantación de la entidad como criterio de selección. (ECLI:EU:C:2022:559)

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=262937&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1706577>

Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018, de 31 de octubre de 2018 sobre el Recurso de inconstitucionalidad 4710-2017. Interpuesto por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados con respecto a diversos preceptos de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017. Límites materiales a las leyes de presupuestos: nulidad de la inclusión en la ley de presupuestos de los preceptos relativos a las limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público y a la exigencia de responsabilidades a las administraciones públicas y entidades dependientes por la utilización de la contratación laboral. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16723>

Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 15 de diciembre de 2016. Rescate de la concesión como medida apropiada, en aras de la preservación del interés público, al abrirse la fase de liquidación concursal del concesionario, con el fin de recuperar el contrato administrativo.

368

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2018 en recurso de casación para la unificación de la doctrina sobre subrogación de trabajadores. (ECLI:ES:TS:2018:2455) <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/01f075684216f7df>

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2019 según la cual: equilibrio económico-financiero de la concesión; Autopistas Aumar (ECLI:ES:STS:2019:1657) <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/f8628fd202f25076/20190531>

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2021 sobre extinción del contrato y normas de reversión. Resolución de 27 de mayo de 2017 del Director General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalidad Valenciana que desestima recurso de reposición contra resolución de 27 de marzo de 2017 por la que se acordaba " no prorrogar el expediente de contratación" (ECLI:ES:TS:2021:2751)

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/cf6668b324407b17/20210719>

Sentencia Tribunal Supremo de 28 de enero de 2022. Unificación de doctrina. Trabajadores y trabajadoras serán considerados personal fijo. (ECLI:ES:TS:2022:270)
<https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9856762/personal%20al%20servicio%20de%20la%20administracion%20>

Sentencia Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2022. La externalización de un servicio público, con cesión de los contratos de trabajo, implica una novación de contrato por cambio de empleador y no puede hacerse sin el consentimiento de los trabajadores. (ECLI:ES:TS:2022:613)
<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/c51f117676dbc1fb/20220228>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 30 de mayo de 2017, sobre el Acuerdo del Consell, de fecha 28 de marzo de 2014 (DOGV 31.3.2014), por el que se actualizan las tarifas aplicables a la prestación del servicio público de Inspección Técnica de Vehículos (ITV) en la Comunidad Valenciana a partir del día 1 de abril de 2014" (ECLI:ES:TSJCV:2017:3150)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d7d804509df10372/20170825>

369

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana del 16 de enero de 2018 sobre el acta de 11 de febrero de 2015 emitida por la Comisión Mixta de Seguimiento. Manises (ECLI:ES:TSJCV:2018:985)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/81da612c5c8b9c00/20180613>

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana de 10 de diciembre de 2018 (Sentencias n.º 2154/2018; n.º 2159/2018, n.º 6394/2018 entre otras) sobre conciertos educativos. (ECLI:ES:TSJCV:2018:6394)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b04604efa2e3bc42/20190225>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de octubre de 2019. Resolución de 27 de mayo de 2017 del Director General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalidad Valenciana que desestima recurso de reposición contra resolución de 27 de marzo de 2017 por la que se acordaba " no prorrogar el expediente de contratación n.º 86/2003 de gestión de servicios de atención sanitaria integral en el Departamento de Salud de la Ribera" (ECLI:ES:TSJCV:2019:4454)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/af49061622914e20f05b951244f113f619f564be9d09db1b>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de noviembre de 2019. Desestimación presunta por silencio de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico- financiero del "Contrato de gestión de servicios públicos por concesión relativo a la asistencia sanitaria en la zona de Torreveja" (ECLI:ES:TSJCV:2019:5086)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/448284cb65dadaf1/20200110>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana del 28 de febrero de 2020. Desestimación presunta por silencio de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico- financiero del "Contrato de Gestión de Servicios Públicos por concesión relativo a la Asistencia Sanitaria Integral del Departamento de Salud de La Ribera". Las competencias de la Comisión Mixta de Seguimiento de los contratos. (ECLI:ES:TSJCV:2020:502)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/372028180432e4e2/20200408>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. de 20 de diciembre de 2000. Recurso de CCOO sobre externalización. Legislación sanitaria y la legislación sobre contratación pública. (ECLI:ES: TSJCV: 2000:9921).

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b917c5b02e84301c/20041007>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana de 9 de febrero de 2021. Cambios en el sistema de facturación resonancias magnéticas. (ECLI:ES:TSJCV:2021:510)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eaf88c5a758b171c/20210415>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 9 de marzo de 2021, Sala de lo Social, confirma la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia y recuerda que, para dilucidar si la trabajadora tiene derecho a la jubilación anticipada parcial. (ECLI:ES:TJCV:2021:7721)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d22c6cc9657ae7b8a0a8778d75e36f0d/20220720>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de julio de 2021. La Administración no estaba obligada a seguir ningún procedimiento para

dar por finalizado un contrato por vencimiento de plazo. La sentencia rechaza los doce motivos esgrimidos por la empresa contra la negativa de Sanidad a prorrogar el contrato. (ECLI:ES:TS:2021:2751)

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/cf6668b324407b17/20210719>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de abril de 2022. Contra el Decreto 22/2018, por parte del Sindicato Independiente (CSIF) de la Comunidad Valenciana. La sentencia reconoce validez al Decreto y validando la fórmula de subrogación usada por la Consellería de Sanidad. (ECLI:ES:TSJCV:2022:1087)

<https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/cd7004d65fb74376>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de mayo de 2022, que declara la nulidad de la Resolución de 30 de junio de 2021, en la parte que omitió a CSIF en la composición de la Comisión de estudio y Debate de la reversión de los Servicios Públicos externalizados. (ECLI:ES:TSJCV:2022:73AA)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ea0e145d79b18a16a0a8778d75e36f0d/20220920>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana del 22 de febrero de 2023. El Decreto 42/2021 de regulación de la prestación farmacéutica en los centros sociosanitarios. (ECLI:ES:TSJCV:2023:312)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/68da5fed9e2936e1a0a8778d75e36f0d/20230317>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de octubre de 2019. El rescate es una facultad discrecional de la Administración. (ECLI:ES:TSJCAT:2019:12095)

<https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9856719/cuestiones%20atribuidas%20a%20la%20jurisdiccion%20contencioso-administrativa/20220214#>

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares del 15 de febrero de 2021, sobre rescate del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación como carretera de peaje de la variante de la C-711 que cruza la Sierra de Alfabia. (ECLI:ES:TSJBAL:2021:116).

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/8771ece0a3899295eb9f320e282b0b42c6ee044b6f2060ec>

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3, de Palma de Mallorca, de 13 de marzo de 2017. Rescate por acuerdo del Consell Insular de 2 de agosto de 2017, del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación, como carretera de peaje de la variante de la C-711 del túnel que cruza la Sierra de Alfabia. (ECLI:ES: JCA:2020:146)

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/84dd268af8de0421ab37f0205e0a58d84205aec78d421c76>

ANEXO I

INTEGRANTES DE LA COMISIÓN

CONSELLERIA / OOAA

Presidenta: Dña. Isabel Gemma Fajardo García, secretaria autonómica de Justicia y Administración Pública. Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública.

Vicepresidente: D. David Alfonso Jarque, director general de Función Pública. Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública.

Vocales:

D. Hilario Fernández Chinchilla, Presidencia de la Generalidad jefe de servicio de Contratación y Asuntos Generales.

Dña. Sonia Gadea Fabra, secretaria general administrativa Vicepresidencia y Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas.

Dña. Paula Martínez Navarro, jefa del Servicio de Contratación y Asuntos Generales, Vicepresidencia Segunda y Conselleria de Vivienda y Arquitectura Bioclimática

D. Daniel González Serisola, subsecretario Conselleria de Hacienda y Modelo Económico

Dña. Begoña Meléndez Pérez, secretaria general administrativa, Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública

Dña. Amparo Palomares Palacio, secretaria general administrativa, Conselleria Educación, Cultura y Deporte.

D. Jorge Sebastián Gómez Mataix, jefe del Servicio de Régimen Jurídico de Personal, Conselleria de Sanidad Universal i Salut Pública

D. Adel Francés i Asins, secretario general administrativo Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo.

Dña. Carmen Paredes Payá, jefa del Servicio de Coordinación y Soporte Técnico, Conselleria de Agricultura, Desarrollo Rural, Emergencia Climática y Transición Ecológica.

Dña. M^a José Miquel Miquel jefa del Servicio de Personal Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad.

D. Luis Moretón Feriz, jefe del Servicio de Personal, Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital.

Dña. Ana Belén Borrás Mulet, secretaria general administrativa, Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática.

Dña. M^a José Rodríguez Blasco, directora general de la Abogacía de la Generalitat.

Dña. Julia Cuello España, secretaria general Agencia Tributaria Valenciana

Dña. M^a Fuente Palmer Estevan, jefa del Servicio Coordinación Técnica y de Controles, Agencia Valenciana de Fomento y Garantía Agraria

Dña. Inmaculada Orozco Ripoll, secretaria autonómica de Política Territorial, Urbanismo y Paisaje Agencia Valenciana de Protección del Territorio

D. Sergio Aguado Giménez, secretario general de la AVSF Agencia Valenciana de Seguridad Ferroviaria

D. Antonio Justo García Entonado, secretaria técnica, Agencia Valenciana de Seguridad y Respuesta a les Emergencias (AVSRE)

D. Jesús Carbonell Aguilar, secretario general, Autoridad de Transporte Metropolitano de València (ATMV)

Dña. Eva Martínez Ruiz, directora general de Presupuestos Dirección General de Presupuestos, Conselleria de Hacienda y Modelo Económico

D. Antoni Such Botella, dirección general del Sector Público y Patrimonio. Conselleria de Hacienda y Modelo Económico

D. Pau Aviñó Primo, secretaria general subdirector general de Geomática, Instituto Cartográfico Valenciano (ICV)

Dña. Eva Pilar Sanchis Bagues, Gerencia del IVIA, Instituto Valenciano de Investigaciones Agrarias (IVIA))

D. Raúl Puerta Lorenzo, subdirector general del IVAJ Instituto Valenciano de la Joventut (IVAJ)

D. Jordi Gómez Cámara, secretario general Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo (INVASSAT)

D. Ignacio Pérez López, viceinterventor general de Control Financiero y Auditoria Intervención General

D. Jesús Manuel Esquiú González, jefe de servicio de Recursos Humanos de LABORA

D. Joaquín Vañó Gironés, subdirector general de Relaciones Laborales, Dirección General De Trabajo, Bienestar Y Seguridad Laboral

D. Joaquín Cañada González, delegado de protección de datos.

TITULARES REPRESENTANTES SINDICATOS

Dña. Maite Montaner Soria (UGT-PV)
Dña. Eva Planas Garrigues (UGT-PV)
D. Rafael Cantó Pastor (CSIF)
Dña. Rosa Atiénzar Herráez (CCOO-PV)
Dña. Pilar de Vera López (CCOO-PV)

CONFEDERACIÓN EMPRESARIAL COMUNIDAD VALENCIANA(CEV)

Dña. Inmaculada García Pardo
D. José María Toro Fernández

Secretaría: D. Vicente Martínez Alarcón, jefe del Servicio de Relaciones Sindicales y Coordinación Institucional, Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública

INTEGRANTES DEL GRUPO DE TRABAJO

Por parte de la Generalitat Valenciana:

Dña. Isabel Gemma Fajardo García, Secretaria Autonómica de Justicia y Administración Pública.

D. David Alfonso Jarque, Director General de Función Pública. Conselleria de Justicia y Administración Pública.

Dña. Eva Martínez Ruíz, Directora General de Presupuestos, Conselleria de Hacienda y Modelo Económico.

Dña. María José Rodríguez Blasco, Directora General de la Abogacía de la Generalitat Valenciana.

D. Joaquín Cañada González, Delegado de Protección de Datos.

D. Vicente Mora Martínez, Subdelegado de Protección de Datos.

D. Adel Francés Asíns. Secretario General Administrativo de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo.

Dña. Ana Belén Borrás Mulet, Secretaria General Administrativa de la Conselleria de Participación, Transparencia, Cooperación y Calidad Democrática.

D. Jorge Sebastián Gómez Mataix, Jefe de Servicio de Régimen Jurídico de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública.

D. Arturo Herráez Sánchez, Jefe de Servicio de Contratación y Asuntos Generales de la Conselleria de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo.

D. José Sanfeliu Marchante, Subdirector General de Costes de Personal y Control Financiero del Sector Público Instrumental. Conselleria de Hacienda y Modelo Económico.

Dña. Julia Cuello Espuña, Secretaria General de la Agencia Tributaria Valenciana.

D. Antonio Justo García Entonado, Secretario Técnico de la Agencia Valenciana de Seguridad y Respuesta a las Emergencias.

D. Jesús Manuel Esquiú González, jefe de servicio de Recursos Humanos de LABORA

D. Jorge Jesús Mora Martí, Secretario Jurídico Administrativo del IVIA.

Por parte de las universidades públicas de la Comunidad Valenciana:

D. Carlos Alfonso Mellado, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat de València.

D. Andrés Boix Palop. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universitat de València.

Dña. Carmen Estevan de Quesada. Catedrática de Derecho Mercantil de la Universitat de València.

D. Luis Hernando Cebriá. Profesor Titular Derecho Mercantil de la Universitat de València.

D. Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universitat Politècnica de València.

D. Consuelo Reyes Marzal Raga. Profesora Titular de Derecho administrativo de la Universitat de València.

D. Adrián Todolí Signes. Profesor Titular. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universitat de València.

D. Sergio Yagüe Blanco. Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo. Universitat de València.