

LEX NET 25-01-15
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

por 191-2013

En la Ciudad de Valencia, Trece de enero de dos mil dieciséis.

VISTO por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana compuesta por:

Presidente:

Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martín.

Magistrados Ilmos. Srs:

D. José Bellmont Mora.
D. Edilberto Narbón Lainez.
Dña. Begoña García Melendez

SENTENCIA NUM: 18-2016

En el recurso núm. 191/2013, interpuesto como parte demandante por ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (en adelante, AESTE), representado por el Procurador Dña. PILAR ALBORS CAMPS y defendida por el Letrado Dña. MONSERRAT GONZÁLEZ OJEDA contra "Resolución de la Subsecretaría de la Consellería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana, de 26 de febrero de 2013, por la que se adjudica el contrato administrativo especial para la puesta a disposición de la Consellería de Bienestar Social de plazas de accesibilidad social para personas mayores dependientes, en la zona 2 del Mapa de Atención Gerontológica de la Comunidad Valenciana, con código de expediente CNMY/13/02-2/43".

Habiendo sido parte en autos como parte demandada CONSELLERÍA DE JUSTICIA Y BIENESAR SOCIAL, representada y dirigida por los SERVICIOS JURÍDICOS DE LA GENERALIDAD VALENCIANA; codemandados, ASOCIACIÓN DE EMPRESAS CONCERTADAS DE ACCESIBILIDD SOCIAL (en adelante, AECAS), y de las mercantiles CENTROS RESIDENCIALES SAVIA S.L, SACOVA CENTROS RESIDENCIALES, S.L, representada por el

Procurador D. LINDÓN JIMÉNEZ TIRADO y dirigidas por el Letrado D. SERGIO FERNÁNDEZ MONEDERO y Magistrado ponente la Ilmo. Sr. D. EDILBERTO NARBÓN LAINEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La representación de la parte demandada contestó a la demanda, mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia por la que se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO.- No habiéndose recibido el proceso a prueba, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido por el artículo 62 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- Se señaló la votación para el día quince de septiembre de dos mil quince, ante la existencia de recurso ante esta misma Sala y Sección señalado para el 12.1.2016, se decidió suspender el señalamiento y señalarlos a la vez, por ello, se ha deliberado y fallado el 12.1.2016.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso la parte demandante ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (en adelante, AESTE), representado por el Procurador Dña. PILAR ALBORS CAMPS y defendida por el Letrado Dña. MONSERRAT GONZÁLEZ OJEDA contra "Resolución de la Subsecretaría de la Consellería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana, de 26 de febrero de 2013, por la que se adjudica el contrato administrativo especial para la puesta a disposición de la Consellería de Bienestar Social de plazas de accesibilidad social para personas mayores dependientes, en la zona 2 del Mapa de Atención Gerontológica de la Comunidad Valenciana, con código de expediente CNMY/13/02-2/43".

SEGUNDO.- Para la resolución del caso examinado debemos partir de los siguientes puntos de hecho:

1. En el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana de 8.2.2001, se publicó por la Consellería de Bienestar Social el concurso número GR/0038/02/01, se trataba de contrato administrativo especial consistente en la creación de un máximo total de 9.000 plazas residenciales para personas mayores. Las características fundamentales eran las siguientes:

a. Descripción del objeto: contrato administrativo especial consistente

en la creación de un máximo total de 9.000 plazas residenciales para personas mayores, de acuerdo con los lotes señalados en la cláusula 2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares y la puesta a disposición de la Consellería de Bienestar Social de hasta 1/3 de las mismas para personas mayores dependientes.

b. Lugar de ejecución: de acuerdo con el mapa de necesidades de atención gerontológica, que se especifica en el anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares, la ejecución del contrato se llevará a cabo en las provincias de Castellón, Valencia y Alicante, de acuerdo con la distribución territorial que se recoge en dicho anexo.

c. Plazo de ejecución: 15 años, a partir del inicio de la prestación del servicio de atención residencial, pudiendo prorrogarse por mutuo acuerdo de las partes por periodos de 5 años, no pudiendo exceder la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, de 25 años.

d. Dadas las características de este contrato, la Consellería de Bienestar Social se compromete a convocar subvenciones para financiar estancias de personas mayores dependientes tal y como se señala en la cláusula 8ª del pliego de cláusulas administrativas particulares. El importe máximo a percibir por los adjudicatarios por cada plaza de accesibilidad social puesta a disposición de la Consellería de Bienestar Social, queda fijado en 6.420 pesetas/día, el cual se satisfará en parte con la tarifa que deba abonar el usuario y el resto hasta cubrir dicho importe con la ayuda económica que la Consellería de Bienestar Social otorgue al beneficiario para financiar el coste de su estancia residencial.

En ningún caso la Consellería abonará cantidad económica alguna por las plazas de accesibilidad social durante el tiempo en que no hubieran estado ocupadas, ni los importes que corresponda abonar a los usuarios por la ocupación de estas plazas y que no hayan sido objeto de subvención.

2. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), como características del contrato tenía:

- Clausula Segunda.

A. Objeto. Construir las residencias con las características técnicas fijada por la Administración; de existir los edificios, ajustarse a las prescripciones de la Administración.

B. Crear el número de plazas que les hubieran sido adjudicadas, de las cuales un porcentaje de 1/3 estarán a disposición de la Consellería de Bienestar Social para la ocupación de las personas indicadas por la Administración, en función de sus necesidades (plazas de accesibilidad social), y, el resto las podrá adjudicar libremente el adjudicatario por el precio que considere oportuno (plazas de libre disposición por el adjudicatario).

C. Gestionar la totalidad de las plazas residenciales creadas.

- Clausula quinta. Obligaciones de la Consellería de Bienestar Social.

A. Respetar la libertad de elección de zona y centro para los solicitantes de plaza de accesibilidad social, posibilitando en todo caso el cambio de centro o zona cuando el usuario la solicite siempre que hayan plazas disponibles en el centro solicitado.

B. Abonar al adjudicatario las plazas efectivamente ocupadas, no teniendo derecho al cobro de las plazas no ocupadas.

C. Proporcionar al conjunto de adjudicatarios de las respectivas zonas, la exclusividad en la creación de las nuevas plazas residenciales para personas mayores dependientes en la correspondiente demarcación, absteniéndose de subvencionar la atención residencial de nuevas personas mayores de dichas características en centros ajenos a los de los adjudicatarios de las respectivas zonas.

En aquellas zonas en las que existan centro de titularidad de la Generalidad Valenciana con plazas vacantes, la Consellería de Bienestar Social se reserva el derecho a ofertar a los usuarios el ingreso en los mismos, con carácter preferente respecto a las plazas de accesibilidad social puestas a disposición por los adjudicatarios de la zona.

3. Las mercantiles Residencia Tercera edad PARQUELUZ, S.L, QUELITY SENIOR S.L, VERGER SENIOR, S.L, GERORESIDENCIAS S.L, SERVICIOS VALENCIANOS SOCIOSANITRIOS, S.L, CENTROS RESIDENCIALES SAVIA, S.L, GERORESIDENCIAS SOL Y MAR, S.L y SACOVA CENTROS RESIDENCIALES S.L resultaron adjudicatarias en sus respectivas zonas.

4. Ante las dudas interpretativas, la Consellería de Bienestar Social emitió el 26.9.2001 documento interpretativo de las cláusulas del pliego, los términos fueron los siguientes:

4º. El alcance de la garantía de exclusividad prevista en la cláusula 2.2. párrafo último y en la cláusula 5.d del Pliego.

Dicha garantía supone que, en el caso de que la Consellería quisiera aumentar el número actual de plazas residenciales para personas mayores dependientes adjudicadas en los respectivos contratos, los adjudicatarios de las respectivas zonas tendrían prioridad en la adjudicación de las nuevas plazas, en las siguientes condiciones:

a) La prioridad únicamente operaría respecto a las nuevas plazas que la Consellería decidiese subvencionar (total o parcialmente abonando el resto al beneficiario), no siendo de aplicación a las plazas que ya estuviesen ocupadas en dicho momento por personas de la tercera edad (la preferencia de cada una de estas plazas únicamente se produciría cuando los ancianos que las ocupasen las dejaran libres por fallecimiento, renuncia o cualquier otra causa).

b) La prioridad existiría solamente cuando las nuevas plazas residenciales creadas para personas mayores dependientes.

c) La prioridad operaría únicamente respecto a las nuevas plazas de accesibilidad social que se creasen "dentro de cada zona", pero no respecto a zonas diferentes.

d. La Consellería debe abstenerse de subvencionar la atención residencial de personas mayores dependientes en centros ajenos a los de los adjudicatarios, siempre y cuando estos tengan plazas disponibles, debiendo interpretarse como plaza disponible cualquiera de las plazas que no estuviesen ocupadas en los centros adjudicados, independientemente de su naturaleza (de accesibilidad social o libre disposición). En cualquier caso, debe entenderse que los adjudicatarios únicamente podrán poner a disposición y gestionar nuevas plazas de accesibilidad social, en los centros y con las plazas adjudicadas en el contrato.

e. La garantía de exclusividad no resulta de aplicación a los centros de titularidad de la Generalidad Valenciana con plazas vacantes, construidos en cualquier momento, respecto a los cuales la Consellería se reserva el derecho a ofertar el ingreso en los mismos con carácter preferente.

5. La Ley Estatal 39/2006, de 14 de Diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de

dependencia, tuvo incidencia en el sistema de residencias, sirva de ejemplo el art. 14 sobre prestaciones a la atención a la dependencia:

(...) 1. Las prestaciones de atención a la dependencia podrán tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas e irán destinadas, por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria.

2. Los servicios del Catálogo del artículo 15 tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados.

3. De no ser posible la atención mediante alguno de estos servicios, en los Convenios a que se refiere el artículo 10 se incorporará la prestación económica vinculada establecida en el artículo 17. Esta prestación irá destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el Programa Individual de Atención al que se refiere el artículo 29, debiendo ser prestado por una entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia.

4. El beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención.

5. Las personas en situación de dependencia podrán recibir una prestación económica de asistencia personal en los términos del artículo 19.

6. La prioridad en el acceso a los servicios vendrá determinada por el grado de dependencia y, a igual grado, por la capacidad económica del solicitante. Hasta que la red de servicios esté totalmente implantada, las personas en situación de dependencia que no puedan acceder a los servicios por aplicación del régimen de prioridad señalado, tendrán derecho a la prestación económica vinculada al servicio prevista en el artículo 17 de esta ley. (El número 6, modificado por RD Ley 20/2012).(...).

Por su parte, el art. 18 de la Ley estatal, regula la red de servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en los siguientes términos:

(...)1. *Las prestaciones y servicios establecidos en esta Ley se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas. La red de centros estará formada por los centros públicos de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal y para la atención y cuidado de situaciones de dependencia, así como los privados concertados debidamente acreditados.*

2. *Las Comunidades Autónomas establecerán el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados. En su incorporación a la red se tendrá en cuenta de manera especial los correspondientes al tercer sector.*

3. *Los centros y servicios privados no concertados que presten servicios para personas en situación de dependencia deberán contar con la debida acreditación de la Comunidad Autónoma correspondiente.*

4. *Los poderes públicos promoverán la colaboración solidaria de los ciudadanos con las personas en situación de dependencia, a través de la participación de las organizaciones de voluntarios y de las entidades del tercer sector. (...).*

6. La Generalidad para adaptar la normativa a la Ley 39/2006, se dictó la Orden de 5 de diciembre de 2007, de la Consellería de Bienestar Social, por la que se regula los requisitos y condiciones de acceso a las ayudas económicas del programa de atención a las personas y a sus familias en el marco del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Valenciana, en este momento nos interesan los artículos, 6 y disposición transitoria cuarta:

(...)1. *A los efectos de lo dispuesto en esta orden se consideran integrados en la Red de Centros y Servicios Públicos y Concertados del Sistema de Atención a la Dependencia en la Comunidad Valenciana los siguientes centros:*

d) *Centros del plan de accesibilidad social de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta de esta orden(...).*

Por su parte, la disposición transitoria cuarta:

(...) *Cuarta. Régimen Especial de las Residencias de Accesibilidad Social.*

1. *A efectos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, los Centros de Accesibilidad Social, tendrán a*

todos los efectos jurídicos la condición de Centros Concertados, entendiéndose que los términos y condiciones de dicho concierto son aquellos que se derivan del pliego de Condiciones por la que se rigió la licitación del Contrato Administrativo Especial para la implantación de las 9.000 plazas residenciales, así como los respectivos contratos suscritos con las empresas adjudicatarias de dicha licitación.

2. No obstante lo anterior y sin perjuicio de esa conversión desde la entrada en vigor de esta orden en el plazo de un año se establecerán de común acuerdo los posibles ajustes que resulten precisos en relación al régimen jurídico y económico.

3. Dichos ajustes deberán dirigirse, fundamentalmente, a materializar la garantía de exclusividad contractualmente reconocida a favor de las empresas adjudicatarias del Plan de Accesibilidad Social, en virtud de lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigió dicha licitación y en sus respectivos contratos.

4. A tal efecto, y respetando, en todo caso, los aspectos fundamentales de aquella licitación (número de Centros, número de plazas en cada Centro, plazo de duración del contrato), y la libre voluntad de las partes contratantes, dentro de las disponibilidades presupuestarias de la Generalidad y de forma coherente con las previsiones de atención residencial en la Comunidad Valenciana para los próximos años, se podrá incrementar el número de plazas a sujeta al régimen de concierto hasta el 100 por ciento de las plazas disponibles en dichos Centros, hasta la finalización del plazo contractual, entendiéndose como tales cualquiera de las plazas existentes en los Centros acogidos al Plan de Accesibilidad social, independientemente de su naturaleza (plazas de accesibilidad social o plazas de libre disposición).

5. Como consecuencia de los ajustes regulados en esta Disposición Transitoria, el número de plazas concertadas entre la Generalitat y cualquiera de las empresas adjudicatarias del Plan de Accesibilidad Social no podrá ser inferior al número de plazas puestas a disposición de la Consellería de Bienestar Social como plazas de Accesibilidad, ni superior al número total de plazas disponibles en dichos Centros.(...).

7. Con fecha 31.10.2008, la Consellería de Bienestar Social y los adjudicatarios del contrato especial en 2001 suscriben acuerdo para adaptar la Ley de Dependencia con dos puntos de interés a los efectos que nos ocupan:

a. Incrementar las plazas en los centros existentes de asistencia social al 100% con la siguiente proporción: (1) 1937 plazas en 2008 (2) 863 en 2009 y (3) 1533 en 2010.

b. La cláusula séptima establecía:

(...) Del presente protocolo de colaboración, no se deriva obligación económica alguna para la Consellería de Bienestar Social que pudiera ser exigida por la otra parte. La asunción de cualquier compromiso de gasto, exigirá de la existencia de disponibilidad presupuestaria y de la tramitación del oportuno procedimiento(...).

8. El Decreto 18/2011, de 25 de febrero, del Consell, por el que se establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas en situación de dependencia, en su art. 12, al tratar del contenido del Programa Individual de Atención (PIA), en su apartado tercero establece:

(...) En su caso, de no ser posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, o que el interesado, guardador de hecho o representante legal no considere adecuada la plaza adjudicada en la elaboración del PIA, se reconocerá subsidiariamente al beneficiario el derecho a obtener una prestación económica, bien sea la prestación económica vinculada al servicio, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar de personas en situación de dependencia o la prestación para asistente personal. Todo ello de acuerdo con la regulación específica de estas prestaciones económicas y teniéndose en cuenta el criterio profesional. (...).

El decreto fue recurrido en el aspecto que se acaba de citar por los adjudicatarios de las residencias, la sentencia de esta Sala y Sección Quinta nº 735/2013, de 20 diciembre de 2013 (rec. 539/2011), cuya parte dispositiva dice:

(...) Se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por RESIDENCIA TERCERA EDAD PARQUELUZ S.L., QUALITY SENIOR S.L., VERGEL SENIOR S.L., GERORESIDENCIAS S.L., SERVICIOS VALENCIANOS SOCIOSANITARIOS S.L., CENTROS RESIDENCIALES SAVIA S.L., GERO RESIDENCIALES SOLIMAR S.L. y SACOVA CENTROS RESIDENCIALES S.L. contra el apartado 3 del artículo 12 del Decreto 18/2011, de 25 de febrero, del Consell de la Generalidad Valenciana, por el que se establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas en situación de dependencia(...).

Cierto que está recurrida ante el Tribunal Supremo, no obstante, esta Sala por coherencia debe estar a su contenido.

9. Por orden 21/2012, de 25 de octubre, de la Consellería de Justicia y Bienestar Social, por la que se regulan los requisitos y

condiciones de acceso al programa de atención a las personas y a sus familias en el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Valenciana (DOGV nº 6892 de 30.10.2012). La disposición transitoria séptima nos dice a propósito de las plazas públicas de accesibilidad, que las fija en 2/3.

10. Con fecha 3.1.2013, el Subdirector General de Acción Social y Menores, remite propuesta de iniciación de expediente de contratación administrativa especial para la puesta a disposición de la Consellería de Bienestar Social de plazas de accesibilidad social para personas mayores dependientes, en la zona 2 del Mapa de atención gerontológica de la Comunidad Valenciana, por procedimiento negociado sin publicidad, se acompañaba pliego de cláusulas administrativas e informe favorable de la Abogacía de la Generalidad.

Con fecha 11.2.2013, la Consellería de Bienestar Social aprueba el expediente de contratación por tramitación urgente, aprueba el gasto y autoriza la apertura del procedimiento de contratación. En esa misma fecha se requiere a CENTROS RESIDENCIALES SAVIA S.L, SACOVA CENTROS RESIDENCIALES, S.L, para que hagan la oportuna propuesta para 17 plazas en Moncofa y 31 en Vila-Real. Con fecha 20.2.2013, se levanta acta y se propone la adjudicación de las plazas.

Con fecha 26.2.2013, el Subsecretario de la Consellería adjudica las plazas a ambas empresas, firmándose el contrato el 28.2.2013.

Con fecha 10.6.2013, se publica en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana las adjudicaciones de todas las zonas.

TERCERO.- Con carácter previo a entrar en el fondo las partes proponen dos causas de inadmisibilidad:

- A. Por la Generalidad Valenciana. Desviación Procesal.
- B. Por parte de las empresas codemandadas, vulneración del art. 45 de la Ley 29/1998, la empresa no aporta la documentación necesaria para interponer el recurso.

CUARTO.- Entrando en la primera causa esgrimida por la legal representación de la Generalidad Valenciana, señala que la resolución recurrida en el escrito de interposición y la vía administrativa seguida no se corresponde con lo solicitado en el suplico del escrito de demanda:

- 1. En el escrito de interposición, en coherencia con la vía administrativa, la parte solicitaba:

(...) *Resolución de la Subsecretaría de la Consellería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana, de 26 de febrero de 2013, por la que se adjudica el contrato administrativo especial para la puesta a disposición de la Consellería de Bienestar Social de plazas de accesibilidad social para personas mayores dependientes, en la zona 2 del Mapa de Atención Gerontológica de la Comunidad Valenciana, con código de expediente CNMY/13/02-2/43(...).*

2. En el suplico de la demanda solicita:

(...) *Y previos los trámites procesales oportunos o en vigor, apertura de trámite de conclusiones en el que poder valorar la prueba practicada en su caso y contestar los argumentos del escrito de contestación a la demanda; dicte sentencia por la que estimando el presente recurso contencioso administrativo declare la NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL ACTO ADMINISTRATIVO RECURRIDO por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito y, en consecuentemente se DECLARE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO de la disposición transitoria séptima de la Orden 21/2012, de 25 de Octubre, de la Consellería de Bienestar Social, por la que se regulan los requisitos y condiciones de acceso al programa de atención a las personas y a sus familias en el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Valenciana, impugnada indirectamente en el presente procedimiento(...).*

A juicio de la Sala no existe desviación procesal de ningún tipo, cierto que el suplico de la demanda se presta a cierta confusión, no obstante, se desprende del mismo que existe una impugnación directa y una indirecta:

A. Directa: Resolución de la Subsecretaría de la Consellería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana, de 26 de febrero de 2013.

B. Indirecta: Disposición transitoria séptima de la Orden 21/2012, de 25 de Octubre, de la Consellería de Bienestar Social, por la que se regulan los requisitos y condiciones de acceso al programa de atención a las personas y a sus familias en el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Valenciana.

La impugnación indirecta está prevista en el art. 26.1 de la Ley 29/1998:

(...) *Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.(...).*

En nuestro caso, la parte demandante afirma que la disposición transitoria séptima de la orden 21/2012, es una de las bases jurídicas que han permitido la celebración del concurso impugnado en las condiciones relatadas en el fundamento de derecho segundo, indirectamente impugnado. En consecuencia, se desestima el motivo de inadmisibilidad parcial del recurso.

QUINTO.- En cuanto a la infracción del art. 45.2.d) de la Ley 29/1998, el precepto establece como requisito de admisibilidad del recurso:

(...) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.(...).

La parte demandante ha acreditado a juicio de la Sala el cumplimiento de los requisitos del precepto estudiado. Por acuerdo de la Asamblea General de la Asociación demandante de 1.12.2011, protocolizado notarialmente, se confirió a Dña. Alicia Azaña Liz -secretaria general de AESTE- la facultad para que en nombre y representación de A.E.S.T.E. ejercite todas y cada una de las facultades que resultan de la propia certificación, entre los que se encuentran el ejercicio de la presente acción. Se desestima la excepción procesal.

SEXTO.- Entrando en el fondo del proceso, el resumen de las impugnaciones lo podemos centrar:

1. Naturaleza del contrato.
2. Si se trata de un concurso nuevo o mera ampliación del celebrado en 2001.
3. Según la parte demandante, la Administración no podía sacar a concurso 2/3 de las plazas en un concurso "negociado y sin publicidad".

SÉTPIMO.- El contrato celebrado en 2001 entendemos, siguiendo el criterio de las empresas codemandadas, podemos incardinarlo dentro de los contratos administrativos especiales. Regulados en su momento por el art. 5.2 párrafo segundo del TRLCAP 2000 (vigente en ese momento), hoy en el art. 19.1.b) del TRLCSP de 2011. El art. 7.1 in fine del TRLCAP 2000, establecía que se regirán: en primer término, por sus normas específicas y como supletoria la legislación estatal sobre contratos del sector público. Las razones son las siguientes:

1. No estamos ante un contrato de obras a pesar de que las empresas tengan que construir residencias, lo cierto es que no perciben remuneración de ningún tipo por la construcción.
2. Tampoco estamos ante una concesión, el menos visto el contrato desde todas sus aristas, puesto que no presta un servicio público que la Administración estuviere prestando.
3. Tampoco ante un concierto, puesto que no se presta un servicio que estuviera prestando de manera privada -podría serlo en caso de las ampliaciones.

Cierto como afirma el codemandado que una vez se han construido las residencias tiene todas las características de un concierto, las empresas ponen a disposición de la Administración un tercio de las plazas por un precio y, en cuanto al resto, funciona como una empresa privada.

OCTAVO.- Una vez hemos concluido que nos encontramos ante un contrato administrativo especial, el paso siguiente será determinar el objeto de ese contrato en relación a lo que las partes demandadas denominan exclusividad.

Con carácter previo, este Tribunal, cuando analiza la resolución impugnada por la parte actora sobre si se trata de ampliación o nuevo contrato donde se parte de la exclusividad respecto a las nuevas plazas ofertadas por la Generalidad Valenciana, toma como referencia nuclear el concurso celebrado en 2001 (concurso número GR/0038/02/01 consistente en la creación de un máximo total de 9.000 plazas residenciales para personas mayores), no estamos vinculados ni por la interpretación que la Consellería de Bienestar Social emitió el 26.9.2001, ni por la Orden de 2008, convenio de 2008 ni por la aprobación de la Orden 21/2013.

El objeto del contrato de 2001 estimamos que no necesita interpretación de ningún tipo en cuanto al objeto:

(...) contrato administrativo especial consistente en la creación de un máximo total de 9.000 plazas residenciales para personas mayores, de acuerdo con los lotes señalados en la cláusula 2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares y la puesta a disposición de la Consellería de Bienestar Social de hasta 1/3 de las mismas para personas mayores dependientes(...).

Las empresas construían las residencias o las ampliaban y adaptaban, y la Consellería abonaba -dentro de ese tercio- por las plazas ocupadas durante el tiempo de su ocupación, en ningún caso la Consellería se comprometía a abonar cantidad económica alguna por las plazas de accesibilidad social durante el tiempo en

que no hubieran estado ocupadas, ni los importes que correspondía abonar a los usuarios por la ocupación de estas plazas y que no hayan sido objeto de subvención; en cuanto al resto, siguiendo los parámetros marcados por la Generalidad Valenciana funcionaban como una empresa privada. En cuanto a la exclusividad:

En el concurso de 2001, la Administración ofertaba 3000 plazas públicas, con la obligación de las empresas de crear 9000 (6.000 plazas como privadas), el art. 2.2 in fine del pliego de cláusulas administrativas particulares literalmente decía:

(...) Los diferentes adjudicatarios de cada zona tendrán garantizada en exclusiva la gestión y puesta a disposición de las nuevas plazas de accesibilidad social para personas mayores dependientes de la zona en su conjunto en favor de la Consellería de Bienestar Social (...).

Por su parte, el art. 5.d) nos dice:

(...) Proporcionar al conjunto de adjudicatarios de las respectivas zonas, la exclusividad en la gestión de nuevas plazas residenciales para personas mayores dependientes en la correspondiente demarcación, absteniéndose de subvencionar la atención residencial de nuevas personas mayores de dichas características en centros ajenos a los de los adjudicatarios, mientras estos tengan plazas disponibles. Esta garantía de exclusividad debe entenderse dentro de cada zona, por lo que la obligación de la Administración se refiere a los adjudicatarios de las respectivas zonas(...).

En este contexto, la primera labor es determinar el significado de la exclusividad, a juicio del Tribunal, cuando el pliego de condiciones habla de "exclusividad" en las nuevas plazas se está refiriendo al tercio de las plazas que se crean, es decir, las 3000 de un total de 9000. El art. 2.1 del pliego de cláusulas administrativas del contrato, en su número 1, regula el objeto del contrato y las obligaciones de los adjudicatarios de cada zona, cuando el art. 2.2 se refiere a las nuevas plazas no lo hace sobre plazas que se puedan crear en un futuro, se refiere claramente a las nuevas que han sido sacadas a concurso *-de las nuevas plazas-* que iban a ser objeto de adjudicación; lo mismo cabe decir del art. 5.d), se refiere a las nuevas plazas que están siendo objeto de adjudicación.

La resolución interpretativa del contrato realizada por el Conseller de Bienestar Social de 26 de Septiembre de 2001 no la compartimos, por dos motivos:

1. Confusión. El punto 4º de la resolución interpretativa parece claro al indicar que la exclusividad se refiere a las nuevas plazas

que puedan crearse en el futuro, no obstante, el punto 4º.d) in fine retoma el criterio que hemos apuntado en el párrafo anterior:

(...) En cualquier caso, debe entenderse que los adjudicatarios únicamente podrán poner a disposición y gestionar nuevas plazas de accesibilidad social, en los centros y con las plazas adjudicadas en el contrato(...).

Las plazas públicas adjudicadas en el contrato eran 1/3 del total de 9000. En el punto 7º de la resolución interpretativa se habla de la creación de nuevas plazas y reconversión de los 2/3 restante de plazas libres a plazas de accesibilidad social.

2. Es contraria a las propias cláusulas del contrato. En tanto en cuanto la resolución interpretativa entienda que las nuevas plazas se refieren a las que se puedan crear en un futuro y pudieran operar sobre los 2/3 de las plazas libres, la interpretación de exclusividad es contraria al propio pliego que rigió el concurso.

NOVENO.- Habiendo resuelto el punto referido a la naturaleza del contrato y la cláusula de exclusividad, procede analizar los efectos de las resoluciones posteriores hasta llegar al concurso que está siendo objeto de impugnación. A partir de este momento, la Generalidad Valenciana va a entrar en contradicción consigo misma, no solo respecto del contrato adjudicado sino de su propia resolución interpretativa, vamos a analizar el iter normativo y de resoluciones administrativas:

A. La Orden de 5 de diciembre de 2007, de la Consellería de Bienestar Social, por la que se regula los requisitos y condiciones de acceso a las ayudas económicas del programa de atención a las personas y a sus familias en el marco del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Valenciana, a juicio de la Sala es contraria al concurso de 2001 -en lo referente al aumento del número de plazas- pero coherente con la interpretación que había hecho el Conseller en su resolución interpretativa. El punto 7º de la resolución entendía que la creación de nuevas plazas de accesibilidad social podían ser absorbidas por los 2/3 de las plazas libres (sobre las 9000 creadas inicialmente), obviamente, la disposición transitoria cuarta nº 4 y 5 de la Orden de la Consellería se ajustaba a dicho planteamiento

(...) Cuarta. Régimen Especial de las Residencias de Accesibilidad Social.

4. A tal efecto, y respetando, en todo caso, los aspectos fundamentales de aquella licitación (número de Centros, número de plazas en cada Centro, plazo de duración del contrato), y la libre voluntad de las partes contratantes, dentro de las disponibilidades presupuestarias de la Generalidad y de forma

coherente con las previsiones de atención residencial en la Comunidad Valenciana para los próximos años, se podrá incrementar el número de plazas a sujeta al régimen de concierto hasta el 100 por ciento de las plazas disponibles en dichos Centros, hasta la finalización del plazo contractual, entendiéndose como tales cualquiera de las plazas existentes en los Centros acogidos al Plan de Accesibilidad social, independientemente de su naturaleza (plazas de accesibilidad social o plazas de libre disposición).

5. Como consecuencia de los ajustes regulados en esta Disposición Transitoria, el número de plazas concertadas entre la Generalitat y cualquiera de las empresas adjudicatarias del Plan de Accesibilidad Social no podrá ser inferior al número de plazas puestas a disposición de la Consellería de Bienestar Social como plazas de Accesibilidad, ni superior al número total de plazas disponibles en dichos Centros.(...).

B. Con fecha 31.10.2008, la Consellería de Bienestar Social y los adjudicatarios del contrato especial en 2001, suscriben acuerdo para adaptar la Ley de Dependencia con dos puntos de interés a los efectos que nos ocupan:

a. Incrementar las plazas en los centros existentes de asistencia social al 100% con la siguiente proporción: (1) 1937 plazas en 2008 (2) 863 en 2009 y (3) 1533 en 2010.

El convenio nuevamente se ajustaba a la resolución interpretativa del Conseller de Bienestar Social de 26 de Septiembre de 2001, es decir, el incremento de las plazas públicas de asistencia social lo absorbían progresivamente los 2/3 de plazas libres del concurso de 2001.

C. Orden 21/2012, de 25 de octubre, de la Consellería de Justicia y Bienestar Social, por la que se regulan los requisitos y condiciones de acceso al programa de atención a las personas y a sus familias en el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Valenciana (DOGV nº 6892 de 30.10.2012). La disposición transitoria séptima nos dice a propósito de las plazas públicas de accesibilidad:

(...) Séptima. Régimen especial de las Residencias de Accesibilidad Social

1. Con la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, el programa de accesibilidad social se integró en el sistema de la dependencia, por lo que los Centros de Accesibilidad Social, contruidos por empresas adjudicatarias en virtud de la licitación del Contrato Administrativo Especial para la construcción de aquellas residencias, pasaron a ser en virtud de la Orden de 5 de

diciembre de 2007 de la Conselleria de Bienestar Social, Centros Concertados a los efectos de la citada ley.

2. En función del Contrato Administrativo Especial los centros asumieron la obligación de poner a disposición de la Generalitat un tercio de sus plazas, y ésta la de ocupar dichas plazas con usuarios, obligación que se trasladó en la misma extensión al régimen de conciertos con la Orden de 5 de diciembre de 2007. Posteriormente en virtud de los acuerdos habidos con dichos centros y las posibilidades presupuestarias de la Generalitat, se ha concertado un tercio adicional de las plazas de esos centros.

3. Mediante la presente orden queda fijado el alcance de su régimen de concierto, con la obligación de la Consellería con competencia en materia de bienestar social, de concertar dos tercios de sus plazas, y la correspondiente obligación de los centros de puesta a disposición de la

Consellería de ese número de plazas. Todo ello siempre sujeto a la existencia de disponibilidad presupuestaria, de demanda y a la precisa concreción de la misma y su idoneidad en el Plan Individual de Atención.(...).

Lo que nos viene a decir esta disposición transitoria, de forma contradictoria, es que en virtud del contrato administrativo especial y Orden 5.12.2007, las plazas a poner a disposición de la Consellería de Bienestar Social era de 1/3 -la disp. trans. cuarta de la Orden en su punto 4 in fine la cifraba en el 100% en caso de aumento del número de plazas públicas-; en virtud de convenio de 2008 aumentaron 1/3 (con lo cual, suman 2/3), la disposición estudiada fija en 2/3 el número de plazas, es decir, ya no dice que en caso de aumento será el 100% como establecía la disposición transitoria cuarta de la Orden de 2007 siguiendo la resolución interpretativa del Conseller de 2001.

D. Resolución de la Subsecretaría de la Consellería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana, de 26 de febrero de 2013, objeto directo del presente recurso e indirecto la disposición transitoria séptima de la Orden 21/2012.

La resolución puede interpretarse en dos sentidos:

1. Como quiera que el aumento en el número de plazas era absorbido por la cláusula de exclusividad de 2001, ni siquiera haría falta concurso, bastaría aumentar el concierto y asignar presupuesto. La Administración y la parte codemandada sostienen esta tesis, el concurso convocado no tendría por objeto la adjudicación de la ampliación de plazas sino únicamente la fijación del precio de la mismas. Así se reconoce expresamente en el propio pliego de cláusulas administrativas (art. 11.3):

(...) El aspecto objeto de negociación de las ofertas será el precio de las plazas de accesibilidad social, valorándose la minoración en el precio máximo inicial fijado en el Pliego para las plazas de accesibilidad social ofertadas(...).

Llama también la atención la duración del contrato, según la cláusula 6ª desde el 1.2.2013 hasta el 31.12.2013, es de suponer que por razones presupuestarias.

2. La tesis mantenida por la parte demandante es que la Administración no podía sacar a concurso por el procedimiento negociado sin publicidad, entiende que el concurso de 2001 sólo cubría exclusividad respecto a 1/3 de las plazas, por tanto, absorbido ese tercio cualquier aumento tenía que ser sometido a concurso ordinario, de ahí la impugnación indirecta de la disposición transitoria séptima de la Orden 21/2012, de 25 de octubre, de la Consellería de Justicia y Bienestar Social, que serviría de soporte jurídico a esta ampliación.

DÉCIMO.- En este momento vamos a examinar la posición de cada una de las partes:

A. Administración y empresas codemandadas, el enfoque que ofrecen en este proceso, con independencia de las discrepancias respecto a la disposición transitoria séptima de la Orden 21/2012, es la misma, parten de la resolución interpretativa del Conseller de 2001 sobre la exclusividad.

La primera cuestión será determinar la legislación aplicable al concurso objeto de debate, ambas partes demandadas entienden aplicable el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, estamos de acuerdo con esta premisa, el concurso se convocó y resolvió en 2013, por tanto, se debe aplicar la normativa en vigor cuando se inició el concurso.

Existen dos argumentos fundamentos para que se haya seguido procedimiento negociado sin publicidad:

1. Parten del 138.2 en relación con el art. 170.d) del TRLCSP que dice:

(...) 2. La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175(...).

El segundo de los preceptos citados establece:

(...) En los términos que se establecen para cada tipo de contrato en los artículos siguientes, los contratos que celebren las

Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos:

d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado(...).

2. El art. 172 a) en relación con la cláusula 5ª del pliego de condiciones de 2001.

(...) Contratos de gestión de servicios públicos. Además de en los supuestos previstos en el artículo 170, podrá acudir al procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de servicios públicos respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta(...).

3. En cuanto a la falta de publicidad, el art. 177.1 del TRLCSP interpretado a sensu contrario:

(...) Anuncio de licitación y presentación de solicitudes de participación.

1. Cuando se acuda al procedimiento negociado por concurrir las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 170, en la letra a) del artículo 171, o en la letra a) del artículo 174, el órgano de contratación deberá publicar un anuncio de licitación en la forma prevista en el artículo 142(...).

En definitiva, hacen una interpretación partiendo de un derecho de exclusividad sobre nuevas plazas, sobre esta base, entienden que lo único a discutir es el precio que deben ofertar las empresas adjudicatarias de 2001, de ahí, que el objeto del contrato controvertido sólo sea el precio a ofertar.

B. La parte demandante impugna la interpretación hecha por la Administración y partes codemandadas, parte de dos premisas: (1) entiende que el procedimiento se inició antes de la entrada en vigor del RDLeg. 3/2011, por tanto, regiría la Ley 30/2007; (2) entiende que sólo existe exclusividad respecto a 1/3 de las plazas. Los argumentos expuestos son los siguientes:

1. Art. 99.bis de la Ley 30/2007, en la redacción dada por la Ley 2/2011, de economía sostenible:

(...) La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación

preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b).(...

2. El demandante cita prácticamente los mismos preceptos transcritos anteriormente en sentido contrario, es decir, tomando como punto de partida la existencia de un derecho de exclusividad en sentido estricto, es decir, 1/3 de las plazas subvencionadas.

UNDÉCIMO.- Sobre esta base, la Sala debe resolver tres cuestiones:

1. El alegato de nulidad absoluta esgrimida por la parte actora -art. 62.1.e)- entiende que la Administración ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Esta alegación la vamos a desestimar, la Administración no ha prescindido de manera absoluta del procedimiento legalmente establecido, parte de una interpretación del contrato y sigue el procedimiento acorde con dicha interpretación.

2. Vulneración de las normas de procedimiento en función de la interpretación de la cláusula de exclusividad.

En la presente sentencia hemos llegado a una primera conclusión en el fundamento de derecho octavo, la exclusividad en las nuevas plazas sólo alcanzaba a 1/3 de las nueve mil plazas según el art. 2.2 del pliego de cláusulas administrativas, por tanto, cualquier ampliación de las plazas tenía que ser ofertado por el procedimiento ordinario en sus distintas modalidades. Con esta premisa, la conclusión es simple en un doble sentido:

1. Recurso indirecto frente a la disposición transitoria séptima de la Orden 21/2012, de 25 de octubre, de la Consellería de Justicia y Bienestar Social, por la que se regulan los requisitos y condiciones de acceso al programa de atención a las personas y a sus familias en el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Valenciana (DOGV nº 6892 de 30.10.2012). La disposición de la orden que se impugna es contraria a derecho por llevar a cabo una modificación de un contrato suscrito en 2001, amplía su objeto de forma no permitida por la legislación de contratos. No vamos a proceder a anular formalmente esta disposición, la disposición derogatoria única.1 de la Orden 34/2014, 22 diciembre, de la Consellería de

Bienestar Social, por la que se modifica la Orden 21/2012, de 25 de octubre, por la que se regulan los requisitos y condiciones de acceso al programa de atención a las personas y a sus familias en el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Valenciana («D.O.C.V.» 31 diciembre) ha dejado sin efecto la Orden indirectamente impugnada.

2. La Resolución de la Subsecretaría de la Consellería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana, de 26 de febrero de 2013, es contraria a derecho al haber optado por el procedimiento negociado sin publicidad, todo ello en base a una interpretación de la cláusula de exclusividad que es contraria a derecho.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimar el recurso planteado por ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (en adelante, AESTE) contra "Resolución de la Subsecretaría de la Consellería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana, de 26 de febrero de 2013, por la que se adjudica el contrato administrativo especial para la puesta a disposición de la Consellería de Bienestar Social de plazas de accesibilidad social para personas mayores dependientes, en la zona 2 del Mapa de Atención Gerontológica de la Comunidad Valenciana, con código de expediente CNMY/13/02-2/43". SE ANULAN LAS RESOLUCIONES RECURRIDAS. Se imponen las costas procesales a las partes demandadas.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Frente a la misma cabe recurso de casación ordinaria ante el Tribunal Supremo del art. 86 de la Ley 29/1998, se preparará ante esta Sala en el plazo de diez días contados desde el siguiente de la notificación de la presente, conforme al art. 90 de la citada Ley.

PUBLICACION.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Secretaria de la misma, certifico,