



Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por Fernando Félez Costa con objeto de analizar la legalidad de la licitación del servicio de asesoramiento jurídico a mujeres, convocado por el Instituto Aragonés de la Mujer

Zaragoza, a 21 de diciembre de 2016

Directores del trabajo:

D. José María Gimeno Feliú
D. Ángel Aguirre Pardillos

Facultad de Derecho
2016-2017

ÍNDICE

I.- ANTECEDENTES.....	5
1.- HECHOS.....	5
2.- DOCUMENTACIÓN DE PARTIDA.....	7
II.- ANÁLISIS DE LA LICITACIÓN Y SU LEGALIDAD: OBJETO, CALIFICACIÓN Y PROCEDIMIENTO. FORMAS DE PRESTAR EL SERVICIO.....	8
1.- OBJETO DE LA LICITACIÓN: ¿SE PUEDE LICITAR EL SERVICIO DE ATENCIÓN A LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO?.....	8
2.- TIPO Y CALIFICACIÓN DEL CONTRATO. CUESTIONES RELATIVAS A LA LICITACIÓN DEL SERVICIO COMO CONTRATO DE SERVICIOS.....	14
3.- FORMAS DE PRESTAR EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO A MUJERES. LA IMPOSIBILIDAD DE INSTRUMENTALIZAR EL SERVICIO A TRAVÉS DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	19
III.- CUESTIONES INCIDENTALES.....	22
1.- LEGITIMACIÓN DEL RECURRENTE.....	22
2.- POSIBLES VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LA LICITACIÓN.....	23
IV.- CONCLUSIONES.....	27

I. ANTECEDENTES

1.- HECHOS

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género introdujo, entre otras medidas de protección, el derecho de las víctimas de violencia de género a la información, a la asistencia social integral, al asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia, y a la asistencia jurídica gratuita (artículos 17 a 20 de la citada Ley).

En Aragón, las medidas de protección a las mujeres se recogieron en la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Violencia de Género de Aragón (artículos 12 a 17), garantizando e incluso ampliando los derechos de las víctimas de violencia de género en esta Comunidad Autónoma. La gestión y competencia de los servicios creados por esta Ley se encomendaron al Instituto Aragonés de la Mujer, organismo autónomo adscrito al Departamento que tenga atribuidas las competencias en materia de servicios sociales (actualmente el Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales del Gobierno de Aragón).

Sin embargo, aunque la asistencia jurídica a las víctimas de violencia de género se regularon en estas dos leyes, entre el Gobierno de Aragón y el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón ya se venían produciendo sucesivos convenios de colaboración (el primero datado de junio de 1993), mediante los cuales los Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel prestaban la citada asistencia jurídica. A partir de 2009, dicho servicio se empezó a instrumentalizar a través contratos administrativos, formalizados mediante el procedimiento negociado sin publicidad del artículo 170 TRLCSP, en lugar de convenios interadministrativos.

El 26 de abril de 2016 se publicó en el Boletín Oficial de Aragón el anuncio de licitación relativo a la «prestación del servicio de asesoramiento jurídico individualizado a mujeres, para los ejercicios 2016 y 2017», convocado por el Instituto Aragonés de la Mujer, tipificado como un contrato de servicios y tramitado como procedimiento abierto valorado en 262.548 euros (I.V.A. no incluido). El Pliego de Prescripciones Técnicas definía el objeto de la licitación de la siguiente manera:

«El Servicio de Asesoramiento Jurídico a mujeres residentes en la comunidad Autónoma de Aragón se prestará en: Huesca, Teruel y Zaragoza, cada uno en el ámbito de su competencia territorial y dentro de las previsiones contenidas en el presente pliego de prescripciones técnicas.

Asesoramiento Jurídico Individualizado a Mujeres:

Comprenderá la orientación jurídica puntual y gratuita en los temas que la solicitante plantea.

Comprenderá también la información necesaria y el apoyo preciso para la realización de los trámites para efectuar la solicitud de Asistencia Jurídica Gratuita conforme a lo previsto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y en su modificación llevada a cabo por Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, de modificación de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el Sistema de Asistencia Gratuita cuya concesión conlleva la designación de abogado y procurador de entre los que figuran en las listas colegiales de Turno de Oficio.

Queda excluida, en cualquier caso, del ámbito de actuación de los/as Letrados/as que presten el servicio de asesoramiento individualizado, la tramitación directa de asuntos, la redacción de cualquier tipo de documento o la recomendación de profesionales».

El 13 de mayo de 2016 el representante del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón interpuso recurso especial en materia de contratación frente al anuncio de la citada licitación y los respectivos Pliegos del contrato. Los motivos alegados por el recurrente fueron, en esencia, la incorrecta tipificación del contrato licitado como contrato de servicios, la exclusión de estos tipos de servicios jurídicos en base a la nueva Directiva europea de contratación pública, la necesidad de canalizar el contrato por la vía de los convenios interadministrativos y la vulneración de lo dispuesto en la normativa de asistencia jurídica gratuita.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón desestimó el recurso planteado mediante el Acuerdo 53/2016, de 31 de mayo, por entender que el objeto de la licitación estaba correctamente tipificado como servicio, que no operaba la exclusión recogida en la nueva Directiva de contratación pública, que no procedía el convenio interadministrativo en este supuesto y que no se vulneraba lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita¹.

¹A lo largo del trabajo se analizarán jurídicamente los motivos alegados por el recurrente así como los argumentos recogidos en ese Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

No obstante, al final, el Instituto Aragonés de la Mujer declaró desierto el citado procedimiento contractual, a raíz de que no se presentara ninguna oferta, mediante la Resolución de 24 de junio de 2016 de la Directora del Instituto Aragonés de la Mujer (BOA núm. 130, de 7 de julio de 2016, pág. 17634), adjudicando posteriormente el servicio al Consejo de Colegios de Abogados de Aragón a través de la Resolución de 31 de agosto de 2016, de la Directora del Instituto Aragonés de la Mujer, por el procedimiento negociado sin publicidad del artículo 170.c) TRLCSP².

2.- DOCUMENTACIÓN DE PARTIDA

Para la realización de este informe, se ha tenido en cuenta la siguiente documentación:

- El Anuncio del Instituto Aragonés de la Mujer, por el que se convoca a licitación, mediante procedimiento abierto, el contrato de servicios referente a la prestación del servicio de asesoramiento jurídico individualizado a mujeres, para los ejercicios 2016 y 2017 (BOA núm. 79, de 26 de abril de 2016, pág. 9741) y sus respectivos Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares y Prescripciones Técnicas.
- El recurso especial en materia de contratación interpuesto por el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, interpuesto frente a la citada licitación
- El Acuerdo 53/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos del Sector Público de Aragón.

²Circular 63/2016, de 14 de octubre, del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

II.- ANÁLISIS DE LA LICITACIÓN Y SU LEGALIDAD: OBJETO, CALIFICACIÓN Y PROCEDIMIENTO. FORMAS DE PRESTAR EL SERVICIO.

1.- OBJETO DE LA LICITACIÓN: ¿SE PUEDE LICITAR EL SERVICIO DE ATENCIÓN A LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO?

La cuestión, a mi juicio, más relevante, y que por lo tanto hay que abordar en primer lugar, es si el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres víctimas de violencia de género puede ser objeto de contratación pública, es decir, si es un servicio sujeto a la libre competencia o si, por el contrario, existe algún impedimento legal que no permite licitarlo.

Como se ha hecho referencia al principio, este servicio está regulado en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de cuyo articulado se puede destacar el siguiente:

Artículo 18. Derecho a la información.

1. Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las Administraciones Públicas.

Dicha información comprenderá las medidas contempladas en esta Ley relativas a su protección y seguridad, y los derechos y ayudas previstos en la misma, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral.

2. Se garantizará, a través de los medios necesarios, que las mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes. Esta información deberá ofrecerse en formato accesible y comprensible a las personas con discapacidad, tales como lengua de signos u otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos.

3. Asimismo, se articularán los medios necesarios para que las mujeres víctimas de violencia de género que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el acceso integral a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho.

Artículo 20. Asistencia jurídica.

1. Las víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia, y a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos, una misma dirección letrada deberá asumir la defensa de la víctima, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten.

2. En todo caso, cuando se trate de garantizar la defensa y asistencia jurídica a las víctimas de violencia de género, se procederá de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

3. Los Colegios de Abogados, cuando exijan para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización, asegurarán una formación específica que coadyuve al ejercicio profesional de una defensa eficaz en materia de violencia de género.

4. Igualmente, los Colegios de Abogados adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de letrado de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género.

Del mismo modo, en Aragón este servicio se introdujo en la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Violencia de Género de Aragón en los siguientes términos:

Artículo 16. Asesoramiento y asistencia jurídica, social y psicológica

1. El Gobierno de Aragón, en colaboración con otras Administraciones Públicas y, en su caso, entidades privadas, garantiza la asistencia jurídica a mujeres que sufren violencia, la cual se llevará a cabo mediante un servicio de atención especializada y gratuita que oriente a las mujeres sobre los aspectos jurídicos que les afectan.

2. La asistencia y el asesoramiento en el ámbito social y psicológico se prestarán de forma individualizada y gratuita por el personal especializado, que ofrecerá la información y el apoyo necesarios.

Artículo 17. Servicio de guardia

1. El Instituto Aragonés de la Mujer habilitará un servicio de guardia que prestará asistencia jurídica y social de emergencia a las mujeres víctimas de violencia durante las veinticuatro horas del día, a través de un teléfono gratuito que activará las atenciones de profesionales especialistas en la materia.

2. La asistencia social comprenderá, en su caso, el acompañamiento de las víctimas para llevar a cabo las actuaciones pertinentes y el acceso a los recursos de atención, apoyo y acogida que precisen para facilitar su protección y ayuda.

3. La asistencia jurídica prestada en el servicio de guardia comprenderá el asesoramiento previo a la denuncia o la solicitud de la orden de protección y, en su caso, la asistencia en su redacción y presentación. Dicha asistencia tendrá carácter gratuito en el caso de que las víctimas cumplan los requisitos previstos para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita.

4. La Comunidad Autónoma de Aragón dotará los fondos necesarios para garantizar la asistencia jurídica gratuita en las actuaciones propias del servicio de guardia a todas las mujeres víctimas de violencia amparadas por la presente Ley que, cumpliendo los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tengan cubierta la gratuitidad de dichas actuaciones con fondos estatales.

Como se puede observar, en estas leyes no se regula más allá del reconocimiento del derecho de las mujeres víctimas de violencia de género a recibir asesoramiento y asistencia jurídica gratuita, sin indicar expresamente la forma en la que debe realizarse dicho asesoramiento. Únicamente en la ley orgánica se recoge que «*Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las Administraciones Públicas*» (artículo 18.1), mientras que en la ley aragonesa se indica que el Gobierno de Aragón «... en colaboración con otras Administraciones públicas y, en su caso, entidades privadas...» (artículo 16.1) garantiza el derecho.

Por lo tanto, *a priori*, parece abierta la vía de la contratación pública para la prestación del servicio de asesoramiento jurídico a las mujeres que hayan sido víctimas de violencia de género.

No obstante, el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón entendió que este asesoramiento jurídico no podía ser objeto de licitación, en tanto y cuando los competentes para prestar este servicio son los Colegios de Abogados en base a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

En el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, se argumentaba que la Administración no puede licitar un servicio sobre el que no tiene competencia exclusiva, pues la competencia sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita está atribuida directamente a unas organizaciones específicas, como así establece el artículo 22 de la Ley 1/1996, de 10 de enero³:

Artículo 22. Gestión colegial de los servicios de asistencia letrada, de defensa y de representación gratuitas.

Los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición.

Los Colegios de Abogados implantarán servicios de asesoramiento a los peticionarios de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de orientar y encauzar sus pretensiones. Dicho asesoramiento tendrá, en todo caso, carácter gratuito para los solicitantes.

Los Colegios de Abogados facilitarán a los solicitantes de asistencia jurídica gratuita la información necesaria en relación al cumplimiento de los requisitos para su concesión, así como el auxilio en la redacción de las solicitudes correspondientes.

Sin embargo, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón resolvió desestimando este argumento en su Acuerdo 53/2016 en los siguientes términos [Fundamento de Derecho Sexto]:

«(...) Lo cierto es, sin embargo, que el contrato objeto de licitación, no se mueve en el ámbito de aplicación de asistencia letrada, defensa y representación gratuita de la Ley 1/1996, de 10 de enero. Se trata de un servicio de asesoramiento jurídico que el IAM ofrece en el ámbito de sus competencias. Que se encuentra perfectamente definido en el PPT, que no interfiere con la asistencia letrada, defensa y representación gratuita. Que se presta en el ámbito de las competencias del IAM, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2/1993, de 19 de febrero, por la que se crea el Instituto Aragonés de la Mujer; y en la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón. Y, lo que es especialmente relevante, que se financia con cargo a los recursos propios del IAM; y no mediante la subvención regulada en el artículo 37 y siguientes de la Ley 1/1996, de 10 de enero (...».

He aquí el problema de fondo: ¿el servicio licitado afecta al ámbito de aplicación de la asistencia letrada, defensa y representación gratuita de la Ley 1/1996? ¿Qué tipo concreto de asistencia comprende este servicio? ¿Quién es el competente para organizarlo?

³ En el recurso también se hacía referencia a otros artículos de la misma Ley, como los artículos 1, 2.g), 6.1, 12.2, 24, 25 y 37, todos ellos modificados por la Disposición Final tercera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de modo que desde aquí me remito a ellos sin perjuicio de posteriores remisiones que se harán más adelante.

Para dar respuesta a estas preguntas, en primer lugar es necesario determinar en qué consiste el asesoramiento jurídico a mujeres, indicando si se encuentra dentro de las prestaciones que comprenden el derecho a la asistencia jurídica gratuita o no. La importancia de este extremo radica, a mi parecer, en que si el asesoramiento jurídico a mujeres se encuentra dentro de la asistencia jurídica gratuita, el competente para prestarlo será el mismo que quien es competente para prestar la asistencia jurídica gratuita en su conjunto, es decir, los Colegios de Abogados, mientras que si es un servicio relacionado con la asistencia jurídica gratuita, pero independiente de ella, el competente para prestarlo sería el Instituto Aragonés de la Mujer.

En mi opinión, creo que existen elementos para concluir que el asesoramiento jurídico a las mujeres víctimas de violencia de género, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y que después se reguló en Aragón con la Ley 4/2007, de 22 de marzo, está integrado en el derecho de la asistencia jurídica gratuita, sobre todo después de la modificación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

Según el Pliego de Prescripciones Técnicas, el servicio comprende «*la orientación jurídica y puntual que la solicitante plantee*», así como «*la información necesaria y el apoyo preciso para la realización de los trámites para efectuar la solicitud de Asistencia Jurídica Gratuita (...)*», quedando excluida «*la tramitación directa de asuntos, la redacción de cualquier tipo de documento o la recomendación de profesionales*».

A mi parecer, todos estos servicios ya están siendo prestados por los Colegios de Abogados a través de los Servicios de Orientación Jurídica (S.O.J.). En lo referente a la «*orientación jurídica y puntual*», se recoge expresamente en el artículo 6.1.II de la Ley 1/1996, de 10 de enero, que la asistencia jurídica gratuita comprende, además de la asistencia letrada, el asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querella para cuando se trate de víctimas de violencia de género, asistencia que «*se les prestará de inmediato*» (artículo 2.g de la citada Ley). Y en lo que respecta a la «*información necesaria y el apoyo preciso para efectuar la solicitud de Asistencia Jurídica Gratuita (...)*», el artículo 25.2 bis del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, que regula el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, establece que «*Designado el abogado de oficio, éste informará a su defendida del derecho que le asiste para solicitar el beneficio de asistencia justicia gratuita, le informará de los requisitos necesarios para su reconocimiento, auxiliándola si fuese necesario en la redacción de los impresos de solicitud (...)*».

Además, creo que es relevante tener en cuenta el requisito que se establece en el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, en donde se dispone que «*Las víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia, y a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos, una misma dirección letrada deberá asumir la defensa de*

la víctima, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa⁴. (...) En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten.» Es decir, el letrado que asesore a las víctimas de violencia de género debe ser el mismo que las asista en los procedimientos posteriores, en base al principio de unidad de defensa, a no ser que se les produzca algún tipo de indefensión.

Por otro lado, y como refuerzo de la opinión que aquí se defiende, hay que indicar que actualmente se encuentra en estado de tramitación una Proposición de Ley aragonesa de Garantía Jurídica Universal, admitida el 28 de septiembre de 2016 (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón núm. 108, de 5 de octubre de 2016), en la que se regulan diversos servicios públicos con el objetivo de completar las prestaciones que conforman la Asistencia Jurídica Gratuita. Entre ellos se encuentra el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres (artículos 10 y siguientes de la Proposición de Ley), cuya definición es exactamente la misma que se recogía en los Pliegos de la licitación recurrida por el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón y objeto de este dictamen, reconociendo dicho derecho no sólo a las mujeres víctimas de violencia de género sino a todas las mujeres residentes en Aragón (artículo 11 de la Proposición de Ley).

Por todo lo anterior, creo que el servicio de asesoramiento a mujeres no puede (ni podía) ser objeto de licitación por parte del Instituto Aragonés de la Mujer, porque al estar comprendido en las prestaciones del derecho de asistencia jurídica gratuita a mujeres víctimas de violencia de género, los competentes para organizar la prestación de los servicios relativos a la asistencia jurídica gratuita son los Colegios de Abogados, en base al artículo 22.1 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. En otras palabras, el Instituto Aragonés de la Mujer no puede licitar un servicio del que no es competente⁵.

De modo que, en base a lo anterior, el anuncio de licitación y los correspondientes Pliegos vulneran, en mi opinión, la normativa reguladora del derecho a la asistencia jurídica gratuita, estando por ello viciado de una causa de **nulidad**, en virtud del artículo 32.a) del 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, en relación con el artículo 62.1.b) de la Ley 30/92 (actualmente, artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), por cuanto el órgano licitador ha licitado un servicio del que no es competente.

⁴Si bien es cierto que en el artículo 2.g) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, se recoge la obligación de que en los distintos procesos que puedan iniciarse como consecuencia de la condición de víctima de violencia de género la asistencia letrada deba realizarse por un mismo abogado, creo que esa previsión no debe confundirse con la del artículo 20.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, al que se acaba de aludir, ya que, en mi opinión, el primero hace referencia a la dirección letrada cuando ya se ha iniciado el procedimiento penal, mientras que el segundo hace referencia a la fase anterior de la interposición de la denuncia o querella.

⁵Hay que advertir que el hecho de que el Instituto Aragonés de la Mujer no sea competente para prestar el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres maltratadas, no significa que no sea competente en otros aspectos que tengan incidencia directa sobre el mismo, como puede ser, por ejemplo, la supervisión de la correcta prestación del servicio a las usuarias del mismo.

Por otro lado, en lo que respecta a la financiación del servicio, el Tribunal Administrativo considera relevante el hecho de que el Instituto Aragonés de la Mujer financie con sus propios recursos la licitación del servicio, concluyendo que, por ello, no afecta a la normativa de asistencia jurídica gratuita. En mi opinión, en el presente caso en el que se está negando que el objeto del contrato se pueda licitar por incompetencia del órgano licitador, el hecho de que el Instituto Aragonés de la Mujer financie la licitación con sus propios fondos no lo considero un hecho relevante, porque lo que se está cuestionando es la legalidad de la licitación, no la forma u origen de la financiación. Si, a la postre, el Instituto Aragonés de la Mujer no es el competente para prestar el servicio de asesoramiento a mujeres, como aquí se defiende, en ningún caso podrá adquirir competencias sobre dicho servicio a través de la financiación de una licitación, ni aunque sea con sus propios fondos.

Más relevante es, a mi juicio, preguntarse si en el caso de que el Instituto Aragonés de la Mujer no fuera competente para prestar el servicio, pudiera financiarlo a través de un contrato, ya que de ser así la prestación que daría lugar a la relación contractual desaparecería⁶.

De todas formas, como cuestión subsidiaria, considero interesante preguntarse ante qué tipo de servicio nos encontramos si entendemos, como así lo hizo el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres no afecta a la asistencia jurídica gratuita, considerándolo como un servicio totalmente independiente de ella. En ese caso, creo que la otra alternativa es entender que el citado servicio de asesoramiento jurídico, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre y por la Ley 4/2007, de 22 de marzo, es un servicio más que deben prestar las Administraciones Públicas, es decir, que es un servicio que se ha configurado como un servicio social⁷, y que simplemente complementa al derecho de asistencia jurídica gratuita, del que son beneficiarias todas las víctimas de violencia de género.

⁶Más adelante se analizará si procede instrumentalizar la financiación de este servicio a través de un contrato administrativo, como así ha venido sucediendo desde 2009.

⁷A lo largo de la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Violencia de Género en Aragón, se hace referencia al contenido social de los derechos recogidos en esta Ley. Por ejemplo, en su artículo 12 se crea el Servicio Social Integral y Especializado en Violencia contra la Mujer; el artículo 14 crea los Servicios sociales comunitarios; y el artículo 19.1 configura las Casas de Acogida como un servicio social especializado y de carácter asistencial. Además, en la Exposición de Motivos se alega como uno de los títulos competenciales la «asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario» (artículo 35.1.26º del Estatuto de Aragón de 1982, que actualmente se puede entenderse incardinado en el artículo 71.34º del Estatuto de Autonomía de Aragón vigente, en el que se establece la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de acción social y servicios sociales).

De igual modo, en la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, se hace referencia a algunos de estos derechos. Así, en el artículo 15.1) se establece que una de las funciones del Centro de Servicios Sociales es la «*Atención, información y asesoramiento sobre los recursos existentes a las mujeres víctimas de violencia*»; o en el artículo 36.3.d).3^a, en donde se hace referencia a las casas de acogida para mujeres mencionado anteriormente.

Por último, y para mí más relevante, en el Catálogo de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por el Decreto 143/2011, de 14 de junio, del Gobierno de Aragón, regula como servicio social especializado el *Servicio de información y orientación especializada a mujeres víctimas de violencia* (apartado 1.2.1.3 del Catálogo).

Por todo ello, entendiendo que todas las prestaciones que se regulan en la Ley 4/2007, de 22 de marzo, forman parte de un todo, y que configuran una protección integral y completa a las mujeres víctimas de violencia de género, considero correcto calificar el asesoramiento jurídico a mujeres como servicio social.

En mi opinión, creo que esta interpretación nos llevaría a una duplicidad de servicios en la práctica, pues las víctimas de violencia de género, en el momento de requerir algún tipo de asesoramiento jurídico, podrían acudir tanto al servicio de la Administración (en este caso, el del Instituto Aragonés de la Mujer) como a los Turnos de Oficio y Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados. Esta duplicidad vulneraría el principio de eficacia regulado en el artículo 103 de la Constitución, así como los principios que estructuran la normativa de asistencia jurídica gratuita, ya que, a mi parecer, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita confía la aplicación efectiva de un derecho constitucional a unas entidades sin ánimo de lucro, los Colegios de Abogados, circunstancia que no parece concurrir si el servicio se presta por una entidad mercantil cuya finalidad es obtener un beneficio económico.

De todas formas, hay que admitir que la conclusión aquí defendida sobre que el citado servicio de asesoramiento jurídico a mujeres debe entenderse incluido en las prestaciones de la asistencia jurídica gratuita no es, cuanto menos, pacífica, pues es difícil concretar el contenido y extensión concreto del concepto “asistencia jurídica gratuita”, debido a que las prestaciones que la conforman han ido variando a lo largo del tiempo, y ello sumado, por otro lado, al carácter trasversal de la regulación concerniente a la protección de las mujeres víctimas de violencia de género.

2.- TIPO Y CALIFICACIÓN DEL CONTRATO. CUESTIONES RELATIVAS A LA LICITACIÓN DEL SERVICIO COMO CONTRATO DE SERVICIOS.

Partiendo de lo expuesto anteriormente, no haría falta entrar en ningún otro aspecto de la licitación, pues la imposibilidad de licitar el servicio de asesoramiento a mujeres por vulnerar la normativa de Asistencia Jurídica Gratuita conllevaría la nulidad de la licitación. No obstante, sin perjuicio de lo anterior, se ha expuesto de forma subsidiaria que para el caso de entender que el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres no se encuentra comprendido en las prestaciones del derecho de asistencia jurídica gratuita, dicho servicio debería entenderse como un servicio social de competencia autonómica.

Por ello, creo conveniente entrar a analizar algunas cuestiones relativas a la calificación contractual del citado asesoramiento a la mujer como contrato de servicios, pues, como ser expondrá a continuación, el hecho de entender el servicio asesoramiento jurídico como un servicio social puede afectar a su licitación (o, incluso, impedirla).

En el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, se defendía que el contrato estaba calificado incorrectamente como contrato de servicios sujeto a la legislación de contratos del Sector Público, ya que, en su opinión, *«los contratos de servicios son contratos orientados a la prestación de un servicio a la propia Administración, y no contratos en virtud de los cuales la Administración puede “externalizar” actividades para que las preste un contratista privado a favor de terceros (por mucho que éstos puedan ser acreedores por distintos títulos jurídicos a recibir ese tipo de prestación de servicios)»*. En otras palabras, que en un contrato de servicios el destinatario de la prestación sólo puede ser la Administración, no permitiéndose que ésta preste un servicio a terceros a través del contrato.

A este respecto, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón vino a establecer lo siguiente:

«Ninguna duda cabe, en cuanto a la calificación del contrato de la prestación del «Servicio de asesoramiento jurídico a mujeres residentes en la Comunidad Autónoma de Aragón». Es un contrato de servicios, de los regulados en el artículo 10 TRLCSP; conforme al cual, son contratos de servicios 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 suministros. Y, la prestación de servicios jurídicos, se comprende dentro de las prestaciones que constituyen el objeto de este tipo de contratos.

Los servicios jurídicos prestados al sector público no tienen una regulación específica y se consideran, como los otros servicios, 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. En el Anexo II del TRLCSP, los servicios jurídicos se clasifican como categoría 21 y no se hace distinción de ninguna tipología.»

Además, el Tribunal también hizo referencia a la titularidad del riesgo de la explotación de los servicios, aludiendo a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en donde se afirma que el factor relevante para diferenciar un contrato de servicios de un contrato de concesión de servicios es la transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, de forma que si no existe esta transmisión nos encontramos ante un contrato de servicios.

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 (en adelante TRLCSP), define el contrato de servicios de la siguiente manera:

Artículo 10. Contrato de servicios.

Son contratos de servicios aquéllos 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.

De todos los servicios recogidos en ese Anexo II a los que se refiere este artículo, el único que parece resultar de aplicación a este supuesto es el recogido en el apartado 21, como así afirma el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, cuya descripción es, únicamente, “servicios jurídicos”.

En mi opinión, de ser realmente un contrato de servicios, nos encontramos ante un contrato bastante peculiar, pues como alegó el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón en el recurso especial, es un servicio que contrata la Administración para que se preste a terceros, en concreto a las mujeres, en lugar de que sea la propia Administración la beneficiaria del servicio, lo que parece no ser lo más habitual. Ahora bien, el artículo 10 del TRLCSP no especifica quién debe ser el destinatario del servicio, de modo que el hecho de que la destinataria del mismo no sea la propia Administración no parece ser un inconveniente para calificar el contrato como de servicios. Es más, si observamos los servicios recogidos en las diferentes categorías del Anexo II del TRLCSP, encontramos algunos de los que nunca podrá ser beneficiaria la propia Administración, como pueden ser, por ejemplo, los “Servicios de búsqueda de empleo” (CPV 79611000-0) o el servicio de “Guarderías para animales de compañía” (CPV 85210000-3).

Sin embargo, creo que merece la pena detenerse en la clasificación del servicio de entre todos los posibles del Anexo II del TRLCSP, pues, yendo en contra de toda lógica, puede que el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres no se deba incluir en el apartado 21 de “servicios jurídicos”.

Si partimos de la base de que el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres, convocado por el Instituto Aragonés de la Mujer, es un servicio social, como se ha expuesto anteriormente, la otra categoría que también parece factible es la recogida en el apartado 25 del Anexo II del TRLCSP, referente a los “Servicios sociales y de salud”⁸.

A mi parecer, la categoría del apartado 21 hace referencia a aquellos contratos por los cuales las Administraciones públicas necesitan ser representadas y defendidas en algún procedimiento judicial (como, por ejemplo, las entidades locales que no dispongan de un cuerpo de asistencia y representación jurídica propio). Es decir, que para este caso la destinataria de la asistencia jurídica debe ser la propia Administración. Si el destinatario del servicio es un colectivo, como ocurre en este caso, no parece que el aspecto más relevante de la prestación recaiga en el carácter jurídico de la misma, sino en el carácter de prestación social, que una Administración pone a disposición de ese determinado colectivo, pues, como he dicho antes, el asesoramiento jurídico a las mujeres víctimas de violencia es una de las tantas prestaciones sociales que conforman esa protección integral a las mujeres, siendo parte de un todo.

Por esto, creo que el asesoramiento jurídico a mujeres, de licitarse como contrato de servicios del artículo 10 del TRLCSP, debería hacer referencia a uno de los tipos de servicios recogidos en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, y no a uno de la categoría 21.

Ahora bien, ¿que el contrato pueda calificarse como de servicios significa que la Administración puede licitar el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres como un contrato de servicios?

Desde el punto anterior, se ha venido defendiendo que si entendemos que el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres es competencia del Instituto Aragonés de la Mujer, por entender que no forma parte de la asistencia jurídica gratuita ni afecta a las competencias recogidas en la Ley que la regula, debe ser definido como servicio social.

Siendo esto así, hay que tener en cuenta que en la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, citada anteriormente, regula expresamente las formas de provisión de las prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, concretamente en su artículo 21, cuyo tenor literal es el siguiente⁹:

⁸Concretamente, de todos los servicios incluidos en la categoría 25 del Anexo II, creo que se podría incluir en los “Servicios de Orientación y asesoramiento” (CPV 85312300-2), “Servicios de Orientación” (CPV 85312310-5), “Servicios de Asesoramiento” (CPV 85312320-8), o, en su defecto, la genérica de “Servicios sociales” (CPV 85320000-8).

⁹Es necesario indicar que esta Ley fue modificada recientemente por la Disposición Final Primera del Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, de modo que para la licitación que aquí se está analizando habría que aplicar la redacción anterior, ya que el anuncio de licitación es de fecha de 26 de abril de 2016. La redacción del artículo, sustancialmente idéntica a la actual, era la siguiente:

Artículo 21. Formas de provisión de las prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales

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

- a) Mediante gestión directa o medios propios, que será la forma de provisión preferente.
- b) Mediante gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público.
- c) Mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas de iniciativa social.

2. La provisión de prestaciones sociales públicas a través de centros o servicios de una Administración distinta a la titular de la competencia cabrá efectuarla mediante cualquiera de las fórmulas de colaboración y cooperación entre Administraciones públicas previstas en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los criterios que a tal efecto pueda establecer el Consejo Interadministrativo de Servicios Sociales.

Por otro lado, y aunque no es aplicable a la licitación objeto de este dictamen, hay que indicar que el Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, establece en su artículo 2 las mismas formas de provisión de las prestaciones sociales que en el artículo 21.1 de la Ley 5/2009, de Servicios Sociales de Aragón¹⁰.

Como se puede observar, estas dos normas de rango legal establecen las únicas formas por las que el Gobierno de Aragón, así como las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Aragón, pueden prestar los servicios de carácter social.

Por lo tanto, aplicando esta normativa al caso que nos ocupa, hay que concluir que la normativa de servicios sociales, y en concreto el apartado b) del artículo 21.1 de la Ley 5/2009 *a sensu contrario*, impide que la Administración aragonesa licite un servicio social a través de un contrato de servicios, como es el caso del servicio de asesoramiento jurídico a mujeres y el Instituto Aragonés de la Mujer.

Artículo 21. Formas de provisión de las prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales

1. Las Administraciones públicas incluidas en el Sistema Público de Servicios Sociales podrán efectuar la provisión de los servicios previstos en la Ley o en el Catálogo de Servicios Sociales preferentemente mediante gestión directa. Asimismo, podrán utilizar cualquiera de las fórmulas de gestión indirecta o colaboración previstas en el ordenamiento jurídico a través de entidades privadas de carácter social o mercantil.

2. La provisión de prestaciones sociales públicas a través de centros o servicios de una Administración distinta a la titular de la competencia cabrá efectuarla mediante cualquiera de las fórmulas de colaboración y cooperación entre Administraciones públicas previstas en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los criterios que a tal efecto pueda establecer el Consejo Interadministrativo de Servicios Sociales.

¹⁰El Decreto-Ley 1/2016 al que se ha hecho referencia no es aplicable a este caso porque regula la acción concertada entre la Administración con personas privadas de carácter social o sanitario, relación que carece de carácter contractual al contrario de la licitación que aquí se analiza. De todas formas, creo conveniente traerlo a colación pues, en mi opinión, parece indicar el camino que debe seguir la Administración aragonesa a la hora prestar todos aquellos servicios calificados como servicios sociales, ya que, como se indica en su Exposición de Motivos, «la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas».

En efecto, el artículo 21 de la Ley 5/2009, de Servicios Sociales de Aragón, establece las distintas formas a las que puede optar la Administración aragonesa para proveer los servicios sociales de su competencia, a saber: a) gestión directa, establecida como la forma de provisión preferente; b) gestión indirecta, atendiendo a la normativa de contratos públicos; y c) acción concertada, regulada en el Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo. Como se puede observar, la legislación aragonesa ha restringido las licitaciones de servicios sociales a través de cualquier modalidad contractual que no sea la de gestión de servicios.

Es decir, dicho sea con otras palabras, en lo que respecta a la licitación de los servicios sociales, si la Administración aragonesa quiere prestar uno de estos servicios a través de un contrato administrativo, según el artículo 21.1.b) de la citada Ley 5/2009 la única modalidad disponible es la gestión indirecta a través de alguna de las fórmulas del artículo 277 TRLCSP.

He aquí el quid de la cuestión. Debemos tener en cuenta que los servicios sociales pueden ser objeto tanto de contratos de servicios (siempre que se puedan enmarcar en el apartado 25 del Anexo II del TRLCSP), como de contratos de gestión de servicios públicos¹¹ (cuando cumplan los requisitos que se analizarán más adelante), pues la calificación del contrato como uno u de otro tipo está determinada por la asunción del riesgo de la explotación por parte del contratista¹².

Sin embargo, por criterios de oportunidad, el Gobierno de Aragón ha decidido que la Administración aragonesa no puede licitar un contrato de servicios cuyo objeto sea un servicio social, porque, como aquí se está defendiendo (y que vuelvo a repetir a riesgo de parecer redundante), la normativa de Servicios Sociales en Aragón reserva el instrumento del contrato administrativo a aquellos servicios sociales que puedan gestionarse indirectamente¹³.

¹¹Así lo viene a recordar el Informe 14/2013, de 28 de noviembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña (pág. 4).

¹²En este sentido, se pueden citar los Acuerdos 52/2013 y 55/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

¹³En mi opinión, la decisión del Gobierno de Aragón de restringir a su Administración la forma por la que puede prestar un servicio social a través del instrumento de la contratación pública, estableciendo que sólo se puede hacer uso de la gestión indirecta, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en la normativa contractual, está amparada por el artículo 71.34º del Estatuto de Autonomía de Aragón, en el que se establece la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de acción social y servicios sociales, sin por ello afectar a la normativa de contratación pública, que es competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.18º de la Constitución.

Cuestión distinta sería preguntarse si una Comunidad Autónoma puede establecer una tercera forma de previsión de servicios sociales (los llamados “conciertos sociales” en algunas Comunidades Autónomas), por la que se regula un tipo especial de concierto con una entidad privada que, normalmente, no tiene ánimo de lucro). En este caso, sí que pueden surgir dudas sobre si esa tercera forma de previsión debe estar sujeta o, al menos, afecta a la normativa de contratos del sector público. Sobre esto, cabe traer a colación el Dictamen 39/2015 del Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en el que se concluía que estas nuevas formas de previsión deberían estar sujetas a la contratación pública, en tanto que sólo introducen una “especialidad”. De todas formas, y aunque el tema es, en mi opinión, muy interesante, el presente dictamen no debe entrar a valorar este extremo, pues el objeto de estudio en este punto debe centrarse sobre si el servicio de asesoramiento jurídico a la mujer puede licitarse como un contrato de servicios o si existe algún impedimento legal al respecto.

De modo que, en base a lo anterior, hay que concluir que tanto el anuncio de licitación, como sus correspondientes Pliegos, vulneran la normativa reguladora de los servicios sociales de Aragón, estando por ello viciados de una causa de **anulabilidad**, en virtud del artículo 33 del 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, pues se ha intentado licitar un servicio social a través de un contrato de servicios cuando la única forma disponible para prestar un servicio social es a través de la gestión indirecta, es decir, a través de un contrato de gestión de servicios, según el artículo 21.1.b) de la Ley 5/2009, de Servicios Sociales de Aragón.

Esta circunstancia nos plantea un gran dilema, pues hace que estemos ante un contrato de servicios cuyo objeto sea proveer una prestación que no se puede licitar como contrato de servicios.

Así las cosas, la siguiente pregunta que nos podemos plantear es, ¿podría la Administración licitar este servicio a través de un contrato de gestión de servicios? Es más, ¿puede la Administración siquiera licitar este servicio?

3.- FORMAS DE PRESTAR EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO A MUJERES. LA IMPOSIBILIDAD DE INSTRUMENTALIZAR EL SERVICIO A TRAVÉS DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Acabamos de ver como el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres, en tanto y cuando se trata de un servicio social, no puede ser licitado mediante un contrato de servicios, ya que la normativa de servicios sociales en Aragón sólo habilita la modalidad de gestión indirecta para el caso en que la Administración decida prestar el servicio a través de la contratación pública.

Por ello, creo que es interesante plantear la posibilidad de si el Instituto Aragonés de la Mujer podría licitar el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres mediante un contrato de gestión de servicios, ya que es la única alternativa que tiene si quiere licitar el servicio.

Los requisitos que debe reunir un contrato para que se pueda calificar como un contrato como gestión de servicios públicos son, en virtud del artículo 275.1 TRLCSP, los siguientes: a) que la prestación del servicio haya sido asumida como propia de su competencia por la Administración, b) que sean susceptibles de explotación por particulares, c) que no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, y d) que exista una transferencia al concesionario del riesgo de la explotación del servicio.

Respecto a que el servicio se haya asumido como propio por la Administración que lo licita, ya he defendido al principio del dictamen que, en mi opinión, este servicio es competencia de los Colegios de Abogados, por entender que el asesoramiento jurídico a mujeres forma parte del derecho de asistencia jurídica gratuita. No obstante, de forma subsidiaria, y para el caso de que se entienda que dicho servicio no afecta a la regulación de la asistencia jurídica gratuita, se ha expuesto que dicho servicio debe entenderse como un servicio social, cuya competencia es del Instituto Aragonés de la

Mujer en virtud de la Ley 4/2007, de 22 de marzo. Por lo tanto, en este último caso, y salvedad hecha de lo expuesto sobre la asistencia jurídica gratuita, se cumpliría el requisito.

En lo referente a que el servicio sea susceptible de explotación por los particulares, lo primero que hay que advertir es que no todos los servicios son susceptibles de explotación, como ya advierte la redacción del artículo 275.1 TRLCSP. Por lo tanto, creo que en primer lugares necesario definir qué se entiende por servicio “susceptible de explotación”. En mi opinión, este concepto hace referencia a una explotación empresarial y económica, es decir, que a través de la gestión del servicio el concesionario obtiene una retribución por parte de los usuarios del mismo. En este caso, el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres es, por imperativo legal, un servicio gratuito, lo que impide su explotación, y obliga a que la única retribución que reciba el contratista proceda del precio pactado con la Administración. De modo que este requisito, a mi parecer, no se cumple.

En lo relativo a que no implique ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, creo que no existe ningún aspecto del servicio de asesoramiento a mujeres que incluya este tipo de potestades, de modo que sí cumpliría este requisito.

Y, por último, sobre la transferencia al concesionario del riesgo de la explotación del servicio, según el artículo 5.1.b) de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, se entiende que *«el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión»*¹⁴. En el caso del servicio de asesoramiento jurídico a mujeres, no existe, en mi opinión, un riesgo a que no se vayan a recuperar las inversiones realizadas o a cubrir los costes contraídos, ya que al no ser un servicio explotable ni al existir competencia, los posibles gastos quedarían más que cubiertos por el pago al que se comprometiera pagar la Administración en forma de contraprestación. Así que este último requisito, a mi modo de ver, tampoco se cumple.

En base a lo anterior, y bajo mi punto de vista, el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres no cumple los requisitos necesarios para poder gestionarlo indirectamente, ya que ni es un servicio susceptible de explotación económica ni se transferirían los riesgos de la explotación al concesionario, debido principalmente a que se trata de un servicio gratuito y sin competencia.

Esto me lleva a concluir que si la Administración no puede prestar el servicio de asesoramiento a mujeres a través de una gestión indirecta, siendo ésta, recordemos, la única forma por la que se puede licitar un servicio social, el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres no puede ser objeto de licitación pública.

¹⁴ Recordar los Acuerdos 52/2013 y 55/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Pùblicos de Aragón citados anteriormente, en donde se expone la teoría de la transferencia del riesgo al contratista.

Esta conclusión también me hace preguntarme si la decisión que tomó la Administración en 2009 de cambiar la forma en la que se instrumentalizaba el servicio de asesoramiento jurídico a la mujer, de convenios de colaboración a contratos administrativos, es ajustada a derecho. En mi opinión, por lo que se ha visto antes y se acaba de argumentar, no parece que la Administración, de ser la competente del servicio de asesoramiento a mujeres, pueda prestarlo a través de un contrato público, teniendo que acudir a esas otras dos vías reguladas en el artículo 21.1 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, es decir, la gestión directa o los acuerdos de acción concertada con entidades públicas o entidades privadas de iniciativa social¹⁵.

Así las cosas, para finalizar, creo que con todo lo que se ha expuesto hasta ahora ya se puede responder a la pregunta planteada al principio del presente dictamen, relativa a si el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres podía ser objeto de contratación pública o si existía algún impedimento legal que no lo permitiera. Y la respuesta es que no, la Administración aragonesa, y en concreto el Instituto Aragonés de la Mujer, no puede licitar el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres, bien porque es un servicio incluido en la asistencia jurídica gratuita, y por ende los competentes son los Colegios de Abogados; o bien porque siendo un servicio social, competencia del Instituto Aragonés de la Mujer, está sometido a la regulación específica de los servicios sociales, que impone expresamente la necesidad de prestar este tipo de servicios a través de formas de gestión indirecta en el ámbito de la contratación pública, dándose la circunstancia de que el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres, a causa de sus características (gratuidad e inexistencia de competencia en el mercado), no puede ser objeto de gestión indirecta.

¹⁵ Y en lo que respecta a los Colegios de Abogados, tampoco parece que éstos puedan prestar el citado servicio a través de un contrato administrativo en sentido estricto pues, como más adelante se explicará, los Colegios de Abogados no pueden participar como licitadores en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

III.- CUESTIONES INCIDENTALES

Analizadas todas aquellas cuestiones de fondo que, a mi parecer, afectan a la licitación del servicio de asesoramiento jurídico a la mujer, en el presente bloque se va a analizar el cómo, es decir, se van a indicar las diferentes formas de recurrir la citada licitación, articulándolo desde la perspectiva del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón.

1.- LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR LA LICITACIÓN.

Una vez expuestas las razones por las que, en mi opinión, la licitación que realizó el Instituto Aragonés de la Mujer no es ajustada a derecho, hay que preguntarse si el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón puede recurrirla.

La legitimación activa está condicionada a si se ostenta un derecho o interés legítimo que se haya visto perjudicado o pueda resultar afectado por la decisión de un órgano administrativo (artículo 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, así como el artículo 42 del TRLCSP).

En este caso, el Instituto Aragonés de la Mujer anunció la licitación de un servicio de asesoramiento jurídico a mujeres, por entender que éste era competencia del citado organismo público y que a través de la formalización de un contrato administrativo era la mejor forma para prestarlo.

Los Colegios Profesionales representan y defienden su profesión ante la Administración, Instituciones, Tribunales, Entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales (artículo 5.g de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales). En el caso del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, éste tiene asumida como una de sus funciones «*la representación de la abogacía aragonesa en las cuestiones de interés común ante cualquier organismo, institución o persona, física o jurídica, para el cumplimiento de sus fines*» (artículo 3 del Estatuto del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, BOA núm. 39 de 2 de abril de 2003, pág. 4221).

Los Colegios de Abogados de Aragón entendieron que su interés legítimo radicaba en que la referida licitación del servicio de asesoramiento jurídico a mujeres vulneraba sus competencias en materia de asistencia jurídica gratuita, por cuanto la legislación estatal confiaba la prestación y organización de dichos servicios a los Colegios de Abogados.

Por otro lado, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón reconoció la legitimación activa al Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, aunque fuera de manera indirecta, pues admitió el recurso a trámite sin cuestionar en el correspondiente Acuerdo 53/2016 su legitimidad para recurrir.

Por lo tanto, el interés legítimo que justifica la legitimación activa queda acreditado, en tanto que de estar en lo cierto se habrían vulnerado la competencia de los Colegios de Abogados relativa a la prestación del asesoramiento jurídico a las mujeres víctimas de violencia, regulado en el marco de la normativa de la asistencia jurídica gratuita.

Por último, creo que no está de más indicar que el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón en ningún caso podría haber interpuesto el recurso especial en materia de contratación si hubiera recurrido la licitación en calidad de licitador, tras presentarse a la licitación, pues en sus Estatutos no se encuentra previsto que el Consejo preste este tipo de servicios, careciendo así de legitimación. Además, esto supondría un acto de competencia desleal con respecto a los miembros de los Colegios de Abogados de Aragón, frente a los cuales estaría compitiendo directamente¹⁶.

2.- POSIBLES VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LA LICITACIÓN

Acreditada la legitimación activa del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, procede determinar el cauce más idóneo para conseguir el objetivo del cliente, que sería la nulidad o anulación de la licitación del servicio de asesoramiento jurídico a mujeres convocado por el Instituto Aragonés de la Mujer.

Al tratarse de una contratación pública, encontramos como vía alternativa de impugnación al recurso contencioso-administrativo el recurso potestativo especial en materia de contratación, regulado en el artículo 40 del TRLCSP.

Las ventajas de acudir al recurso especial en lugar de interponer directamente un recurso contencioso-administrativo son evidentes, ya que no sólo se obtiene una resolución sobre el fondo del asunto en bastante menos tiempo, sino que también el procedimiento licitador queda automáticamente suspendido si se recurre el acto de adjudicación (artículo 45 TRLCSP), y ello sin perjuicio de que posteriormente se pueda acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, antes de decidir cuál de los dos recursos es el más conveniente para los intereses del cliente, es necesario determinar si los Colegios de Abogados (en este caso, el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón) se consideran a estos efectos una Administración pública o si son personas jurídicas privadas, pues como es sabido entre Administraciones públicas no cabe interponer recurso en vía administrativa (artículo 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

¹⁶ En este sentido cabe traer a colación el artículo publicado el 19 de diciembre de 2016 en la web del Observatorio de Contratación Pública, titulado «¿Pueden los Colegios Profesionales -en particular los Colegios de abogados- considerarse “operadores económicos” a los efectos de participar en licitaciones públicas?», de Patricia Valcárcel Fernández, en donde se indica que según la jurisprudencia del TSJUE, los Colegios Profesionales, y en concreto los Colegios de Abogados, no han sido autorizados para actuar como operadores económicos, y por lo tanto no pueden participar como licitadores en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

Además, también indica que si «un colegio como tal pudiese participar en una licitación pública podría verse como una actuación contraria al interés de los profesionales a los que representa, con los que estaría potencialmente compitiendo. Esto es, estaría actuando en contra de los intereses de los propios colegiados.»

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.264/relmenu.3/chk.55bac88a6bf01399481ba750ef7df90f>

Fecha realización de la consulta: 20/12/2016, a las 12:22 horas

Es decir, si consideramos que los Colegios de Abogados son Administraciones públicas, se vetaría la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación, dejando como únicas posibilidades la interposición de un requerimiento previo y, posteriormente, la interposición de un recurso contencioso-administrativo, o acudir directamente a la vía contencioso-administrativa¹⁷.

El artículo 1.1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, los define como «*corporaciones de derecho público*». Por otra parte, el artículo 2.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que «*Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2 anterior* (organismos y entidades públicos dependientes de una Administración pública)», añadiendo a continuación, en el apartado 4 del mismo artículo, que «*Las Corporaciones de Derecho Público se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública, y supletoriamente por la presente Ley*»¹⁸.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los Colegios profesionales están sometidos a un régimen jurídico mixto, cuya función principal no es pública, sino que tiene por fin esencial la gestión de aquellos intereses privativos de sus miembros que derivan del ejercicio de la profesión común, de modo que de suscitarse conflictos entre ellos, serán otras Jurisdicciones las encargadas de resolver sus controversias y no la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6º, de 7 de marzo de 2011 (RJ 2011\1981) afirma que (fundamento jurídico cuarto):

«Esta Sala también ha declarado en su sentencia de 13 de marzo de 1987 (RJ 1987, 3633), la consideración de los colegios como corporaciones sectoriales de base privada, es decir, como grupos de personas asociadas en atención a una finalidad común y cuyo núcleo fundamental radica en la defensa de intereses privados, aunque sobre esta base privada se les encomiendan funciones públicas, y ha reconocido que se produce un fenómeno de autoadministración, por cuya virtud tales colegios actúan como agentes descentralizados de la Administración Pública, ejerciendo facultades administrativas sobre sus propios miembros.

[...] como ya anticipamos en el anterior fundamento, [Los Colegios profesionales] se distinguen de las Administraciones Públicas en que la mayor parte de su actividad no se sujeta al Derecho Administrativo: Sus empleados no son funcionarios públicos ni sus finanzas se controlan por la Intervención del Estado ni por el Tribunal de Cuentas y con su

¹⁷No obstante, considero interesante señalar que según el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, los Tribunales Administrativos de Contratos del Sector Público tienen el carácter de “órgano jurisdiccional”, en el sentido del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, atendiendo a su configuración legal, independencia, imparcialidad y a la obligatoriedad de sus Acuerdos para las partes(STSJUE C-203-14, de 6 de octubre de 2015 [Fundamentos Jurídicos 16 y siguientes], entre otras), circunstancia que, a mi parecer, aminora el carácter administrativo de estos Tribunales.

¹⁸En este caso, la ley aplicable sería la recién derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuya única referencia a las Corporaciones de Derecho Público estaba recogida en su Disposición Transitoria Primera.

creación la Administración Territorial lo que pretende esencialmente es una descentralización funcional, por lo que le atribuye fines relacionados con los intereses públicos, evitando crear entes públicos de intervención directa».

Asimismo, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón tampoco se manifestó sobre este extremo en su Acuerdo 53/2016, en el sentido de entender que el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón estaba actuando como una Administración pública al interponer el recurso especial en materia de contratación, pues de haber entendido lo contrario tendría que haber inadmitido el recurso ex artículo 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa citado anteriormente.

En base a lo anterior, creo que hay que concluir que los Colegios profesionales o, para el caso que nos ocupa, el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón y los Colegios de Abogados, no son Administraciones públicas, independientemente de que, como en el presente caso, se esté cuestionando la titularidad de un servicio público como es el servicio de asesoramiento a mujeres, que puede llegar a afectar al contenido del derecho de asistencia jurídica gratuita, gestionado por los Colegios de Abogados según el artículo 22 de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

Por lo tanto, en mi opinión, el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón puede interponer el recurso especial en materia de contratación frente a la licitación del servicio de asesoramiento jurídico a mujeres, convocado por el Instituto Aragonés de la Mujer.

Así pues, ahora conviene comprobar si se cumplen los requisitos legales para interponerlo, ya que el recurso especial sólo está disponible para los contratos que superen determinados umbrales económicos.

Según el artículo 40.2.a) TRLCSP, procede el recurso especial en materia de contratación contra los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, siempre que siendo un contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley su valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros, como así establece el apartado 1.b) del mismo artículo 40 TRLCSP.

En el presente caso, el valor estimado del contrato era de 262.548 euros (I.V.A. no incluido). No obstante, hay que tener en cuenta que la duración del mismo era de veinticuatro meses, y que, además, en el anuncio de la licitación se indicaba que el presupuesto base de la licitación era de 131.274 euros (I.V.A. excluido), de modo que se podía plantear la duda de si el umbral que establece el TRLCSP es sobre el valor total o anual. De todas formas, el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, establece que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón debe conocer de los contratos de servicios cuyo valor estimado sea superior a 100.000 euros, por lo que la cuantía no representa problema alguno en este sentido.

Por lo tanto, en base a todo lo anterior, hay que concluir que la licitación del servicio de asesoramiento jurídico a mujeres es un acto recurrible (en concreto su anuncio de licitación y sus pliegos), y que el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón puede interponer el recurso especial en materia de contratación frente a este licitación.

Para finalizar, sólo resta indicar cuál de las dos vías disponibles para recurrir es la más idónea para los intereses del cliente, es decir, si es más conveniente interponer el recurso especial en materia de contratación frente al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, o si, por el contrario, es mejor interponer directamente un recurso contencioso-administrativo.

Las ventajas del recurso especial frente al recurso contencioso-administrativo ya han sido expuestas anteriormente: rapidez en la resolución sobre el fondo del asunto y suspensión de la tramitación del expediente de contratación si se recurre el acto de adjudicación.

Sin embargo, en este caso hay que tener en cuenta que se está sosteniendo como tesis principal que el servicio de asesoramiento a mujeres no puede ser objeto de contratación, en tanto en cuanto es competencia de los Colegios de Abogados por estar comprendido en las prestaciones de la asistencia jurídica gratuita. Por ello, acudir a un tribunal administrativo de contratación para afirmar que, en realidad, no nos encontramos ante un contrato administrativo no parece ser la mejor opción.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que si acudimos a la jurisdicción contencioso-administrativa directamente, no obtendremos una resolución sobre el fondo del asunto hasta pasados unos cuantos meses (o años).

Así las cosas, a mi juicio creo que lo más conveniente es interponer el recurso especial en materia de contratación, en lugar de interponer directamente un recurso contencioso-administrativo, ya que se obtendrá una resolución en poco tiempo (circunstancia que, en este caso en concreto, creo que hay que tener muy en cuenta), y ello sin perjuicio de que si el acuerdo del tribunal administrativo es desfavorable siempre se podrá recurrir a la vía contencioso-administrativa.

IV.- CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto, siempre dentro del contexto en el que este informe se ha llevado a cabo, habría de concluirse, en base a las argumentaciones expuestas que a juicio del estudiante suscriptor, que:

- 1.- El servicio de asesoramiento a mujeres debe entenderse incluido en las prestaciones que conforman la Asistencia Jurídica Gratuita, de modo que el Instituto Aragonés de la Mujer no es competente para licitar este servicio ya que es competencia de los Colegios de Abogados en virtud de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.
- 2.- Subsidiariamente, en caso de concluir que el servicio de asesoramiento a mujeres no forma parte de la asistencia jurídica gratuita, debe entenderse que este servicio es un servicio social, regulado por la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón.
- 3.- La Administración aragonesa no puede licitar los servicios sociales a través de un contrato de servicios, pues la legislación sectorial únicamente habilita el uso de la contratación pública mediante la gestión indirecta.
- 4.- Para el caso de aquellos servicios sociales que, debido a sus características, no puedan prestarse a través de un contrato de gestión de servicios, como ocurre con el servicio de asesoramiento jurídico a mujeres, la Administración aragonesa no puede prestarlos a través de un contrato administrativo, debiendo acudir a una de las otras dos vías que establece la legislación autonómica en materia de servicios sociales.
- 5.- El Consejo de Colegios de Abogados de Aragón está legitimado para interponer el recurso especial en materia de contratación frente a la licitación del servicio de asesoramiento jurídico a mujeres.

El informe antecedente, que carece de carácter vinculante, expresa el criterio del estudiante que suscribe que, desde este mismo momento, se somete a cualquier otro mejor versado en derecho.

Zaragoza, a 21 de diciembre de 2016

Fdo.: Fernando Félez Costa