

JOSÉ IGNACIO CUBERO MARCOS

**DERECHO
ADMINISTRATIVO
Y TERCER SECTOR
DE ACCIÓN SOCIAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTOS	15
ABREVIATURAS	17
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO II. TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL: ORIGEN, EVOLUCIÓN, CARACTERES Y CONCEPTO.	25
I. Origen y evolución histórica	25
1. De la beneficencia a los servicios sociales.....	25
2. El impulso de los servicios sociales en el ámbito de la UE ..	32
II. Algunas aportaciones estadísticas	35
III. Tercer Sector, ONG y su función en la sociedad actual: una perspectiva crítica	37
IV. Concepto	41
1. El concepto según la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social (LTSAS).....	41
2. El concepto desde una perspectiva pragmática y social.....	44
V. Caracteres	48
CAPÍTULO III. ENTIDADES INCLUIDAS EN EL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL: NATURALEZA JURÍDICA	53

	Pág.
CAPÍTULO IV. RÉGIMEN COMPETENCIAL Y ENTIDADES DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL.....	57
I. Competencia autonómica en materia de asistencia social	57
II. Supuestos controvertidos de concurrencia competencial	60
III. Las competencias locales en materia de asistencia social	64
CAPÍTULO V. NORMAS APLICABLES A LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL	67
I. La Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de acción social	67
II. La legislación autonómica	68
III. La legislación sobre asociaciones y fundaciones	71
CAPÍTULO VI. AGENTES QUE EJERCEN FUNCIONES EN LAS ETSAS	75
I. Voluntariado.....	75
II. Funciones vinculadas a intereses públicos	80
CAPÍTULO VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LAS ACTIVIDADES DEL TERCER SECTOR DE ACCIÓN SOCIAL.....	85
I. Vinculación de las ETSAS con las administraciones públicas	88
1. Conciertos administrativos	89
1.1. Concepto y régimen jurídico	89
1.2. Conciertos y libre concurrencia	93
2. Convenios administrativos.....	97
2.1. Concepto y régimen jurídico	97
2.2. La exclusión de las normas sobre contratación administrativa.....	100
2.3. Convenios y concurrencia competitiva.....	102
3. Contratos del sector público	104
3.1. Elementos favorables a las ETSAS conforme la LCSP	105
3.2. El contrato de servicios	110
3.3. Controversias en torno a la igualdad de oportunidades en materia de contratación a las ETSAS.....	112
II. Financiación de las actividades del Tercer Sector de acción social.....	116

	Pág.
1. Subvenciones y ayudas públicas.....	116
2. Libre concurrencia y ayudas de Estado.....	120
3. Ayudas de Estado y actividad de las ETSAS.....	121
3.1. Régimen jurídico y exenciones.....	121
3.2. Criterios para considerarse ayudas de Estado prohibidas.....	124
3.3. La aplicación de los criterios a las ETSAS.....	127
4. Servicios de interés económico general (SIEG) y servicios no sometidos a las normas sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.....	131
4.1. Servicios económicos y no económicos. Facultad de los estados.....	132
4.2. Los SIEG, ayudas de Estado y libre competencia.....	135
4.3. Medidas reguladoras sobre los SIEG y libre competencia.....	139
5. Las ayudas de <i>minimis</i> y la actividad del Tercer Sector.....	141
6. Recapitulación: elementos conclusivos con relación a las ayudas de Estado.....	144
7. El control de las ayudas y la fiscalización de la actividad....	145
III. La transparencia y las entidades del Tercer Sector.....	148
1. Fundamento de la transparencia exigible a las ETSAS.....	150
2. Régimen jurídico y cuestiones competenciales.....	151
3. Las obligaciones de publicidad activa.....	154
3.1. ETSAS sometidas a obligaciones de publicidad activa.....	155
3.2. Objeto de la publicidad activa.....	158
3.3. Formas y formato de la publicación.....	163
3.4. Legislación autonómica.....	165
3.5. El control del cumplimiento de la obligación de publicidad activa.....	168
4. El derecho de acceso a la información pública ante las ETSAS.....	172
4.1. Las ETSAS concesionarias, prestadoras de servicios públicos y contratantes con la Administración.....	173
4.2. Derecho de acceso a la información ante las ETSAS que superen los umbrales.....	178
5. Las excepciones a la publicidad y al derecho de acceso aplicables a las entidades del Tercer Sector.....	181

	Pág.
IV. La solvencia técnica y las entidades del Tercer Sector: contratación de personal y los principios de mérito y capacidad	184
1. La contratación administrativa.....	185
2. Los convenios o conciertos.....	188
3. Subvenciones y acreditaciones	190
4. El voluntariado y la solvencia técnica	193
5. La contratación de personal por las ETSAS	195
 CAPÍTULO VIII. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS ASISTIDAS O BENEFICIARIAS DE LA ACTIVIDAD DEL TERCER SECTOR. ACTIVIDADES DE SERVICIO PÚBLICO. LA CONTINUIDAD Y LA UNIVERSALIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO	199
I. Fundamento de la actividad de servicio público	199
II. Principios del servicio público y actividad de las ETSAS	202
III. Normativa del Tercer Sector y principios del servicio público	206
 CAPÍTULO IX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y ACTIVIDAD DEL TERCER SECTOR.....	211
I. Responsabilidad patrimonial de la Administración en supuestos análogos a la actividad de las ETSAS	212
1. Responsabilidad patrimonial de la Administración y cuestiones controvertidas.....	212
2. La responsabilidad patrimonial por acciones u omisiones de las ETSAS	215
2.1. Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad patrimonial limitada.....	215
2.2. La responsabilidad patrimonial por la falta o deficiencia en la actividad de inspección	219
II. La responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad civil de las ETSAS: supuestos de distinción.....	224
III. ¿Se libera la Administración del peso de la responsabilidad por daños?.....	228
 CAPÍTULO X. TERCER SECTOR Y HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	231
I. La huida del Derecho administrativo: el retorno de viejos fantasmas	231

	Pág.
II. Evolución de la huida del Derecho administrativo.....	233
III. Manifestaciones de la huida del Derecho administrativo	237
IV. Las ETSAS y la huida del Derecho administrativo.....	239
CAPÍTULO XI. CONCLUSIONES	245
BIBLIOGRAFÍA	251

AGRADECIMIENTOS

Muchas son las personas a las que debería agradecer la culminación de un proyecto como este que, por circunstancias de la vida, académicas y otros avatares vitales, no finalicé hasta apenas principios del año 2023. Es obligado mencionar la paciencia, la generosidad y la atención de mi esposa Mónica a quien debo tantas y tantas cosas y que nunca podré compensar ni devolver suficientemente. Mi hijo Jesús también me ha aportado la fuerza e impulso para tomar la decisión de concluir este trabajo demasiadas veces postergado. Su amor incondicional ha despertado en mí ese latente deseo de crear, dar y tratar al mismo tiempo con empatía y confianza al ser humano.

Asimismo, no puedo olvidar el agradecimiento a las compañeras y compañeros de la Sección de Bizkaia del departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Les apelo a conservar nuestro compañerismo, generosidad y solidaridad que siempre nos ha caracterizado. En especial, es obligada la gratitud al profesor Iñaki Lasagabaster, cuya sabiduría y magistrales enseñanzas nos han guiado, orientado y han servido para promover tantos y tantos proyectos que han permitido consolidar un grupo de investigación y poner los sólidos cimientos de la que, hoy sin temor a equivocarnos, podemos considerar como nuestra escuela de Derecho administrativo de Bilbao, e Ikasmirak como el Grupo Interdisciplinar de Estudios Jurídicos.

Gracias de todo corazón a mis compañeros y compañeras Unai Aberasturi, Iñigo Lazkano, Mari Carmen Bolaño, Ekain Payán, Pablo Zaldibia, Iñigo Urrutia, Nieves Arrese, Maite Uriarte, Itxaso Sanchez, Agustín García Ureta, Iker Barbero y Kepa Solozabal. Todos y todas me han prestado una ayuda indispensable para alcanzar la suficiente

madurez académica e intelectual que demandaba la obra que se presenta.

Asimismo, no debo soslayar la casi siempre subestimada colaboración del personal de administración de servicios en general y de aquel que desempeña sus funciones en la biblioteca de la Universidad del País Vasco, en particular. Debo destacar el ingente esfuerzo empleado para adaptarse a la digitalización galopante de toda la documentación académica, al margen de su ágil y eficaz trabajo de apoyo.

En Bilbao, a 5 de julio de 2024.

José Ignacio CUBERO MARCOS

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

Con mayor asiduidad las autoridades públicas recurren a organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro en diversos sectores de la actividad administrativa. Desde la búsqueda de empleo o el asesoramiento a personas más vulnerables o en riesgo de exclusión social, hasta la prestación de servicios relacionados con la dependencia o la atención o cuidado de personas ancianas o de menores de edad. Se trata de las llamadas «entidades del tercer sector de acción social» (ETSAS), cuya regulación se ha llevado a cabo, en el ámbito estatal, por la Ley 43/2015, de 9 de octubre. Las comunidades autónomas también han aprobado sus propios textos legales en la materia, lo que demuestra la cada vez mayor relevancia de este tipo de entidades colaboradoras con la Administración.

En los diarios de información podemos leer que un determinado partido se ha reunido con el tercer sector y un sinfín de entidades para escuchar sus peticiones en los futuros presupuestos. Asimismo, se anuncia que un informe elaborado por diferentes ETSAS veta los cortes de energía por falta de pago. Se ha manifestado el riesgo que subyace en la permanente existencia de vínculos entre ONG y las autoridades públicas, hasta el punto de convertirse en muchos casos en meros ejecutores de las decisiones ajenas. Aun así, se desbloquean diez millones para las subvenciones al Tercer Sector, que estaban dirigidas a cubrir las necesidades de 900 000 usuarios.

Como consecuencia de la pandemia, el Tercer Sector sufrió unos sobrecostes de 84 millones de euros y la Confederación de Asociaciones del Tercer Sector exige a la Generalitat de Cataluña la aprobación de

leyes para apoyar a la economía social y solidaria. Desde el inicio de la pandemia se ha atendido a más de 800 000 personas, teniendo en cuenta que la crisis sanitaria también se convirtió en crisis social por la pérdida de puestos de trabajo y las dificultades para que las administraciones atiendan las demandas. De hecho, las mismas ETSAS expresaron su preocupación por el hecho de que las empresas privadas que ganen los concursos garanticen los derechos laborales de sus trabajadores, por lo que reclaman que se revisen los criterios de adjudicación, de modo que tomen en consideración la calidad de los servicios y no tanto el precio¹.

Como se aprecia, el hecho de encomendar a entidades privadas funciones de marcado carácter público o, por qué no decirlo, de servicio público, gira en torno a dos ejes a veces irreconciliables: uno, el mantenimiento del equilibrio financiero por las administraciones, sobre todo en tiempos de crisis; y, dos, la protección y tutela de los derechos fundamentales de las personas que reciben los servicios de las ETSAS. A todo ello se añade la especial problemática que suscita el sometimiento de esas entidades a normas de Derecho privado, y a un régimen especial en cuanto a contratación pública. Se trata de organizaciones que se sitúan al margen del mercado, es decir, no esperan la obtención de lucro o ganancia por sus servicios.

De manera inmediata se suscitan cuestiones de diverso tipo: ¿cómo pueden prestar servicios públicos entidades privadas cuyos límites de actuación se prevén en convenios, conciertos o en el condicionado que establecen las convocatorias de las subvenciones? ¿Se les puede conceder una asignación de fondos sin concurrencia competitiva, precisamente porque carecen de ánimo de lucro? Pero, si buena parte de su actividad se financia con fondos públicos, ¿qué grado de transparencia deben cumplir sus cuentas y, lo que es más importante, la actividad que llevan a cabo? ¿Cuáles son las normas que rigen en materia de responsabilidad en caso de que causen daños y perjuicios? Y, por último, si en muchos casos actúan para cuidar y atender derechos como el de la integridad física de las personas o velan por su dignidad, ¿cómo es posible que las autoridades públicas brinden las prestaciones a través de entidades privadas que, aunque acreditadas y en principio cualificadas, llevan a cabo una gestión al margen del Derecho administrativo y, en ocasiones, basándose exclusivamente en el Derecho privado?

Algunas de estas preguntas pueden responderse si se examina atentamente el contexto en el que se sitúa la actividad de las administraciones públicas en la actualidad. Se ha promovido en los últimos tiempos, desde la misma UE, una especie de flexibilización, mínima

¹ *El País*: 15 de octubre de 2022; 16 de diciembre de 2013; 25 de septiembre de 2022; (ed. Barcelona), de 26 de marzo de 2009 (Editorial); (ed. Barcelona), de 16 de noviembre de 2017; 4 de junio de 2021 y 16 de julio de 2021. A estos problemas se añaden las quejas y reclamaciones que han recibido las personas que trabajan en el ámbito de los servicios sociales.