

UNIVERSIDAD DE DEUSTO

FACULTAD DE DERECHO



Tesis Doctoral:

**PROPUESTA DE REVISIÓN DE LA REGULACIÓN DEL
CONCIERTO SOCIAL SIN FINALIDAD LUCRATIVA: UN
SISTEMA DUAL DE LIBERTAD DE ELECCIÓN Y DE
ASIGNACIÓN DIRECTA DE OPERADORES DE SERVICIOS
SOCIALES DE RESPONSABILIDAD PÚBLICA COMO
ALTERNATIVA AL SISTEMA CONTRACTUAL COMPETITIVO**

Rius Coma, Martí

Directora: Dra. Vega María Arnáez Arce

Programa de Doctorado:

Derecho Económico y de la Empresa

3 de septiembre de 2025

**ARNAEZ
ARCE VEGA
MARIA -
30664471C**

Firmado digitalmente por ARNAEZ
ARCE VEGA MARIA - 30664471C
Nombre de reconocimiento (DN):
c=ES,
serialNumber=IDCES-30664471C,
givenName=VEGA MARIA,
sn=ARNAEZ ARCE, cn=ARNAEZ ARCE
VEGA MARIA - 30664471C
Fecha: 2026.02.28 10:31:30 +01'00'

**RIUS COMA
MARTI -
46406937K**

Digitally signed by
RIUS COMA MARTI
- 46406937K
Date: 2025.09.03
21:53:45 +02'00'

Índice

Listado de abreviaturas	7
Introducción	9
Primera parte: La colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública. Contextualización y estado de la cuestión	19
Capítulo I: Evolución histórica de la colaboración de la iniciativa privada en la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública	21
1. Consideraciones previas en relación con la génesis y evolución histórica de la acción social	23
2. Génesis y evolución histórica de la asistencia social	24
2.1. De la Baja Edad Media a la Ilustración: la caridad y el debate sobre la pobreza	24
2.2. La Ilustración y la revolución liberal como génesis de la beneficencia	35
2.3. La asistencia social en el Estado liberal: la beneficencia	38
2.4. Del Estado liberal a la configuración de los servicios sociales públicos durante el siglo XX	46
2.5. Democracia y Estado del bienestar: el desarrollo del denominado cuarto pilar del Estado del bienestar en el s. XXI	51
3. Recapitulación	55
Capítulo II: Concepto, distribución competencial y regulación de los servicios sociales	59
1. El concepto de servicios sociales	61
2. Los servicios sociales en el bloque de constitucionalidad	65
2.1. Referencias y directrices básicas sobre la prestación de servicios sociales en la Constitución	66
2.2. La distribución competencial en la prestación de servicios sociales	72

2.3. El conflicto constitucional	77
3. El desarrollo de la regulación de los servicios sociales: Estado y Comunidades Autónomas	85
4. Competencias locales en el ámbito de los servicios sociales	89
5. Recapitulación	100
Capítulo III: La prestación de servicios sociales de responsabilidad pública: servicio público y colaboración público-privada	103
1. Las prestaciones sociales como un servicio público	105
1.1. Apuntes sobre el surgimiento del concepto de servicio público	105
1.2. El servicio público en el Derecho positivo comunitario y en la jurisprudencia comunitaria: los servicios de interés general	107
1.3. Los servicios de interés económico general y los servicios de interés general no económico	113
1.4. Los servicios sociales de interés general	116
1.5. La exclusión de las normas sobre competencia y libre circulación de servicios en los servicios de interés general no económicos	121
2. Los modelos de gestión de los servicios públicos	126
3. La colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales	135
3.1. La participación de entidades del TSAS en la prestación de servicios sociales públicos en régimen de colaboración público-privada	136
3.2. La participación de la iniciativa privada de carácter lucrativo en la prestación de servicios sociales públicos	142
4. Recapitulación	144
Segunda parte: Las vías no contractuales como alternativa para la prestación de servicios sociales públicos	149
Capítulo IV: Los modelos de gestión indirecta de los servicios sociales de responsabilidad pública	151
1. Los modelos específicos de gestión en la prestación de servicios públicos a las personas: contratos e instrumentos no contractuales	153

2.	La prestación de servicios públicos a las personas bajo un régimen contractual: compra pública estratégica y configuración de un régimen específico y diferenciado	159
2.1.	El concepto de compra pública estratégica en el Derecho comunitario	159
2.2.	La prestación de servicios a las personas en la normativa reguladora de la contratación pública comunitaria y estatal	163
3.	La acción concertada como instrumento para la prestación de servicios a las personas	171
3.1.	Antecedentes normativos de la acción concertada	171
3.2.	Concepto de concierto social	174
3.3.	Naturaleza jurídica del concierto social	176
3.4.	Concertación social reservada a entidades sin ánimo de lucro	183
4.	Vías no contractuales para la prestación de servicios a las personas	189
4.1.	Los contratos open-house	191
4.2.	Las subvenciones públicas	194
4.3.	Los convenios administrativos	196
4.4.	Los conciertos	199
4.5.	Las corporaciones de derecho público	202
4.6.	Sistemas de selección por el usuario a través de presupuestos personales	203
5.	Recapitulación	206
Capítulo V: Elementos, principios y modelos para la configuración de un sistema alternativo para la prestación de servicios sociales públicos		211
1.	El concepto de contrato público	213
2.	El concepto de selectividad del contrato	216
3.	Principios para la configuración de un sistema alternativo para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública	218

3.1. El principio de igualdad de trato y la discriminación positiva	219
3.2. El principio de transparencia	225
3.3. Principios comunes de los modelos alternativos a la contratación pública para la prestación de servicios públicos por parte de operadores privados	226
3.3.1. El principio de universalidad	227
3.3.2. El principio de solidaridad	228
3.3.3. Los principios de eficiencia y adecuación	231
4. Los acuerdos de adjudicación directa de medicamentos como precedente para configurar una alternativa al sistema contractual en competencia para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública	233
5. Recapitulación	240
Tercera parte: Propuesta jurídica para la definición del sistema de libertad de elección de servicios sociales y de asignación directa de operadores de servicios sociales como alternativa al sistema contractual competitivo	243
Capítulo VI: Justificación y fundamentos de la propuesta jurídica del sistema de libertad de elección de servicios sociales y de asignación directa de operadores de servicios sociales como alternativa al sistema contractual competitivo	245
1. El fracaso de la acción concertada como alternativa al sistema contractual competitivo	247
2. La necesidad de una revisión del concierto social reservado a entidades del TSAS para la prestación de servicios sociales públicos como alternativa al sistema contractual competitivo	251
2.1. La transformación del Estado social frente a los nuevos retos	252
2.2. El fomento y preservación de las entidades de la economía social sin ánimo de lucro	255
3. Elementos para la compatibilidad con el Derecho comunitario de los instrumentos para la prestación de servicios sociales públicos reservados a entidades del TSAS	264

3.1. Consideraciones previas: elementos sobre los que se construye la hipótesis de un régimen de prestación de servicios sociales públicos reservado al TSAS, alternativo al sistema contractual competitivo y conforme al Derecho comunitario	264
3.2. La caracterización constitucional de los servicios sociales	267
3.3. Los servicios sociales como servicio público y su caracterización constitucional	268
3.4. Los elementos definitorios de la gestión indirecta de los servicios sociales de responsabilidad pública	271
3.5. Características del régimen de prestación de servicios sociales de responsabilidad pública reservados al TSAS alternativo al sistema contractual competitivo y conforme al Derecho comunitario	273
4. La propuesta de regulación para garantizar la reserva de la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a entidades del TSAS	275
4.1. Hipótesis planteada como punto de partida para el desarrollo de una nueva propuesta de regulación de la acción concertada	275
4.2. Solución propuesta para una nueva configuración de la acción concertada	276
4.3. Elementos característicos de la nueva propuesta de acción concertada	279
4.4. La compatibilidad de la nueva propuesta de acción concertada con el Derecho comunitario	286
4.5. Validación de la nueva propuesta de acción concertada a través de modelos de referencia	290
Conclusiones	297
Bibliografía	325

Listado de abreviaturas

ASADE	Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio.
Asunto ASADE	Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea derivada de la Sentencia de 14 de julio de 2022, <i>Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)</i> , asunto C-436/20, ECLI:EU:C:2023:289 ; y del Auto de 31 de marzo de 2023, <i>Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) y Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón</i> , asunto C-676/20, ECLI:EU:C:2023:289 .
CE	Constitución española.
Directiva de Contratación	Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE sobre contratación pública.
Directiva de Servicios	Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
LRSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

SIG	Servicios de interés general.
SIEG	Servicios de interés económico general.
SIGNE	Servicios de interés general no económicos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLCSP	Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.
TSAS	Tercer sector de acción social.

Introducción

1. Objeto e hipótesis planteada

El sistema de servicios sociales español ha experimentado una evolución significativa a lo largo de las últimas décadas, marcada por la transición desde un modelo de beneficencia y caridad hacia un sistema de servicios sociales públicos institucionalizados y universales. Esta evolución ha sido impulsada por la necesidad de garantizar el acceso universal a servicios esenciales de naturaleza asistencial y de promover la igualdad social.

Sin embargo, la creciente mercantilización de estos servicios y la preeminencia de la contratación pública competitiva como instrumento para la articulación de la colaboración público-privada han generado desafíos importantes para las entidades del Tercer Sector de Acción Social (en adelante, “TSAS”), que históricamente han desempeñado un papel crucial en la provisión de estos servicios públicos. Esta mercantilización ha llevado a una mayor competencia entre entidades lucrativas y no lucrativas, lo que ha derivado en una disminución de la participación de las entidades del TSAS en la prestación de servicios sociales debido a la falta de competitividad de dichas entidades frente a operadores con finalidad lucrativa que disponen de mayor capacidad económica.

Este fenómeno ha puesto en riesgo la calidad y accesibilidad de los servicios, ya que las entidades lucrativas tienden a priorizar la rentabilidad económica frente a la calidad asistencial y al valor social añadido a su prestación.

En este contexto, esta tesis se plantea como respuesta a la necesidad de reconfigurar el marco normativo vigente para preservar la participación efectiva de las entidades del TSAS en la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública, conservando su carácter no lucrativo y un enfoque basado en la calidad asistencial y la solidaridad.

Sobre esa base, la hipótesis que se defiende pretende elaborar una propuesta de marco normativo para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública, reservado al TSAS, alternativo al régimen contractual en competencia y compatible con el Derecho comunitario.

Esta hipótesis se plantea ante el fracaso de la vigente regulación autonómica de la acción concertada en el objetivo de convertirse en un instrumento reservado a las entidades del TSAS y, a su vez, al no haberse podido constituir como un régimen alternativo a la contratación pública a raíz de su consideración como contrato público por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”).

A nuestro juicio, resulta esencial una nueva propuesta de regulación de la acción concertada para afrontar los nuevos desafíos del Estado social en su transición desde una posición de proveedor de servicios públicos hacia una perspectiva de garante de dichos servicios. Además, es perentorio preservar el papel y el patrimonio social del TSAS como motor de la asistencia social y como agente fundamental en el desarrollo de las políticas públicas de asistencia social.

2. Objetivos específicos

Desde la Baja Edad Media hasta la configuración del Estado del bienestar en el siglo XX, la caridad y la beneficencia han sido pilares fundamentales en la atención a las necesidades sociales.

Con la consolidación del Estado del bienestar, los servicios sociales públicos se institucionalizaron, pero la iniciativa privada sin ánimo de lucro ha continuado desempeñando un papel esencial en su prestación dado que ha complementado la acción del Estado, ofreciendo servicios especializados y adaptados a las necesidades de diferentes colectivos vulnerables e, incluso, encargándose de la prestación de aquellos servicios en los que no existía interés por parte del mercado.

A pesar de esta trayectoria histórica, como decíamos, la mercantilización de los servicios sociales y la expansión de la contratación pública competitiva han generado un entorno hostil en el que las entidades del TSAS afrontan dificultades para competir en igualdad de condiciones con las entidades lucrativas. La normativa de contratación pública, centrada en la eficiencia económica y la competitividad, no siempre prioriza la calidad asistencial y el valor social añadido que aportan las entidades del TSAS.

Esta situación está generando un arrinconamiento progresivo de estas entidades en la prestación de servicios sociales, lo que está teniendo consecuencias negativas en la calidad y la accesibilidad de estos servicios.

Es en este contexto en el que se justifica la necesidad de reconfigurar el marco normativo para garantizar la participación efectiva de las entidades del TSAS en la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública.

Para ello, se opta por presentar una propuesta de concierto social sin finalidad lucrativa bajo un sistema de libertad de elección de servicios sociales como una solución viable para preservar el papel de estas entidades y asegurar la prestación de servicios sociales de calidad, basados en los principios de solidaridad y universalidad. Esta reconfiguración normativa busca crear un entorno más favorable para las entidades

del TSAS, permitiéndoles ser competitivas para los poderes públicos como agentes colaboradores en la prestación de servicios sociales y continuar ofreciendo servicios esenciales a la comunidad.

Para ello, se plantea desarrollar la tesis a través de la consecución de los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar la evolución histórica y el marco jurídico de la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales en España, incluyendo un estudio detallado de las diferentes etapas y modelos de colaboración que han existido a lo largo del tiempo.
2. Examinar la naturaleza jurídica y la regulación de la prestación de servicios sociales, así como la distribución competencial entre las distintas Administraciones públicas, considerando las implicaciones de esta distribución en la implementación de un nuevo régimen normativo.
3. Evaluar los modelos de gestión indirecta de los servicios sociales públicos y las vías no contractuales como alternativa a la contratación pública, considerando ejemplos de buenas prácticas y experiencias exitosas en otros países.
4. Proponer un régimen de concierto social sin finalidad lucrativa bajo un sistema dual de libertad de elección de servicios sociales y de libre asignación de operadores, fundamentado en los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia y adecuación.
5. Validar la compatibilidad de la propuesta con el Derecho comunitario y su viabilidad operativa para las entidades del TSAS y los beneficiarios de los servicios sociales mediante un análisis exhaustivo de la normativa europea.

En definitiva, esta tesis doctoral busca contribuir al debate sobre la prestación de servicios sociales en España, proponiendo un marco legal que fomente la colaboración entre el sector público y el sector privado sin fines de lucro, y que garantice la libertad de elección de los ciudadanos en la provisión de estos servicios.

Para ello, a través de un análisis histórico, normativo y comparado, se pretende ofrecer una visión integral y fundamentada de las posibilidades y desafíos de este modelo de colaboración.

3. Metodología de trabajo

La metodología empleada para el desarrollo de esta tesis combina el análisis histórico y normativo de la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales con el estudio doctrinal y jurisprudencial de la materia bajo un enfoque propositivo, de tal forma que todo el estudio permita elaborar una propuesta de revisión de la acción concertada como objetivo principal para sostener la hipótesis que defendemos.

Para alcanzar los objetivos específicos a los que nos hemos referido anteriormente se realiza, en primer lugar, un estudio exhaustivo de la evolución histórica de la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales, así como del marco jurídico vigente español y comunitario.

Este análisis se completa con el examen de la normativa de contratación pública y de los modelos de gestión indirecta de servicios sociales a través del análisis de la normativa aplicable, así como de las sentencias relevantes, para comprender cómo ha evolucionado la colaboración público-privada y cómo se ha regulado la prestación de servicios sociales a lo largo del tiempo. Además, se han analizado las políticas y directrices de la Unión Europea en materia de servicios sociales y contratación pública para asegurar que la propuesta normativa sea compatible con el Derecho comunitario.

En segundo lugar, se lleva a cabo un análisis comparativo de las distintas vías no contractuales para la prestación de servicios sociales, evaluando su viabilidad y adecuación en el contexto español. Este análisis incluye estudios de caso de otros países que han implementado modelos similares, identificando las mejores prácticas y los desafíos encontrados.

Finalmente, en tercer y último lugar, a partir del análisis realizado, se desarrolla una propuesta normativa que configura un régimen de concierto social sin finalidad lucrativa bajo un sistema de libertad de elección de servicios sociales.

Tras ello, se valida la compatibilidad de la propuesta con el Derecho comunitario y se evalúa su adecuación operativa mediante el análisis de los elementos que caracterizan la propuesta con el fin de analizar su encaje normativo y funcional. Dicha validación incluye el análisis de ejemplos de implementación de modelos similares en otros países para identificar posibles obstáculos y soluciones.

Esta confirmación se realiza con el objetivo de asegurar que la propuesta no solo sea jurídicamente viable, sino también funcional y adecuada para las entidades del TSAS y para los beneficiarios de los servicios sociales.

Por consiguiente, nos encontramos ante una tesis de naturaleza propositiva en la que, como hemos indicado, para sostener la hipótesis que defendemos, procederemos a desarrollar una propuesta fruto del desarrollo metodológico consistente en el análisis histórico, normativo, doctrinal y jurisprudencial, con referencias a modelos comparados.

4. Estructura de la tesis

La tesis se estructura en seis capítulos agrupados en tres partes principales.

La primera parte, que lleva por título “la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública. Contextualización y estado de la cuestión”, está compuesta por tres capítulos que permiten poner en contexto al lector sobre la evolución histórica de la participación de la iniciativa privada no lucrativa en la prestación de servicios sociales, sobre el marco normativo existente y la participaciones de la iniciativa social no lucrativa en la actual prestación de estos servicios.

En concreto, el primer capítulo analiza la evolución histórica de la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales, desde la Baja Edad Media hasta la configuración del Estado del bienestar en el siglo XX.

A lo largo del segundo capítulo se examina la naturaleza jurídica y la regulación de la prestación de servicios sociales, así como la distribución competencial entre las distintas Administraciones públicas.

Finalmente, en el tercer capítulo se evalúa el papel de la iniciativa privada, tanto lucrativa como no lucrativa, en la prestación de estos servicios, incluyendo ejemplos específicos de cómo la colaboración público-privada ha evolucionado en diferentes Comunidades Autónomas, analizando las políticas y directrices de la Unión Europea en materia de servicios sociales y contratación pública, para asegurar que la propuesta normativa sea compatible con el Derecho comunitario.

En la segunda parte de la tesis, bajo la rúbrica de “las vías no contractuales como alternativa para la prestación de servicios sociales públicos”, se analiza el sistema de prestación de servicios públicos y los distintos instrumentos para la regulación y contratación de la prestación de estos servicios por parte de operadores privados a través de dos capítulos.

Así, el cuarto capítulo de la tesis analiza los modelos de gestión indirecta de los servicios sociales públicos y las vías no contractuales para la prestación de servicios públicos como alternativa a la contratación pública.

Por su parte, en el capítulo quinto se analizan distintos instrumentos jurídicos que podrían ser adecuados para la prestación de servicios públicos, como los contratos *open-house*, las subvenciones públicas, los convenios administrativos y los conciertos, evaluando su viabilidad y adecuación para tal fin en el contexto español.

Finalmente, en la tercera parte, que lleva por título “propuesta jurídica para la definición del sistema de libertad de elección de servicios sociales y de asignación directa de operadores de servicios sociales como alternativa al sistema contractual competitivo”, se presenta, a través de un capítulo único, la propuesta normativa de un régimen de concierto social sin finalidad lucrativa bajo un sistema dual de libertad de elección y de libre designación de servicios sociales.

Dicha propuesta sostiene la hipótesis planteada, queda justificada por una existente necesidad de protección del papel del TSAS en la prestación de servicios sociales públicos y se fundamentan sus elementos característicos, como la reserva de acceso a entidades del TSAS, la naturaleza no contractual del régimen y la distinción entre servicios de interés económico general y servicios de solidaridad con base en la doctrina fijada por la jurisprudencia comunitaria. Además, se valida la compatibilidad de la propuesta con el Derecho comunitario y se evalúa su viabilidad operativa para las entidades del TSAS y los beneficiarios de los servicios sociales, incluyendo estudios de caso de otros países que han implementado modelos similares, identificando las mejores prácticas y los desafíos encontrados.

Tras el estudio realizado, la tesis concluye que es posible configurar un régimen de concierto social sin finalidad lucrativa bajo un sistema dual de libertad de elección y de libre designación de servicios sociales como alternativa viable y conforme al Derecho comunitario frente al sistema contractual competitivo.

Esta propuesta normativa permite garantizar la participación efectiva de las entidades del TSAS en la prestación de servicios sociales públicos, preservando su carácter no lucrativo y un enfoque basado en la calidad asistencial y la solidaridad. Además, asegura la prestación de servicios sociales de calidad, basados en los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia y adecuación, y ofrece una solución funcional y operativa para las entidades del TSAS y los beneficiarios de los servicios sociales.

En definitiva, la presente tesis doctoral pretende realizar una contribución significativa al debate sobre el diseño del marco normativo para la prestación de servicios sociales públicos en España, consiguiendo presentar un régimen de acción concertada que se basa en una revisión de su regulación actual, de tal forma que preserve su condición de instrumento jurídico ajeno a la contratación pública, conforme a Derecho, garantizador de la participación efectiva de las entidades del TSAS y asegurador de la prestación de servicios sociales de calidad para toda la ciudadanía.

Todo ello, en los términos que desarrollaremos a continuación.

**Primera parte: La colaboración público-privada en la
prestación de servicios sociales de responsabilidad pública.
Contextualización y estado de la cuestión**

Capítulo I: Evolución histórica de la colaboración de la iniciativa privada en la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública

1. Consideraciones previas en relación con la génesis y evolución histórica de la acción social

Para comprender la actuación de los poderes públicos en la creación de los sistemas públicos de servicios sociales, en la atención de las necesidades sociales y cuál es el papel de la iniciativa privada en dicho cometido, resulta necesario contextualizar el origen de la actuación administrativa en el ámbito de los servicios públicos asistenciales a fin de conocer cuál ha sido su evolución hasta el modelo actual.

Sin perjuicio de lo anterior, vaya por delante aclarar que no es objeto del presente capítulo realizar un análisis pormenorizado de la evolución histórica de la pobreza como fenómeno social, ni de la acción pública frente a ella, sino ofrecer una visión general de la actuación de los poderes públicos frente a la pobreza a lo largo de la historia.

Asimismo, debemos indicar que a lo largo del presente capítulo usaremos el concepto “pobreza” en su significación histórico-tradicional, alejado del concepto lingüístico actualmente normalizado de pobreza así definido por la Real Academia Española de la Lengua, por ser dicho concepto el usado tradicionalmente en el contexto histórico anterior al siglo XX para referirse a todas aquellas situaciones que requerían de asistencia social por distintos motivos. Esa concepción tiene sentido en la medida en que, antes de la aparición de la actuación pública asistencial, la discapacidad y enfermedad desembocaba en la pobreza y marginalidad en una sociedad que no ofrecía asistencia alguna a dichas personas.

La contextualización histórica, al menos en relación con la situación, primero, de la Corona de Castilla¹ y, posteriormente, del Estado, no puede comenzar antes del siglo XV, pues hasta entonces no existió, al menos debidamente documentado, un auténtico proceder frente a la pobreza, ajeno a la singularidad o particularidad personal e individual, que pueda entenderse como una actuación pública y colectiva con fines asistenciales.

A su vez, este relato histórico que, insistimos, carece de la finalidad de ser exhaustivo o detallado y que se limita a una simple ubicación del lector en la génesis y evolución del actual modelo de asistencia social, debe prolongarse hasta las

¹ Se toma como referencia la Corona de Castilla por constituir, en esencia, las bases de lo que será el Estado como forma de organización política y administrativa.

contemporáneas configuraciones de la asistencia social público-privada bajo el prisma del desarrollo del Estado social y del *welfare mix*².

Por lo tanto, esta visión de la evolución histórica a la que nos referimos se inicia, con una previa referencia a la Baja Edad Media, en el siglo XVI, y se prolongará hasta nuestros días, realizando el estudio por etapas de evolución desde la caridad hasta el actual modelo de colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales.

2. Génesis y evolución histórica de la asistencia social

2.1. De la Baja Edad Media a la Ilustración: la caridad y el debate sobre la pobreza

Durante la Edad Media, la mendicidad era espontánea, individual y desorganizada, no existiendo orden en su manifestación y, por supuesto, sin consideración o tratamiento como asunto público, de interés general, o de competencia del poder público³. Por lo tanto, durante esta etapa histórica existía, simple y llanamente, una permisividad para solicitar limosna y para que, desde un punto de vista religioso, se usara la limosna como expresión de la caridad privada monopolizada por Iglesia y nobleza.

De hecho, durante la Edad Media la atención y actuación del poder político y administrativo frente a la pobreza es prácticamente inexistente, siendo la ayuda a los necesitados ofrecida únicamente por la Iglesia Católica, entendiendo al pobre como representación de Jesucristo y, por lo tanto, encomendando a las personas su atención y la caridad frente a los pobres como metodología de consecución de la salvación⁴.

La pobreza, a juicio de GARRIDO JUNCAL, era vista como un elemento positivo al considerarse intrínseco y natural a la condición humana y “[...] un medio para practicar la virtud de la caridad”⁵.

² Entendido por parte de HERRERA GÓMEZ, en esencia, como la compatibilidad de la asistencia social entre el servicio público asistencial y la participación de la iniciativa privada en su prestación. HERRERA GÓMEZ, Manuel. “Las políticas sociales en el *welfare mix*”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 96, 2001, pp. 73-75.

³ MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1987, p. 76.

⁴ *Ibid.*

⁵ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Madrid: Ed. Aranzadi, 2020, p. 30.

Por lo tanto, podríamos decir que la asistencia al pobre se basaba en la voluntad de los fieles y en su interés en practicar la caridad a fin de conseguir la redención espiritual, de forma individual y sin ninguna clase de organización o reglamentación.

Este sentimiento era extensivo al monarca, como agente único del poder político, cuya actividad frente a la pobreza se basaba en su propio interés en practicar la caridad por razones religiosas o espirituales, pero no como un auténtico ejercicio de una potestad pública.

Por lo tanto, en realidad, como apuntábamos anteriormente, antes del siglo XV solo puede hablarse de una atención a la pobreza a través de la caridad individual. Así se extrae del extenso y pormenorizado estudio realizado por LÓPEZ ALONSO⁶, donde dicha autora distingue tres etapas previas al siglo XVI.

1. Una primera etapa, desde el siglo IX y hasta el siglo XI, durante la que la mendicidad era atendida a través de la limosna y la acción individual, protagonizada por la Iglesia Católica, teniendo especial relevancia en el ámbito de los monasterios visigodos y obispados como una suerte de asistencia institucional y eclesiástica⁷.
2. Un segundo periodo, entre el siglo XI y mitad del siglo XIII, en el que se produce una institucionalización eclesiástica de la caridad a través de una red de fundaciones hospitalarias vinculadas a monasterios cistercenses en el norte de la Península Ibérica, extendiéndose a medida que avanzó la Reconquista. La asistencia se produce a través de hospitales y cofradías religioso-benéficas. Es en esta etapa cuando, como ha expuesto LÓPEZ ALONSO, “la caridad es realizada, en un primer momento, por los obispos, a los que se suman monjes y monasterios y también los grandes señores”, esto es, los grandes dominantes de la sociedad feudal como manifestación estrechamente vinculada a su magnificencia y a la moral católica en búsqueda de su propia salvación espiritual. El hospital, como institución de atención a la pobreza, es la realidad de la asistencia social de la época desde el Antiguo Régimen al Estado liberal⁸.

⁶ LÓPEZ ALONSO, Carmen. *La pobreza en la España medieval: Estudio histórico-social*. Madrid: Ed. Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986, p. 480.

⁷ LÓPEZ ALONSO, Carmen. “La acción social medieval”. En: VV.AA. *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, pp. 51-52.

⁸ Véanse LÓPEZ ALONSO, Carmen. “La acción social medieval”. *Op. Cit.*, p. 481.

A partir del siglo XII, la revolución económica, con el nacimiento de una incipiente clase de ciudadanos urbanos (comerciantes y artesanos), supone que se transforme la asistencia a los pobres en cuanto al origen, pero no en cuanto a la forma, que sigue siendo eminentemente caritativa, esta vez, a través de la ostentación burguesa, siendo gestionada, de nuevo, por la Iglesia Católica, pero en lugar de en los monasterios y obispados, en las iglesias de las villas y ciudades. Es en esta etapa cuando surgen también los centros hospitalarios ligados a las cofradías y gremios, pero también a algún Señor noble⁹.

3. La tercera etapa se extiende desde mitad del siglo XIII y hasta el final del siglo XV a través de la dicotomía entre asistencia y represión de la pobreza, con un importante papel de la nobleza, produciéndose una incipiente institucionalización civil de la caridad y, a su vez, una creciente represión. En esta etapa se produce “[...] un fortalecimiento del poder del monarca, pero, sobre todo, de los comerciantes y oficios, de manera que hay una expansión de la caridad proveniente de la burguesía”¹⁰. Es en la Baja Edad Media cuando se produce la génesis de una incipiente acción colectiva no religiosa frente a la pobreza.

Atendiendo a todo lo anterior, no podemos más que concluir que durante la Edad Media, en general, no existió ninguna clase de acción colectiva frente a la pobreza, quedando limitada a la asistencia prestada, en esencia, por la Iglesia Católica y, de manera incipiente, por las cofradías gremiales promovidas por la nueva burguesía.

Esta inexistencia de medidas organizadas frente a la pobreza propia de la Edad Media cambia a partir del Renacimiento, momento en el que se abandona la idea de que la pobreza debe ser afrontada desde la acción personal a través de la caridad como vía para la redención y salvación en una vida futura. Es en esta nueva etapa histórica cuando se extiende la idea de la necesidad de la educación y la atención a la persona, surgiendo, en los siglos XV y XVI, los primeros humanistas que pretendieron aportar una solución a la cuestión de la pobreza como fenómeno social alejado de un problema de carácter individual¹¹.

⁹ LÓPEZ ALONSO, Carmen. *La pobreza en la España medieval: Estudio histórico-social. Op. Cit.*, p. 482.

¹⁰ LÓPEZ ALONSO, Carmen. “La acción social medieval”. *Op. Cit.*, p. 56.

¹¹ LÓPEZ ALONSO, Carmen. *La pobreza en la España medieval: Estudio histórico-social. Op. Cit.*, p. 407.

Como decimos, si bien la limosna siguió siendo fundamental por parte de cofradías y gremios, a lo largo del siglo XVI surgió un principio de concepción o preocupación social frente al incremento del pauperismo. Esta atención a la pobreza comportó, a su vez, cierta discrepancia entre los estudiosos de la época de este fenómeno social respecto a cómo debía procederse, como sociedad, frente a ella¹².

La confrontación discurría entre la posición favorable a la no participación pública, dejando que perviviera el marco libre amparado por la caridad y la limosna, y otra posición que promulgaba la necesidad de ordenación y regulación de la pobreza y la participación del poder público para combatirla¹³.

El discurso de demonización de la pobreza y denuncia de la mendicidad, que en nuestra opinión pudiera parecer una posición alejada de la vigente concepción existente de actuación administrativa frente a la pobreza en nuestra actual escala de valores, contribuyó a la traslación de la cuestión desde la óptica o posición en la que se venía situando tradicionalmente. Así, a nuestro juicio, se invocó la necesidad de una actuación administrativa o pública, recalcando el fracaso de la caridad desde la óptica cristiana como mecanismo de lucha frente a su existencia, requiriendo la necesidad de que fuera el poder público el que activamente actuara frente a la pobreza.

Por lo tanto, en el siglo XVI fue la primera vez que doctrinalmente se trató la pobreza, desarrollando distintas metodologías o teorías para afrontarla por parte de los teóricos de la época, en los términos que detallamos a continuación.

Como se recoge en la obra de MAZA ZORRILLA, como veremos, distintos autores pretendieron encontrar una vía efectiva para la lucha contra la pobreza, caracterizada por: la centralización de todos los recursos ciudadanos en una bolsa común, hospital o institución general; la secularización en cuanto a la gestión, distribución y control de los fondos y la gestión de las infraestructuras benéficas, de forma que la caridad, la Iglesia y sus fondos perdían peso, produciéndose una gestión por parte de los municipios; y una gestión o análisis de la pobreza a fin de distinguir cuales podían o no recibir la beneficencia¹⁴.

¹² LÓPEZ ALONSO, Carmen. “La acción pública no estatal”. *Op. Cit.*, pp. 37-38.

¹³ MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica*. *Op. Cit.*, pp. 77-78.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 78-80.

En concreto, el movimiento doctrinal se inició con VIVES MARCH como autor fundamental de las reformas de la política de pobres, con una gran influencia en Europa al establecer un movimiento de cambio global en la asistencia social a través de su obra “El socorro de los pobres”, de 1525.

VIVES MARCH apostaba por “[...] suprimir la mendicidad y eliminar la caridad a través de una policía pública de pobres y mendigos que destinara a los pobres al trabajo, los indeseables a la cárcel y a los hospitales los que necesitaran asistencia”¹⁵.

De forma resumida, su idea era implicar a los poderes públicos en la asistencia social, castigando a los denominados “pobres válidos”¹⁶ y dando ocupación a los denominados “pobres inválidos”.

Por lo tanto, aunque sea contextualizada en la lucha contra la mendicidad y la delincuencia, proponía una intervención del Estado en un ámbito de actuación que era exclusivo de la Iglesia, de manera que propugnaba un sistema secularizado de carácter asistencial que, a través de la intervención pública, propiciaría la eliminación de la pobreza de forma gradual. Por consiguiente, VIVES MARCH no negaba la caridad, pero proponía racionalizarla para luchar contra la pobreza.

A partir de ese planteamiento inicial de VIVES MARCH, autoras como LÓPEZ ALONSO¹⁷ o MAZA ZORRILLA¹⁸ sostienen que surgió un debate doctrinal encabezado por SOTO, ROBLES, GIGINTA OMS o PÉREZ DE HERRERA respecto a dónde debía llegar el intervencionismo de los poderes públicos, cómo debía configurarse la financiación de la asistencia pública o si debía atenderse a los pobres de otras localidades.

En concreto, en su obra “Deliberación de la causa de los pobres” de 1545, SOTO distinguía entre pobres legítimos e ilegítimos, defendiendo el socorro de los pobres frente al control y manifestando reticencia a la intervención pública, afirmando que el recogimiento de los pobres no resolvía el problema de la pobreza¹⁹.

¹⁵ VIVES MARCH, Juan Luis. *Tratado del socorro de los pobres* (traducido al castellano por Juan de Gonzalo Nieto Ivarra. Valencia, 1781.

¹⁶ Entendido como personas con capacidad, pero sin interés en el trabajo.

¹⁷ LÓPEZ ALONSO, Carmen. “La acción pública no estatal”. *Op. Cit.*, pp. 37-38.

¹⁸ MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica*. *Op. Cit.*, pp. 83-84.

¹⁹ SANTOLARIA SIERRA, Félix. *El gran debate sobre los pobres en el siglo XVI. Domingo de Soto y Juan de Robles 1545*. Barcelona: Ed. Ariel, 2005, p. 32.

En cambio, ROBLES fue precursor del establecimiento de un sistema organizativo para remediar la pobreza, que se basaba en los siguientes aspectos:

- a) La necesidad de una organización racional que asegurara el mantenimiento del verdadero pobre.
- b) La atención a los pobres verdaderos en sus propias estancias, mediante la concesión de limosnas concebidas a modo de renta mínima de subsistencia per cápita.
- c) La contribución voluntaria de los ciudadanos pudientes, bajo dos modalidades: limosna pública y limosna secreta.
- d) La persecución por la autoridad pública de los mendigos que pedían limosna en las calles²⁰.

GIGINTA OMS buscó una solución práctica al aumento de pobres y desamparados, a través de las Casas de Misericordia. Estas instituciones estaban caracterizadas por ser un instrumento para el control de la mendicidad y por ser un instrumento para la regeneración de los pobres²¹.

Por su parte, el punto de partida de PÉREZ DE HERRERA es la distinción entre verdaderos y falsos pobres, ofreciendo como solución una ordenación de la mendicidad a través de dos vías simultáneas:

- a) Los albergues como residencias-refugio para pobres verdaderos en régimen de libertad para entrar como para salir.
- b) La reglamentación de la mendicidad callejera²².

²⁰ *Ibid.*, p. 45.

²¹ MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica. Op. Cit.*, pp. 88-89.

²² *Ibid.*, p. 91.

Lo cierto es que a partir de esa tesis inicial de VIVES MARCH, la reforma de la asistencia a los pobres en la entonces Corona de Castilla surgió a partir de las demandas en las Cortes. En ellas, se requería al monarca una auténtica política de pobres a fin de dar solución a la cuestión a través de la implantación de medidas de control social²³.

A raíz de dichas demandas en las Cortes, se aprobó la Ley Tavera de 1540 que introdujo el control de la mendicidad. Así, solo aquellos que estuvieran autorizados podrían solicitar limosna en su propia ciudad y alrededores, de forma que, como recuerda SANTOLARIA SIERRA, “la ley no prohibía la mendicidad, solo la reglamentaba más estrictamente, se reafirmaba en las normas punitivas existentes para los vagabundos infractores sin romper con los usos jurídicos tradicionales, [...] sugiriendo la eliminación de la mendicidad a través de la recta administración de las rentas de las instituciones de beneficencia de cada ciudad”²⁴.

A pesar de que la Ley Tavera se implantó en algunas ciudades, lo cierto es que poco a poco se fue diluyendo sin convertir o reformar el sistema asistencial, de forma que a partir de 1546 se conservaron pocos vestigios de la ejecución de dicha norma. No obstante, a pesar de ello, es precisamente esa limitación de las libertades personales en relación con la mendicidad recogida en la Ley Tavera lo que hizo surgir el debate doctrinal sobre las políticas de pobres²⁵.

Esa disquisición se manifiesta especialmente en la confrontación doctrinal entre SOTO y ROBLES, que fue más compleja que una simple confrontación entre una visión medieval y una más moderna²⁶.

²³ CARMONA GARCÍA, Juan Ignacio. “La asistencia social en la España de los Austrias”. En: VV.AA. *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, pp. 70-71.

²⁴ SANTOLARIA SIERRA, Félix. *El gran debate sobre los pobres en el siglo XVI. Domingo de Soto y Juan de Robles 1545*. Op. Cit., p. 24.

²⁵ MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica*. Op. Cit., p. 87.

²⁶ *Ibid.*, pp. 84-85.

SOTO entendía que en la pobreza existe un fenómeno social pero también personal, y que es necesario encontrar una solución que respete a la persona, sosteniendo que hay una cuestión de justicia social que conlleva respetar los derechos de los pobres como personas²⁷.

Para SOTO no era justa la distinción realizada por VIVES MARCH entre pobres naturales y no naturales y, por lo tanto, no se podía limitar su asistencia según su origen ni limitar su libertad de movimientos. A su juicio, los pobres debían tener la libertad de pedir limosna donde quisieran o pudieran, de manera que la limosna no podía limitar los derechos individuales de las personas²⁸.

Este autor denunció cualquier clase de reglamentación que coartara la libertad del pobre y condenó el sistema asistencial por ser limitativo de las libertades personales, entendiendo que existía libertad personal del mendigo para solicitar socorro libremente. A su modo de entender, ésta no era una cuestión público-política sino una cuestión de conciencia social que debía ser abordada desde un punto de vista religioso. Así lo recoge SANTOLARIA SIERRA, cuando indica que “[...] aunque acepta la licitud de castigar al pobre fingido y socorrer al verdadero, no debe coartarse su libertad ni sus derechos individuales defendiendo la libertad de mendigar”²⁹.

Como contrapunto, ROBLES publicó su obra al poco de la de SOTO, también en 1545, defendiendo que era un deber del gobierno regular y poner orden entre la mendicidad, criticando duramente a los mendigos y sosteniendo que resultaban necesarias unas ordenanzas, así como poner coto a las libertades de los mendigos, defendiendo el interés público del Estado³⁰.

ROBLES era un claro ejemplo de un nuevo orden que propició la reforma de las estructuras sociales, defendiendo la necesidad de intervenir en la cuestión, dando primacía a los derechos de la sociedad y del Estado frente a los derechos personales. Es decir, posicionándose doctrinalmente del lado de VIVES MARCH.

²⁷ SOTO, Domingo. “Deliberación de la causa de los pobres”, 1545, como se citó en JIMÉNEZ SALAS, Maria. *Historia de la asistencia social en España en la Edad Moderna*. Madrid: Ed. Instituto Balmes de Sociología, 1958, pp. 88-95.

²⁸ *Ibid.*, p. 83.

²⁹ SANTOLARIA SIERRA, Félix. *El gran debate sobre los pobres en el siglo XVI. Domingo de Soto y Juan de Robles 1545. Op. Cit.*, p. 35.

³⁰ ROBLES, Juan. “De la orden que en algunos pueblos de España se ha puesto en la limosna para remedio de los verdaderos pobres”, 1545, como se citó en MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica. Op. Cit.*, p. 85.

Como admite MAZA ZORRILLA, su propuesta era “[...] combatir la mendicidad no con métodos coercitivos sino por la vía indirecta, combatiendo sus causas y atendiendo sus necesidades” de tal forma que existían, en nombre del interés público, ventajas económicas, sanitarias y espirituales³¹.

De hecho, CARASA SOTO lo recoge como “[...] una aparente disquisición o controversia humanista en la que ROBLES defendía que debía prohibirse la mendicidad libre, regularla y establecer sistemas de asistencia domiciliaria y de recogimiento de pobres, frente a SOTO que patrocinaba la libertad natural del pobre de pedir limosna”³².

Más allá de sus discrepancias, a nuestro juicio lo que denota este debate es una preocupación por encontrar solución a esta cuestión que empezaba a ser un problema social que requería de la atención de los poderes públicos. Podríamos decir que, como se desprende de cuanto hemos indicado, ambos coincidieron en la necesidad de regular y legislar, siendo SOTO defensor de las libertades del individuo frente a la posición doctrinal de ROBLES, que entendía que debía protegerse el interés público al tratarse de una cuestión de orden social.

Según SANTOLARIA SIERRA, “frente a las tesis de SOTO y ROBLES, prácticamente todas las tesis y contratesis que se van a escribir a lo largo de los siglos XVI, XVII y XVIII en España sobre la pobreza y su asistencia, son o simples o meras copias, o reflexiones inspiradas directamente en estos dos autores”³³.

Tras SOTO y ROBLES, en 1576, la propuesta de GIGINTA OMS, recogida en su obra “Tratado de remedio de pobres”, consistía en evitar medidas coercitivas frente a los mendigos y que el sistema asistencial se estableciera a través de una “[...] casa de misericordia [...]” en cada ciudad que permitiese, además, la formación y producción manufacturera. Este sistema de casas de misericordia se implantó en varias ciudades y recibió una notable aceptación social y política³⁴.

³¹ MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica*. *Ibid.*, p. 84.

³² CARASA SOTO, Pedro. *Historia de la beneficencia Castilla y León: poder y pobreza en la sociedad castellana*. Valladolid: Ed. Universidad de Valladolid, 1991, pp. 8-9.

³³ GIGINTA OMS, Miguel. “Tratado de remedio de pobres”, 1539, como se citó en SANTOLARIA SIERRA, Félix. *El gran debate sobre los pobres en el siglo XVI. Domingo de Soto y Juan de Robles 1545*. Barcelona: Ed. Ariel, 2005, p.30.

³⁴ JIMÉNEZ SALAS, María. *Historia de la asistencia social en España en la Edad Moderna*. Madrid: Ed. Instituto Balmes de Sociología, 1958, pp. 99-102.

Sobre esa base, ante la disquisición entre SOTO y ROBLES, finalmente triunfó la posición de VIVES MARCH sobre el recogimiento de pobres, acogida a través de la aprobación de la Instrucción de 16 de enero de 1597, según el plan de PÉREZ DE HERRERA recogido en su obra “Discurso de amparo de pobres”, de desarrollo de casas albergue y de misericordia en las principales ciudades³⁵.

No obstante, la reforma de PÉREZ DE HERRERA cosechó sus dudas respecto a su éxito duradero por cuanto dependía demasiado de la Iglesia, entendiendo sus opositores que sería más adecuada su gestión por parte de un poder público. De hecho, su influencia decayó a partir de la muerte del monarca Felipe II al suponer el fin de una etapa reformista en este aspecto³⁶.

Por lo tanto, aunque sea contextualizada en la lucha contra la mendicidad y la delincuencia, lo cierto es que lo que debe extraerse de todos estos posicionamientos doctrinales es que suponían una propuesta de intervención del Estado en un ámbito de actuación que, hasta la fecha, era exclusivo de la Iglesia. De esta manera, se propugnaba un sistema secularizado de carácter asistencial que, a través de la intervención pública, propiciaría la eliminación de la pobreza de forma gradual.

Como refleja COLMEIRO GUIMARÁS, realmente no se trataba de una confrontación entre dos posiciones: la caridad y la asistencia social pública, sino que, una vez superada esa posición inicial de procurar la abolición de la caridad, se comprendió que, dado que la asistencia social era también defectuosa por costo e ineficiente, lo ideal era que el sistema de asistencia social se configurara como complementario de la caridad individual. Todo ello entendido como una progresión en la que no se produce un cambio transgresor de modelo, sino que se va, poco a poco, evolucionando hacia un sistema de asistencia social³⁷.

³⁵ PÉREZ DE HERRERA, Cristóbal. “Discurso de amparo de pobres”, 1598, como se citó en JIMÉNEZ SALAS, María. *Historia de la asistencia social en España en la Edad Moderna*. *Ibid.*, pp. 103-109.

³⁶ CAVILLAC, Michel. “La reformatión de los pobres y el círculo del doctor Pérez de Herrera (1595-1598)”. En: MARTÍNEZ, MILLÁN José (Coord.). *Felipe II (1527-1598): Europa y la monarquía católica*: Madrid: Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1998. pp.197-204.

³⁷ COLMEIRO GUIMARÁS, Manuel. *De la beneficencia pública*. Madrid: Ed. Imprenta Hilario Martínez, 1850, como se citó en: GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Madrid: Ed. Aranzadi, 2020, p. 32.

Más allá de las posiciones dogmáticas frente a la pobreza, el siglo XVI fue una centuria que se caracterizó por la prácticamente inexistente estructura asistencial, si bien empezó a surgir una incipiente regulación normativa, haciendo referencia al control y organización de la mendicidad y las limosnas.

La existencia de una beneficencia o política de pobreza pública no surgió hasta el reinado de Carlos III. Como recoge HERNÁNDEZ IGLESIAS, “[...] durante su reinado se aprobaron numerosas disposiciones en el ámbito de la beneficencia que, en conjunto, configuraron un sistema o política general frente a la pobreza y en favor de un sistema público de beneficencia”³⁸.

Lo cierto es que, como ha reconocido JIMÉNEZ SALA, de la Edad Media se heredaron numerosísimos hospitales, de forma que tanto Carlos I como su hijo Felipe II ordenaron que se redujeran a uno por pueblo o villa. No obstante, no solo no lo consiguieron, sino que fueron numerosas las Cortes que solicitaron el mantenimiento o reapertura de distintas instituciones hospitalarias a lo largo del reino³⁹.

Por su parte, en cuanto a la normativa, el siglo XVI se inició con una nueva forma de tratar la cuestión de la pobreza y su gestión⁴⁰. Así, se limitó la libertad de los pobres forasteros, ordenada por Carlos I, llegando incluso a limitar la mendicidad en la calle mediante Orden del Consejo Real I en 1540⁴¹, lo que suponía la prohibición de mendicidad en el Reino de Castilla, “[...] comportando la victoria de la mentalidad medieval frente a la moderna”⁴²; Orden que no se llegó a aplicar a raíz de la discusión doctrinal entre SOTO y ROBLES tras la aprobación de la Ley Tavera de 1540 a la que nos hemos referido anteriormente.

³⁸ HERNÁNDEZ IGLESIAS, Fermín. *La beneficencia en España*. Madrid: Ed. Establecimientos Tipográficos de Manuel Minuesa, 1876, p. 36.

³⁹ JIMÉNEZ SALAS, María. *Historia de la asistencia social en España en la Edad Moderna*. *Op. Cit.*, pp. 136-137.

⁴⁰ CARMONA GARCÍA, Juan Ignacio. “La asistencia social en la España de los Austrias”. En: VV.AA. *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, p. 69.

⁴¹ Así lo habían solicitado las Cortes de Valladolid de 1518 y 1523, o las de Toledo de 1525 y las de Madrid de 1528 y 1534.

⁴² CARMONA GARCÍA, Juan Ignacio. “La asistencia social en la España de los Austrias”. *Op. Cit.*, p. 71.

Finalmente, a raíz del Concilio de Trento de 1563, se volvió a la concepción medieval, de manera que ni durante el reinado de Felipe II, ni durante el siglo XVII, volvió a plantearse la prohibición a la mendicidad. De hecho, ante la crisis de 1575 se retomó la preocupación de los pobres, acogiendo en las Cortes de Madrid de 1576 las tesis de GIGINTA OMS y, por lo tanto, declarándose lícito y conveniente para el Reino que se diera cumplimiento a la constitución de casas de misericordia para el acogimiento y asistencia a los pobres⁴³.

En el siglo XVII se produjo una crisis demográfica y económica que redujo la capacidad pública de lucha frente a la pobreza, haciendo aún más débil la capacidad asistencial de las instituciones. Por lo tanto, “durante esta centuria la actividad normativa y asistencial fue escasa, confiándola, de nuevo, a la Iglesia Católica, de manera que se produjo, de forma evidente, un retroceso en el desarrollo doctrinal del posicionamiento social frente a la pobreza”⁴⁴.

Atendiendo a lo anterior, podemos concluir que estos dos siglos se caracterizaron por dar continuidad a los hospitales medievales como cobijo de la enfermedad y la pobreza, institucionalizándolos en forma de albergues y casas de misericordia e iniciándose el debate respecto a cómo debía procederse frente a la pobreza como fenómeno social desde un punto de vista público-asistencial y sobre cuál debía ser el papel de la iniciativa privada ante la existencia de una gestión pública de la pobreza.

2.2. La Ilustración y la revolución liberal como génesis de la beneficencia

Durante el siglo XVIII hubo una auténtica explosión demográfica con el éxodo de población rural a la ciudad y un acentuado aumento del pauperismo, de manera que, en un contexto de surgimiento de la Ilustración como paso previo al liberalismo, se otorgó dimensión social, económica y política a la pobreza⁴⁵.

Aunque, como correctamente señala GARRIDO JUNCAL, “el liberalismo se basa en una concepción individualista de la sociedad que podía conllevar una exclusión de la acción social pública en un contexto en el que los valores individuales eran superiores a

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, p. 73.

⁴⁵ TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro. “Asistencia y previsión social en el siglo XVIII”. En: VV.AA. *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, pp. 89-91.

los colectivos”⁴⁶, lo cierto es que dicha autora, citando a BELTRAN AGUIRRE, destaca que esa concepción, en realidad, justificaba la intervención del Estado al entenderse la acción social como un mecanismo para garantizar el orden social y la salud pública⁴⁷.

Así, durante el siglo XVIII surgieron algunas iniciativas promovidas por la Corte que supusieron una incipiente estructura asistencial. De esta forma, Felipe V creó los hospicios sostenidos por las arcas públicas como una auténtica estructura y organización asistencial para que, posteriormente, en 1756, Fernando VI ordenara la recogida de pobres y organizara la beneficencia domiciliaria en Madrid⁴⁸.

De hecho, la propuesta de ocupar a los vagos a fin de que sirvieran de mano de obra ya se recogió en 1750 por parte de Bernardo WARD, ministro de la Junta de Comercio con Fernando VI, a través de su Obra Pía, que afrontaba el problema de la pobreza poniendo en marcha un plan de recogida de vagos ocupándoles en beneficio del Estado⁴⁹.

Como indica DE LA FUENTE GALÁN, en dicha obra se pretendía “[...] ordenar la caridad y darles empleo, manteniendo a los impedidos y creando la Hermandad de la Obra Pía como un Instituto que se encargara de organizar la asistencia en el Reino bajo la protección del monarca”⁵⁰.

Como sostiene dicha autora, y de forma alineada con lo indicado en el apartado anterior, después del Concilio de Trento la contrarreforma hizo triunfar el libre ejercicio de la mendicidad, pero reglamentada con un criterio restrictivo, dando trabajo a los que mendigaban. Así, todos los pobres estaban obligados al trabajo productivo sin quebrantar el derecho a la mendicidad, que debía ser practicado conforme a unas normas reglamentadas que no la prohibían, pero limitaban su ejercicio⁵¹.

⁴⁶ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Op. Cit., p. 34.

⁴⁷ BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. *El régimen jurídico de la acción social*. Oñati: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 1992, p. 81.

⁴⁸ TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro. “Asistencia y previsión social en el siglo XVIII”. En: VV.AA. *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Op. Cit. p. 92.

⁴⁹ MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica*. Op. Cit., p. 106.

⁵⁰ DE LA FUENTE GALÁN, M^a del Prado. “Aportación al estudio de los sectores marginados de la población: pobreza, caridad y beneficencia en la España moderna”. *Boletín de la asociación de demografía histórica*. 2000, XVIII, I, p. 22.

⁵¹ *Ibid.*, p. 23.

No obstante, el gran desarrollo organizativo de la atención a la pobreza se produjo con Carlos III, reduciendo las obras pías, extendiendo los hospicios y regulando sus fuentes de financiación⁵².

Por lo tanto, en este siglo surgieron las estructuras iniciales de lo que, en la siguiente centuria, sería la beneficencia pública, entendida en términos de MAZA ZORRILLA “[...] como un servicio público que afecta al bien común y cuya responsabilidad recae en el rey y en los ejecutores de sus designios”⁵³.

Para ello, fueron fundamentales las casas de misericordia, herederas de los hospitales de la Edad Media, como estructuras de acogida y asilo para satisfacer las necesidades de los pobres como herramienta secular de la asistencia social pública asumida por el Estado como parte de sus potestades y responsabilidades, siendo una auténtica institución en la asistencia a los pobres⁵⁴.

En ese contexto, la burguesía promovió la reutilización de la incipiente estructura infrautilizada y desorganizada de la Iglesia a través de la desamortización, mediante la configuración de una estructura municipal de atención a la pobreza derivada del éxodo rural. En términos de CARASA SOTO, “[...] la burguesía se adueña de los viejos recursos benéficos y los organiza según su esquema administrativo en defensa de sus intereses”⁵⁵. Según dicha autora, a través de las desamortizaciones, la beneficencia salió del ámbito religioso “[...] para insertarse en el ámbito civil [...]”, integrándose “[...] en el libre juego socioeconómico de las fuerzas dominantes”⁵⁶.

En cuanto al desarrollo dogmático, solo es posible destacar la posición de Pedro José ORDOÑEZ, que siguió la estela de GIGINTA OMS al recuperar el proyecto de casas de misericordia y, sobre la línea de trabajo de VIVES MARCH y MEDINA, entendió que únicamente debía prohibirse la mendicidad si se ofrecía asistencia por parte de los poderes públicos⁵⁷.

⁵² LÓPEZ ALONSO, Carmen. “La acción pública no estatal”. *Op. Cit.*, p. 50.

⁵³ MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica*. *Op. Cit.*, p. 100.

⁵⁴ JIMÉNEZ SALAS, María. *Historia de la asistencia social en España en la Edad Moderna*. *Op. Cit.*, pp. 123-125.

⁵⁵ CARASA SOTO, Pedro. *Historia de la beneficencia Castilla y León: poder y pobreza en la sociedad castellana*. *Op. Cit.*, pp.16-17.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica*. *Op. Cit.*, p. 99.

Por lo tanto, podríamos decir que esta es la centuria de la crisis definitiva de la caridad religiosa; crisis que responde a la debacle del Antiguo Régimen y al surgimiento de un nuevo modelo asistencial que dará lugar a la beneficencia pública.

2.3. La asistencia social en el Estado liberal: la beneficencia

En el siglo XVIII la ausencia de un sistema público asistencial se cubría con la caridad de la Iglesia (obispados, monasterios y conventos, parroquias, etc.) e, indirectamente, por medio de una red de asociaciones caritativas, especialmente a través de un sistema de hospitales que prestaban servicios sanitarios y asilo. Esta red asistencial se financiaba, de nuevo, por la caridad y estaba controlada por la jerarquía eclesiástica⁵⁸.

Sin embargo, a finales de siglo la financiación decayó, lo que, unido a la pobreza en aumento, hizo que la Iglesia y sus asociaciones de caridad no pudiesen mantener las condiciones de atención a la pobreza⁵⁹.

Lo anterior, junto al surgimiento del Estado liberal, inició lo que podríamos denominar una transición desde la caridad, como eje de la asistencia social, y del mutualismo gremial de fundamento religioso como forma de previsión, hacia la beneficencia pública.

Así, el siglo XIX arrancó en España con la instauración del Estado liberal bajo un contexto de crisis económica provocada por un incremento de población, el abandono de las zonas rurales en favor de la ciudad y los efectos de la Guerra de Independencia. Todo ello impactó también en la configuración de la beneficencia y la asistencia social en los términos que expondremos más adelante⁶⁰.

⁵⁸ MARTÍNEZ SOTO, Ángel Pascual. “La protección social en la época liberal: de la beneficencia a la previsión social (1820-1908)”. *Revista internacional de ciencias sociales*. 37, 2018, pp. 109-111.

⁵⁹ TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro. “Trabajo y pobreza en la primera industrialización”. En: VV.AA. *Historia de la Acción Social Pública en España: Beneficencia y Previsión*. Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp. 89-90.

⁶⁰ Véase ANGUITA OSUNA, José Enrique. “Análisis histórico-jurídico de la beneficencia española de mediados del siglo XIX: la Ley de Beneficencia de 1849 y su Reglamento de ejecución de 1852”. *Aportes: Revista de historia contemporánea*, 99, 2019, p. 92; y considérese la asistencia social definida por Gregorio Rubio Nombela, como “una actividad de carácter público, financiada con cargo a ingresos públicos, en base al principio de solidaridad de todos los que viven en una comunidad organizada que se realiza en favor de los económicamente débiles y no solo de los indigentes como la beneficencia pública”. En RUBIO NOMBELA, Gregorio. “Caridad, beneficencia y asistencia social”. En: VV.AA. *Problemas Fundamentales de la Asistencia social*. Madrid: Ministerio de Gobernación, 1967, p. 77.

Hasta la mitad de siglo se esperaba que la industrialización y el despegue de la economía resolviera el problema de la pobreza. No obstante, lo cierto es que bajo el prisma del liberalismo se produjo un aumento del pauperismo sin que el Estado creara ningún tipo de estructura asistencial⁶¹.

Con el ánimo de atajar la pobreza, y una vez constatadas las limitaciones de la caridad, surgió la previsión social como medida para detener la cuestión de raíz. Así, la iniciativa privada de los trabajadores se basó en el sindicalismo, el mutualismo y el cooperativismo de consumo, limitándose la beneficencia pública para aquellos ciudadanos sin posibilidad de trabajar (enfermos, discapacitados, etc.)⁶².

Por lo tanto, podríamos decir que la creciente pobreza hizo que en el siglo XIX surgieran asociaciones, sociedades de socorros mutuos, montes de piedad, cajas de ahorros, sindicatos y organizaciones obreras a fin de combatir el pauperismo, siendo el Estado liberal incapaz de articular un sistema asistencial público durante la primera mitad del siglo XIX.

Como reconoce CARASA SOTO, “la acción social en la Edad Moderna responde aun a instituciones más propias del Antiguo Régimen, para luego situarse en el preliberalismo ilustrado, evolucionando a través del humanismo del siglo XVI hasta llegar a las grandes soluciones del siglo XIX, génesis de nuestro actual sistema de asistencia social”⁶³.

En cuanto al desarrollo normativo de la acción social pública y su evolución durante dicho siglo, hay que tener presente que fue a partir de la Constitución de Cádiz de 1812 cuando se inició la transformación liberal de la beneficencia en España, pasando a ser una potestad pública. De esta forma, en su artículo 321, la Constitución de Cádiz atribuía a los ayuntamientos la competencia sobre las instituciones benéficas bajo la tutela de las diputaciones provinciales. Además, el artículo 335 estableció que las diputaciones debían encargarse de cuidar que los establecimientos piadosos y de beneficencia llenaran su respectivo objeto, proponiendo al Gobierno las reglas que estimaran conducentes para la reforma de los abusos que observaran⁶⁴.

⁶¹ TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro. “Trabajo y pobreza en la primera industrialización”. *Op. Cit.*, pp. 102-103.

⁶² *Ibid.*, p. 105.

⁶³ CARASA SOTO, Pedro. *Pauperismo y revolución Burguesa: (Burgos, 1750-1900)*. *Op. Cit.*, p. 375.

⁶⁴ BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. *El régimen jurídico de la acción social pública*, Bilbao: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 1992, p. 82.

Este proceso constitucional supuso que la beneficencia se convirtiera en el primer servicio público de carácter asistencial, aunque su prestación fue compartida con el sector privado⁶⁵.

Por lo tanto, las Cortes de Cádiz implicaron, en palabras de GIMENEZ MUÑOZ, “[...] la reestructuración social y política vinculada a un plan asistencial y sanitario acorde con el pensamiento liberal como elemento clave del paso del Antiguo Régimen al Estado liberal”⁶⁶.

Sin embargo, dicho intento resultó fallido tras el retorno, en 1814, al absolutismo de Fernando VII, abandonando así los postulados liberales también en el ámbito asistencial⁶⁷.

Según ANGUITA OSUNA “el pensamiento ilustrado provocó una preocupación en el poder público para instituir una beneficencia pública y fue el pensamiento liberal el que lo ejecutó tan pronto como pudo, esto es, en el trienio liberal”⁶⁸.

Como decimos, un segundo intento se produjo durante el Trienio Liberal (1820-1823), en el que se vinculó la asistencia social al orden social, abandonando el arcaico sistema de la caridad religiosa⁶⁹.

Dentro de este periodo, en 1820 se constituyeron unas juntas provinciales, dependientes del Ministerio de la Gobernación, encargadas de la asistencia benéfica. Posteriormente, en 1822 se aprobó la primera Ley de la Beneficencia, estableciendo la asistencia pública en todas las estructuras privadas de beneficencia⁷⁰.

⁶⁵ ANGUITA OSUNA, José Enrique. *La acción social durante el reinado de Fernando VII: Examen de la Ley de Beneficencia de 1822*. Madrid: Ed. Dykinson, 2019, pp.7-10.

⁶⁶ GIMÉNEZ MUÑOZ, María del Carmen. “Breve historia de los establecimientos benéficos en Sevilla desde su fundación hasta 1900”. *Revista de historia contemporánea*, núm. 6, 2006.

⁶⁷ CASTRO ALFÍN, Demetrio. “Las necesidades sociales y su cobertura: 1800-1868”, en *Historia de la Acción Social Pública en España. Beneficencia y Previsión*. Madrid: Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 74.

⁶⁸ ANGUITA OSUNA, José Enrique. *La acción social durante el reinado de Fernando VII: Examen de la Ley de Beneficencia de 1822*. Op. Cit., p.11.

⁶⁹ CASTRO ALFÍN, Demetrio. “Las necesidades sociales y su cobertura: 1800-1868”, en *Historia de la Acción Social Pública en España. Beneficencia y Previsión*. Op. Cit., pp. 77-81.

⁷⁰ ANGUITA OSUNA, José Enrique. *La acción social durante el reinado de Fernando VII: Examen de la Ley de Beneficencia de 1822*. Op. Cit., pp.12-14.

Con la regulación de la Ley de 1822, “[...] la atención se distribuía en tres niveles: la ayuda domiciliaria y ayudas temporales y urgentes, competencia del municipio, así como la asistencia médica y farmacéutica a domicilio, en un segundo nivel las diputaciones provinciales ofrecían soluciones para el medio plazo (enfermos, niños abandonados, huérfanos y ancianos) y, finalmente, en un tercer nivel el Estado ofrecía asistencia a largo plazo dando solución a necesidades permanentes (enfermos mentales o terminales)”⁷¹.

La Ley de 1822 dispuso la organización de la beneficencia pública gestionada por los ayuntamientos, clasificando los establecimientos en: casas de maternidad, casas de socorros, hospitales de enfermos (generales y especializados) y la atención domiciliaria. La Iglesia quedaba relegada a la atención de la parte más marginal del sistema⁷².

GRABULEDA I TEIXIDOR concluye que “el trienio liberal introdujo un nivel de descentralización en la gestión de la asistencia social, estableciendo en cada ayuntamiento una Junta Municipal de Beneficencia encargada de inspeccionar centros caritativos (casas de maternidad, de socorros, hospitales para enfermos, convalecientes...), priorizando la asistencia pública sobre la privada”⁷³.

Por lo tanto, como reconoce CARASA SOTO, fue en el siglo XIX cuando los ayuntamientos entraron en la gestión de la asistencia social, siendo “durante la primera mitad de este siglo los principales agentes asistenciales y el instrumento básico por el que actúan indirectamente el Estado liberal y directamente las oligarquías burguesas urbanas locales”⁷⁴.

⁷¹ ANGUITA OSUNA, José Enrique. *La acción social durante el reinado de Fernando VII: Examen de la Ley de Beneficencia de 1822*. Op. Cit., p.14, citando a FERNÁNDEZ MARTÍN, Francisca. *Historia de la enfermería en España. Desde la antigüedad hasta nuestros días*. Madrid: Ed. Síntesis, 1996, pp. 182-183.

⁷² MARTÍNEZ SOTO, Ángel Pascual. “La protección social en la época liberal: de la beneficencia a la previsión social (1820-1908)”. Op. Cit., pp. 112-116.

⁷³ GRABULEDA I TEIXIDOR, Carles. “Los límites de la acción social en la España del siglo XIX asistencia y salud pública en los orígenes del Estado Liberal”. *Hispania*, 2000, 60(205), pp. 600-603.

⁷⁴ CARASA SOTO, Pedro. *Pauperismo y revolución Burguesa: (Burgos, 1750-1900)*. Op. Cit., p. 172.

Fue en ese momento cuando se reforzaron las competencias de los ayuntamientos en relación con la beneficencia, institucionalizando y organizando su gestión, dándole uniformidad y absorbiendo las instituciones privadas⁷⁵.

Durante la última etapa del reinado de Fernando VII tras la restauración del absolutismo (1823-1833), “[...] aunque no se promocionó la beneficencia como en el trienio liberal, se aprobaron distintas normas que trataron de regular la ayuda al necesitado”⁷⁶.

Terminada la etapa fernandina, se retomó la idea de beneficencia pública a través de la Orden de 26 de marzo de 1834⁷⁷, sometiendo toda la estructura al control e inspección administrativo a través de los subdelegados de fomento, otorgándoles la presidencia de las Juntas Provinciales, si bien la reinstauración completa se produjo por la reina regente Maria Cristina el 8 de septiembre de 1836, que reinstauró la Ley de Beneficencia de 1822⁷⁸.

A su vez, los decretos desamortizadores de 1836 y 1837 provocaron que la Iglesia perdiera fuentes de financiación para llevar a cabo sus acciones sociales contra la pobreza, lo que supuso un claro paso hacia la secularización de las acciones asistenciales⁷⁹.

De esta forma, según MAZA ZORRILLA, la “beneficencia queda así configurada [...] como un servicio público y una de las principales funciones de la Administración del Estado, si bien la titularidad del patrimonio siguió siendo, en muchos casos, de carácter privado y su financiación también”⁸⁰.

A mediados del siglo XIX se aprobó una nueva regulación a fin de adecuarla a la Constitución de 1845: la Ley de Beneficencia, de 20 de junio de 1849⁸¹, y su reglamento, aprobado por Real Decreto de 14 de mayo de 1852.

⁷⁵ ANGUITA OSUNA, José Enrique. *La acción social durante el reinado de Fernando VII: Examen de la Ley de Beneficencia de 1822*. Op. Cit., p. 50.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 59.

⁷⁷ Gaceta de Madrid núm. 42, de 3 de abril de 1834, p. 195.

⁷⁸ Gaceta de Madrid núm. 207, de 9 de septiembre de 1834, pp. 1-5.

⁷⁹ CASTRO ALFÍN, Demetrio. “Las necesidades sociales y su cobertura: 1800-1868”, en *Historia de la Acción Social Pública en España. Beneficencia y Previsión*. Op. Cit., p. 87.

⁸⁰ MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica*. Op. Cit., p. 140.

⁸¹ Gaceta de Madrid núm. 5398, de 24 de junio de 1849, pp. 1-2.

Pues bien, si bien existía un movimiento liberal que promulgaba la titularidad pública de todos los centros benéficos, finalmente la Ley de Beneficencia de 1849 sólo estableció que las instalaciones de beneficencia serían consideradas públicas cuando no fueran financiados exclusivamente con fondos propios, donados o legados por particulares, y cuya dirección y administración corriese a cargo de corporaciones autorizadas por el Gobierno o de patronos designados por el fundador⁸².

Como sostienen ALONSO SECO y GONZALO GONZÁLEZ⁸³, el contexto previo a la aprobación de la norma se caracterizaba por “el marco constitucional creado por la Constitución de 1845, la situación deficitaria de los establecimientos de beneficencia, la reorganización de los liberales conservadores del Gobierno sobre los ayuntamientos y las diputaciones provinciales bajo el mandato de personas afines a la monarquía en las capitales de provincia, o por los gobernadores provinciales en los demás lugares. Asimismo, la desamortización de los bienes de la Iglesia y de los municipios permitió el incesante avance del Estado y la pérdida de relevancia de la Iglesia en el campo de la beneficencia”⁸⁴.

La Ley de Beneficencia de 1849 se aprobó con el fin de regular la actividad de las entidades benéficas ante “[...] la incapacidad del Gobierno para ocuparse de la beneficencia, reconociendo así los establecimientos privados de beneficencia creados y costeados por corporaciones profesionales o patronos”⁸⁵.

La evolución normativa transitó hacia posiciones de signo liberal conservador, orientada a recortar la intervención pública. Así, la Ley General de Beneficencia de 1849 y su Reglamento de 1852 articularon el sistema liberal de beneficencia, definiendo su carácter fundamentalmente público, su organigrama y clasificación de establecimientos. Esta normativa trató de recortar las competencias municipales a favor de las provinciales, estableciendo un sistema jerarquizado y centralista, con la cúspide situada en la Junta General de Beneficencia, organismo dependiente del Ministerio de

⁸² GRABULEDA I TEIXIDOR, Carles. “Los límites de la acción social en la España del siglo XIX asistencia y salud pública en los orígenes del Estado Liberal”. *Loc. Cit.*

⁸³ ALONSO SECO, José María y GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo. *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000, p. 79.

⁸⁴ ANGUITA OSUNA, José Enrique. “Análisis histórico-jurídico de la beneficencia española: de mediados del siglo XIX: Ley de beneficencia de 1849 y su reglamento de ejecución de 1852” *Op. Cit.*, p. 96.

⁸⁵ CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. “El desarrollo de los servicios sociales: de la beneficencia a los derechos sociales”. En: *Protección social: Seguridad Social y discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*. Madrid: Ed. Ediciones Cinca, 2014, p.261.

Gobernación, que asumía las competencias sobre el sistema, dejando la iniciativa privada con un papel marginal⁸⁶.

Así, la Ley y su reglamento establecieron un sistema intervencionista y centralizador, dando continuidad a la participación de la Iglesia en la tarea asistencial, pero estableciendo un sistema asistencial universal y gratuito⁸⁷.

En concreto, los objetivos de la nueva normativa fueron varios: recuperar el protagonismo de la caridad de la Iglesia; restringir la intromisión de los ayuntamientos de las capitales de provincia; y dar más protagonismo a las diputaciones provinciales⁸⁸.

Respecto a los establecimientos privados, la Ley permitía que sus patronos participaran en las juntas generales, provinciales y municipales, y protegió los derechos de los fundadores, dando así cabida a un sistema en el que coexistía la asistencia pública y la privada⁸⁹.

Asimismo, como sostiene ANGUITA OSUNA, “la desamortización eclesiástica constituyó uno de los elementos claves en el proceso de secularización de la asistencia social. Tras el inicio de la desamortización se redujo el papel hegemónico de la Iglesia Católica en el ámbito de la beneficencia, y a partir de este momento el Estado comenzó a asumir la obligación de prestar la ayuda necesaria a las personas necesitadas”⁹⁰.

Durante la Restauración Alfonsina continuó vigente la Ley de beneficencia de 1849 y su reglamento, aunque solo respecto a sus principios generales, pues muchas de sus disposiciones fueron modificadas a través de varias normas⁹¹.

⁸⁶ MARTÍNEZ SOTO, Ángel Pascual. “La protección social en la época liberal: de la beneficencia a la previsión social (1820-1908)”. *Op.Cit.*, pp. 112-116.

⁸⁷ CASTRO ALFÍN, Demetrio. “Las necesidades sociales y su cobertura: 1800-1868”. En *Historia de la Acción Social Pública en España. Beneficencia y Previsión. Op. Cit.*, p. 91.

⁸⁸ GUTIÉRREZ RESA, Antonio. *Orígenes y desarrollo del trabajo social*, Madrid: Ed. Ediciones Académicas, 2010, p. 128.

⁸⁹ ANGUITA OSUNA, José Enrique. “Análisis histórico-jurídico de la beneficencia española: de mediados del siglo XIX: Ley de beneficencia de 1849 y su reglamento de ejecución de 1852” *Op. Cit.*, p. 100.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 94.

⁹¹ KRAUSE, Marianne. “La legislación sobre beneficencia y su práctica en el cambio de siglo”. En: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, p. 193.

Posteriormente, durante el Sexenio Democrático (1868-1875) desaparecieron las juntas de beneficencia, asumiendo sus funciones la Dirección General de Beneficencia, las diputaciones y los ayuntamientos. A través de los Decretos de 22 de abril y de 20 de setiembre de 1873 se dejó la titularidad de los centros a la iniciativa privada, reservando únicamente para la Administración facultades de inspección y control debido a la imposibilidad de asumir su financiación⁹².

Tras la revolución de 1868 y el republicanismo, el liberalismo conservador de la Restauración configuró un nuevo marco regulatorio de la beneficencia pública a través de los Reales Decretos de 27 de abril de 1875⁹³ y de 27 de enero de 1885⁹⁴. Si bien dichos reales decretos iban dirigidos a reorganizar el sistema administrativo de la beneficencia, lo cierto es que no modificaron sustancialmente el marco regulatorio anterior, manteniendo la colaboración entre la asistencia pública y la privada. La novedad se centró en la figura del “protectorado” destinada a ejercer las funciones de control y vigilancia del Estado sobre el sistema y sobre las entidades privadas; figura que tuvo mayor definición en el Real Decreto de 14 de marzo de 1899 al establecer el ejercicio del protectorado estatal sobre la beneficencia, en una línea de estímulo de la acción privada⁹⁵.

De esta forma, a finales del siglo XIX el sistema asistencial quedó en manos de la deficiente beneficencia pública y de las instituciones benéfico-caritativas de carácter privado, respondiendo a la tesis del movimiento conservador, que defendía que la asistencia y los servicios sociales debían recaer en la iniciativa privada⁹⁶.

Así, a lo largo del siglo XIX la beneficencia se asentó como un poder público estatal de atención al necesitado pero sin carácter monopolístico, y sin reconocer un derecho subjetivo a reclamar a los poderes públicos una concreta atención o asistencia, permitiendo la concurrencia de la beneficencia pública y de la privada en la prestación, aunque lo segundo con algunas limitaciones, bajo el control del protectorado y con

⁹² *Ibid.*, pp. 193-196.

⁹³ Gaceta de Madrid, núm. 141, de 21 de mayo de 1875, p. 499.

⁹⁴ Gaceta de Madrid núm. 36, de 5 de febrero de 1885, pp. 360-361.

⁹⁵ KRAUSE, Marianne. “La legislación sobre beneficencia y su práctica en el cambio de siglo”. En: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social. Op. Cit.*, p. 197-198.

⁹⁶ MARTÍNEZ SOTO, Ángel Pascual. “La protección social en la época liberal: de la beneficencia a la previsión social (1820-1908)”. *Op. Cit.*, pp. 113-116.

funciones de intervención administrativa: tutela, inspección, transformación y extinción⁹⁷.

Por lo tanto, la fuerza de la beneficencia decimonónica no estuvo en la revolución del sistema asistencial, que no llegó a producirse, sino en el cambio en las fuerzas sociales que la controlaban y gestionaban, pasando a la sociedad urbana burguesa⁹⁸.

En definitiva, es en este siglo cuando surge ya una estructura pública asistencial derivada de todo el debate doctrinal y de la construcción normativa de centurias anteriores, pero persistiendo la iniciativa privada para cubrir la prestación asistencial ante la insuficiencia del sistema público.

2.4. Del Estado liberal a la configuración de los servicios sociales públicos durante el siglo XX

Como indicábamos en el apartado anterior, en la España decimonónica liberal no se generó un sistema público asistencial adecuado que ladeara definitivamente la iniciativa privada, la acción caritativa individual y la prestada por la Iglesia Católica.

En los inicios del siglo XX, el sistema de beneficencia público se mostraba en un estado precario, el número de establecimientos era insuficiente y la mayor parte de los asistidos lo eran en instituciones privadas. La acción asistencial se basaba en la previsión social como elemento surgido durante los últimos compases de la centuria anterior como generador de protección frente a la enfermedad y discapacidad⁹⁹.

Además, a finales del siglo XIX se iniciaron las modernas reformas sociales y laborales, creándose la Comisión de Reformas Sociales en 1883 y, posteriormente, el Instituto de Reformas Sociales en 1903. Dicho Instituto, que en 1908 se convirtió en el Instituto de Previsión Social, fue la institución encargada de diseñar, gestionar y

⁹⁷ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Op. Cit., p. 38.

⁹⁸ CARASA SOTO, Pedro. *Pauperismo y revolución Burguesa: (Burgos, 1750-1900)*. Op. Cit., p. 458.

⁹⁹ MARTÍNEZ SOTO, Ángel Pascual. "La protección social en la época liberal: de la beneficencia a la previsión social (1820-1908)". Op. Cit., pp. 113-116.

acometer las reformas sociales necesarias, así como de promover la aprobación de la nueva normativa sociolaboral¹⁰⁰.

Respecto a la aprobación de esa primera normativa sociolaboral, cabe destacar la Ley de accidentes de 1900, pues fue el embrión de la Seguridad Social al establecer el aseguramiento de los trabajadores a través de las mutuas, de forma que el empresario abonaba un precio global que luego se repercutía al consumidor sin culpabilizarle de los accidentes laborales¹⁰¹.

Posteriormente, el Instituto de Reforma Social solicitó que se protegiera también la vejez e invalidez, por cuanto la previsión social solo aseguraba al trabajador y, por lo tanto, seguía marginando al que carecía de trabajo y al enfermo¹⁰².

Sobre esa base surgió el seguro voluntario de carácter privado y el ahorro de los obreros, estableciendo el Instituto Nacional de Previsión los subsidios para amparar la vejez y enfermedad de los que no disponían de recursos¹⁰³.

Sin embargo, lo cierto es que los sistemas de previsión social no llegaron nunca a desterrar a la beneficencia por cuanto esta quedó para la pobreza marginal, pues la previsión estaba siempre vinculada a los trabajadores. La beneficencia persistió y siguió en manos de iglesias, asociaciones de productores o gremiales¹⁰⁴.

¹⁰⁰ MONTERO GARCÍA, Feliciano. “Catolicismo y *reforma social* en España en el tránsito del siglo XIX al XX”. En: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, p. 167.

¹⁰¹ MARTÍNEZ QUINTERO, María Esther. “El nacimiento de la previsión social 1900-1917. Las primeras soluciones al problema de la vejez, entre la previsión y la beneficencia”. En: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, p. 178.

¹⁰² MARTÍNEZ QUINTERO, María Esther. “El nacimiento de la previsión social 1900-1917. Las primeras soluciones al problema de la vejez, entre la previsión y la beneficencia”. *Ibid.*, p. 190.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 191.

¹⁰⁴ CRUZ MARTÍNEZ, Rafael. “La frustración de un sistema unificado de seguros sociales: la República y la Guerra Civil”. En VV.AA. *Historia de Acción Social Pública: Beneficencia y Previsión*. Madrid, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 361-363 y 377-378.

En el tránsito al siglo XX y durante sus inicios, la burguesía dejó de lado el individualismo y empezó a funcionar con sentido de colectivo, dejando atrás el liberalismo y adoptando una postura más progresista, aceptando corregir los desequilibrios de la sociedad a través de la acción asociativa y la actuación estatal¹⁰⁵.

Entre 1919 y 1931 se produjo una expansión de los seguros sociales. Así, en este periodo se creó el seguro de vejez obligatorio y se cimentaron los de paro y enfermedad, hasta que la dictadura de Primo de Rivera acabó con el desarrollo y expansión de los seguros sociales¹⁰⁶.

Por su parte, durante la Segunda República se produjo una mayor dedicación pública hacia la previsión que frente a la beneficencia, destinada esta última, otra vez de forma residual, al apoyo a los marginados. Además, se engendró una expansión de los seguros sociales a todas las circunstancias y una voluntad de unificar todos los seguros; intención que se vio truncada con el alzamiento militar del 18 de julio de 1936¹⁰⁷.

Durante los primeros años del Franquismo, el régimen utilizó el sistema de asistencia social en favor de su causa, con una clara intención de servir como herramienta de propaganda política¹⁰⁸.

De hecho, ya durante la Guerra Civil se creó el Auxilio de Invierno como asistencia social en la retaguarda del frente franquista, utilizándose con un marcado carácter propagandístico a fin de ofrecer auxilio social en las ciudades sometidas, promoviendo una imagen compasiva de los golpistas¹⁰⁹.

Esta incipiente institución sin una clara proyección de futuro inicial fue consolidándose como la principal institución benéfica del Régimen. Como recuerda CENARRO LAGUNAS, el Régimen Franquista tuvo interés en establecer “[...] una

¹⁰⁵ MARTÍNEZ QUINTERO, María Esther. “El nacimiento de la previsión social 1900-1917 las primeras soluciones al problema de la vejez, entre la previsión y la beneficencia”. *Op. Cit.*, pp. 167-170.

¹⁰⁶ CUESTA BUSTILLO, Josefina. “El proceso de expansión de los seguros sociales obligatorios y sus dificultades 1919-1931”. En: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, pp. 198-203.

¹⁰⁷ CRUZ MARTÍNEZ, Rafael. “La frustración de un sistema unificado de seguros sociales: la República y la Guerra Civil”. *Op. Cit.*, pp. 371.

¹⁰⁸ GARCÍA PADILLA, Margarita. “Historia de la acción social: Seguridad Social y Asistencia 1939-1975”. En VV.AA. *Historia de Acción Social Pública: Beneficencia y Previsión*. Madrid, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, p. 432.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 431.

institución benéfica social propia que encarnara su punto de vista político y social y, a su vez, sirviera de herramienta de presentación y propaganda”¹¹⁰. Esa institución fue, primero, el Auxilio de Invierno, y luego, el Auxilio Social, “[...] que encarnó los principios del viejo sistema de beneficencia al servicio de los valores del Régimen”¹¹¹.

El Auxilio de Invierno, que posteriormente pasó a ser el Auxilio Social, se consolidó a partir del Decreto de 29 de diciembre de 1936¹¹² con la creación del Fondo de Protección Benéfico-social, como institución de control y organización de la asistencia ofrecida por las distintas instituciones. El 10 de marzo de 1937 se otorgó al Auxilio de Invierno una posición dominante al permitir la gestión de sus propios recursos, consolidándose a través de la Ley de 19 de marzo de 1938¹¹³ como organismo preferente para la obtención de ayudas y subvenciones en el ámbito de auxilio social y beneficencia, absorbiendo a todas las instituciones de asistencia creadas a partir de 1936, incluyendo la creación de juntas provinciales de beneficencia con capacidad de inspección e, incluso, pudiendo refundir o suprimir otras instituciones¹¹⁴.

Así, durante el Franquismo concurrió una primera etapa, desde 1939 y hasta mediados del siglo XX, en la que imperó la beneficencia vehiculada a través del Auxilio Social frente a la previsión social, lo cual respondía a un modelo propio de posguerra¹¹⁵.

No obstante, el Régimen también instauró algunas medidas e instrumentos de previsión social en forma de seguro que, si bien eran muy limitados por cuantías y personas aseguradas, sí representaban una continuidad y evolución en los instrumentos de previsión utilizados a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX¹¹⁶.

Sin embargo, como recuerda CENARRO LAGUNAS, los instrumentos de previsión social “[...] eran solo para asalariados y, en muchas ocasiones ni siquiera para todos ellos”, por lo que aquellos que quedaban fuera del sistema productivo estaban también

¹¹⁰ CENARRO LAGUNAS, Ángela. “Beneficencia y asistencia social en la España franquista: el auxilio social y las políticas del régimen”. En: *Pobreza, marginación, delincuencia y políticas sociales bajo el franquismo*, Lleida: Ed. Universidad de Lleida, 2006, p. 17.

¹¹¹ CENARRO LAGUNAS, Ángela. “Beneficencia y asistencia social en la España franquista: el auxilio social y las políticas del régimen”. *Ibid.*

¹¹² Gaceta núm. 364, de 29 de diciembre de 1936.

¹¹³ Gaceta núm. 518, de 23 de marzo de 1938.

¹¹⁴ CENARRO LAGUNAS, Ángela. “Beneficencia y asistencia social en la España franquista: el auxilio social y las políticas del régimen”. *Op. Cit.*, p. 96-97.

¹¹⁵ GARCÍA PADILLA, Margarita. “Historia de la acción social: Seguridad Social y Asistencia 1939-1975”. *Op. Cit.*, pp. 397-399.

¹¹⁶ *Ibid.*

ladeados por dichos seguros, lo que dejaba a los más vulnerables en manos del Auxilio Social, y por lo tanto, a expensas del adoctrinamiento del Régimen¹¹⁷.

Aunque a partir de 1940 se restituyeron los seguros sociales, se continuaron gestionando por distintas instituciones de forma descoordinada y desagregada. Por su parte, en el campo de la beneficencia, el Franquismo mantuvo en vigor la normativa de beneficencia decimonónica, lo que significó que se prestara, en esencia, por ayuntamientos y diputaciones, y por la Iglesia e instituciones privadas¹¹⁸.

A partir de 1950 concurrió una segunda etapa a raíz de la industrialización y se desarrollaron y recuperaron los seguros sociales hasta la creación de la Seguridad Social a través de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social¹¹⁹, basada en un sistema sin ánimo de lucro y solidario a través de la financiación del Estado en lugar de la capitalización realizada por el individuo, extendiéndolo a toda clase de trabajadores, reconociendo las incapacidades laborales y propiciando la reordenación de los servicios médicos¹²⁰.

Por lo tanto, a nuestro juicio, contrariamente a lo que pudiera creerse, a pesar de establecerse las bases de la Seguridad Social, esta etapa no comportó la creación de unos servicios sociales modernos, limitándose el avance al campo de la previsión social. La beneficencia, prestada en esencia por la iniciativa privada bajo una concepción más propia del siglo XIX que del XX, se prolongó debido, en gran parte, a la paralización de la normal evolución social causada por la existencia durante cuarenta años del Régimen Franquista.

¹¹⁷ CENARRO LAGUNAS, Ángela. “Beneficencia y asistencia social en la España franquista: el auxilio social y las políticas del régimen”. *Op. Cit.*, p. 110.

¹¹⁸ GARCÍA PADILLA, Margarita. “Historia de la acción social: Seguridad Social y Asistencia 1939-1975”. *Op. Cit.*, p. 401-402.

¹¹⁹ Boletín Oficial del Estado núm. 312, de 30 de diciembre de 1963.

¹²⁰ GARCÍA PADILLA, Margarita. “Historia de la acción social: Seguridad Social y Asistencia 1939-1975”. *Op. Cit.*, p. 410.

2.5. Democracia y Estado del bienestar: el desarrollo del denominado cuarto pilar del Estado del bienestar en el s. XXI

A lo largo del siglo XX, se produjo el paso del Estado liberal al Estado de bienestar, de forma gradual y paulatina, y vinculada a la implantación y consolidación de la democracia¹²¹. En este sentido, en España tal evolución no pudo llegar hasta la reinstauración democrática tras la finalización del Régimen Franquista.

Durante la segunda mitad de la década de los sesenta del siglo pasado, se produjo la reconstitución de la sociedad civil española favorecida, según MARBÁN GALLEGO y RODRÍGUEZ CABRERO, “[...] por los procesos de modernización capitalista, la creación de la sociedad de consumo y la expansión y protagonismo de la clase obrera industrial y las clases medias funcionales y que se tradujo en un importante desarrollo del asociacionismo cultural y social y de movimientos reivindicativos en el medio urbano en pro de la mejora de las condiciones de vida y la democratización de la vida civil española”¹²².

Precisamente, la reinstauración democrática y la Constitución de 1978 supusieron, como en el resto de los ámbitos de la sociedad, un auténtico punto de inflexión en la futura configuración de un sistema público de asistencia social. Se consagró el modelo de previsión y seguridad social, extendiéndolo a toda la población, no solo a los trabajadores, y se constituyó un derecho a las prestaciones públicas de todos los ciudadanos derivado de la configuración de un Estado social a través del artículo 1.1. de la Constitución¹²³.

De hecho, la Constitución permitió la creación y desarrollo de los servicios públicos actuales, también en el ámbito de los servicios sociales, si bien estos fueron desarrollados con posterioridad y con un ritmo desigual debido a su prestación descentralizada a través de las Comunidades Autónomas¹²⁴.

¹²¹ E. ASHFORD, Douglas. *La aparición de los Estados de Bienestar*. Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 19.

¹²² MARBÁN GALLEGO, Vicente y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Estado de bienestar y tercer sector social en España. El estado de la investigación social”. *CIRIEC-ESPAÑA*, núm. 56, 2006, p. 196.

¹²³ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Op. Cit., p. 134.

¹²⁴ NEBOT LOZANO, Lidón. *Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: Asistencia social*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1992, p. 11.

Así, la Constitución consagró el sistema de Seguridad Social a través de la materialización de un sistema moderno de asistencia mediante el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo¹²⁵, que acordó crear tres entidades gestoras: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) para la gestión de las prestaciones económicas, el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) para los servicios sanitarios y el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) destinado a ocuparse de la gestión de servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social hasta el año 1996, en que se transfirieron a las Comunidades Autónomas¹²⁶.

En esta etapa tuvo especial relevancia el papel creciente del TSAS. Así, si en la Edad Media la acción privada se vinculaba, como hemos visto, con la acción de la Iglesia y gremial, pasando a una beneficencia pública durante la época liberal, para volver a formas de previsión social intervencionista durante finales del siglo XIX e inicios del siglo XX hasta que, finalmente, durante el franquismo se produjo una represión del movimiento asociativo, la democracia permitió la creación del actual TSAS, cualitativamente importante, aunque cuantitativamente discreto por la pretensión o expectativa que fuera el sistema público el que sufragara las necesidades de asistencia social¹²⁷.

No fue hasta la década de los ochenta cuando se produjo una expansión del movimiento asociativo, virando hacia una actividad más profesionalizada y prestacional, dejando de lado la posición más ideológica y reivindicativa propia del franquismo y de los primeros años de democracia¹²⁸.

Además, la expansión del TSAS se produjo en un contexto de dificultades del Estado para atender a las crecientes demandas sociales y para extender el Estado del bienestar, tendiendo a que la sociedad civil asumiera mayores responsabilidades¹²⁹.

Por lo tanto, se produjo una expansión del Estado de bienestar y una transformación de los movimientos sociales en organizaciones de diferente tipo, tanto para defender

¹²⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 276, de 18 de noviembre de 1978.

¹²⁶ CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. “El desarrollo de los servicios sociales: de la beneficencia a los derechos sociales”. *Op. Cit.*, pp. 266-267

¹²⁷ MARBÁN GALLEGU, Vicente. “Tercer sector, estado de bienestar y política social”. *Revista política y sociedad*, núm. 44, 2007, pp. 157.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 157-158.

derechos civiles, como para prestar servicios bajo un prisma mutualista o en colaboración con los poderes públicos¹³⁰.

A partir de los años noventa y principios del siglo XXI se produjo la consolidación del TSAS con mayor visibilidad y consideración por parte de la sociedad, valorando el papel que desempeña, a la vez que se produjo un aumento de su tamaño con una mayor estructura y cohesión entre las asociaciones, ganado presencia social en la prestación de servicios sociales públicos bajo modelos de gestión indirecta fruto de los procesos de externalización de los servicios públicos iniciados durante los últimos años del siglo XX¹³¹.

Según MARBÁN GALLEGO y RODRÍGUEZ CABRERO en esta etapa “[...] la eclosión del voluntariado será la expresión más mediática del proceso de cambio de la sociedad civil pero tan importante o más serán las funciones de defensa de los derechos de grupos de riesgo (inmigrantes, personas en situación de dependencia, drogodependientes, etc.) y la prestación de servicios personales a estos colectivos y al conjunto de la sociedad”¹³².

Si bien hasta la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹³³, se había marginado el desarrollo del denominado cuarto pilar del Estado, desde entonces se ha producido una auténtica eclosión normativa en relación con los servicios sociales, publicando los servicios sociales en la medida en que lo público ha asumido como propio lo que hasta entonces quedaba en manos de la sociedad y la familia¹³⁴.

Dicho desarrollo normativo comportó, además, el inicio del reconocimiento de derechos subjetivos de carácter social¹³⁵.

¹³⁰ MARBÁN GALLEGO, Vicente y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Estado de bienestar y tercer sector social en España. El estado de la investigación social”. *Op. Cit.*, p. 199.

¹³¹ MARBÁN GALLEGO, Vicente. “Tercer sector, estado de bienestar y política social”. *Op. Cit.*, p. 158.

¹³² MARBÁN GALLEGO, Vicente y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Estado de bienestar y tercer sector social en España. El estado de la investigación social”. *Op. Cit.*, p. 200.

¹³³ Boletín Oficial del Estado núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

¹³⁴ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. *Op. Cit.*, p. 52.

¹³⁵ TORNOS MAS, Joaquín. 2007. *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales p. 17.

En esta universalización de los servicios sociales como derecho subjetivo, el TSAS ha resultado un agente fundamental por cuanto, como afirma MARBÁN GALLEGO, estas entidades “[...] han colaborado activamente en su universalización debido, no sólo a su tradicional capacidad de influencia, sino también a su implantación en la red de servicios disponibles para estos colectivos. Esto, sin duda, ha supuesto una garantía para ganarse un espacio como proveedor en un contexto de universalización de esta contingencia”¹³⁶.

Por lo tanto, en la última década del siglo XX e inicios del siglo XXI se produjo un proceso de institucionalización del TSAS que supuso un crecimiento en el número de organizaciones y asociaciones, con cambios internos en su organización y profesionalización que afectaron a sus funciones sociales más específicas en el plano interno (aplicación de técnicas de gestión y diseño organizativo, gestión de recursos humanos, aplicación de auditorías, programas de innovación), y externo (creación de plataformas, federaciones y confederaciones de entidades verticales y horizontales, desarrollo de programas transversales)¹³⁷.

No obstante, este escenario varió a partir de la crisis económica y financiera de 2008, pues como reconoce GARRIDO JUNCAL, a partir de ese momento se produjo una respuesta a la crisis por parte de las Administraciones públicas basada en tres fases o etapas: “[...] primero, la negación de la crisis; después, la aplicación de medidas de gasto público de carácter *keynesiano* y, finalmente, una fase de austeridad en el gasto público”. Según esta autora, en esta última etapa se acometieron reformas estructurales que afectaron gravemente al Estado de bienestar, no solo ante la imposibilidad de ampliación de las distintas prestaciones, sino también poniendo en riesgo su mantenimiento al producirse un recorte en la inversión y en la tasa de reposición de medios humanos y materiales ¹³⁸.

En relación con esta última etapa, podríamos decir que, como es bien sabido, el reajuste incluyó la merma de calidad y el recorte de servicios prestados por las Administraciones públicas a los ciudadanos y, en la práctica, una abrupta paralización al desarrollo del cuarto pilar del Estado de bienestar.

¹³⁶ MARBÁN GALLEGO, Vicente. “Tercer sector, estado de bienestar y política social”. *Op. Cit.*, p. 158.

¹³⁷ MARBÁN GALLEGO, Vicente y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Estado de bienestar y tercer sector social en España. El estado de la investigación social *Op. Cit.*, p. 200.

¹³⁸ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios. sociales. en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación. Op. Cit.*, p. 57.

3. Recapitulación

Como indicábamos al inicio del presente capítulo, esta breve y no pormenorizada recopilación evolutiva tiene por único objeto ubicar al lector en el histórico de la configuración y prestación de la asistencia social y, a su vez, comprender cómo ha contribuido la iniciativa privada en su prestación.

Atendiendo a cuanto hemos indicado, hasta el siglo XVI, momento en el que por primera vez se inicia, desde una vertiente humanista, el debate sobre la pobreza, no existe ninguna clase de acción pública colectiva, limitándose la acción caritativa no individual a la desarrollada, en esencia, por la Iglesia Católica en sus monasterios.

Ante la total ausencia de una acción social colectiva de carácter público y secular, en el siglo XVI se inició el debate sobre cómo debía responder el poder público frente a la pobreza, pero manteniéndose la asistencia al pobre desde una vertiente privada, ya fuera por parte de la Iglesia o por una incipiente burguesía estructurada a través de los gremios.

Como hemos visto a lo largo del presente capítulo, la acción social se identificaba en su origen con la caridad individual practicada, fundamentalmente, por la Iglesia Católica, a través de prelados y monasterios, más como una cuestión moral individual que como una verdadera acción frente a la pobreza en su dimensión social.

Con el Estado Moderno surgen las primeras reflexiones respecto a la respuesta social al fenómeno de la pobreza, con las tesis de VIVES MARCH, SOTO, ROBLES, GIGINTA OMS o PÉREZ DE HERRERA, contraponiendo tesis reformistas o humanistas, frente a otras de corte más tradicional o limitadoras del pauperismo. Las soluciones adoptadas se basaron, en esencia, en la instauración de casas de misericordia y albergues de pobres como instituciones que permitieron la acción social pero también el control y reconducción del pobre.

Con la instauración borbónica y la Ilustración siguió la tendencia a la publicación de la acción frente a la pobreza y a la necesidad de seguir tratándola como una cuestión social que requería la intervención pública, aunque fuera por razones de higiene y orden público, realizándose reformas y racionalizándose la red de atención y cobertura a los pobres.

El liberalismo supuso el primer punto de inflexión respecto a esta cuestión. Así, contrariamente a lo que podría resultar lógico en los términos de la doctrina liberal, es en esta etapa cuando se plantea que el Estado deba asumir la acción frente a la pobreza,

no por razones humanistas o de solidaridad pública, sino como mecanismo de control y gestión del orden social.

Es en esta época cuando surge, por lo tanto, la beneficencia entendida como institución pública organizada y estructuralizada desde un punto de vista de organización administrativa y como lo que hoy definiríamos como servicio público. No obstante, lo cierto es que la creación de un sistema de beneficencia pública no comportó, contrariamente a lo que podría imaginarse, la eliminación de la acción social protagonizada por la iniciativa privada, conviviendo las instituciones benéficas públicas y las privadas que, a pesar de su limitación y control, siguieron complementando el sistema ante la insuficiencia del sistema público de beneficencia.

Esa pervivencia de la iniciativa privada en la prestación asistencial resolvió la incapacidad e insuficiencia de la beneficencia pública para atender todas las necesidades, más preocupada en su continua adaptación a los cambios políticos y de régimen de la centuria que a conseguir la estabilidad necesaria que permitiera alcanzar un grado de desarrollo suficiente que permitiese llegar a cotas óptimas de eficacia y eficiencia que repercutieran en adecuados resultados asistenciales.

En este contexto de continuas adaptaciones de la regulación de la beneficencia pública, como decimos, la iniciativa privada siguió siendo esencial; protagonismo que no perdió ni en las últimas décadas del siglo XIX ni en el inicio del siglo XX, más teniendo presente que lo que experimentó una auténtica evolución en esta etapa fue la previsión social; institución que, por el hecho de estar estrechamente vinculada a las personas trabajadoras, no comportó efecto alguno sobre aquellos carentes, por distintas razones, de la posibilidad de trabajar, quedando únicamente amparados por el socorro de la iniciativa privada, especialmente de carácter religioso.

En el siglo XX, junto con la normativa laboral surgieron los seguros y la previsión social, tomando así el testigo de las instituciones de previsión del siglo XIX como eran las cajas de ahorro, montepíos, socorros mutuos y cajas católicas populares de crédito. De esta forma, las instituciones privadas y la beneficencia quedaron como socorro a los marginados ajenos al sistema de previsión social de los trabajadores.

En tiempos de la Segunda República, la evolución llevaba a la lógica unificación de los seguros y la previsión sociales en una seguridad social moderna, con la ampliación a seguros de enfermedad, muerte y maternidad en una sola institución previsoras con una sola cuota y una única afiliación. Sin embargo, dicha institución no pudo ser aprobada debido al alzamiento militar de 1936 y la eclosión de la Guerra Civil.

Tras el conflicto armado, se produjo un retroceso, limitándose la asistencia social al socorro de posguerra, variando a partir de 1950 en profundas reformas económicas y sociales que permitieron recuperar los seguros sociales y un simple sistema de beneficencia que mantuvo vigente la normativa de beneficencia decimonónica.

Finalmente, la aprobación de la Constitución de 1978 y la reinstauración de la democracia consolidaron el modelo de previsión y seguridad social para el conjunto de la ciudadanía. La asistencia social, en cambio, evolucionó durante las últimas décadas del siglo XX para su consolidación como prestación pública de carácter subjetiva y universal, siendo sostenida, en gran medida, por el TSAS.

Esta recapitulación de la evolución histórica de la acción social pública, pero también de la participación de la iniciativa privada en dicha asistencia, pone de manifiesto como, a lo largo de la historia, la iniciativa privada no lucrativa ha sido un elemento fundamental para garantizar la asistencia a la pobreza, tanto en aquellos momentos en los que existió una total ausencia de acción colectiva pública, como en aquellos otros en que, existiendo un sistema público, resultaba del todo insuficiente o inadecuado para satisfacer la totalidad de la realidad social existente.

Ni siquiera en la actualidad, con una estructura de servicios sociales democrática, moderna y eficiente, la iniciativa privada ha perdido su destacado papel en la acción asistencial.

Hoy en día, la iniciativa privada constituye, sin ningún género de dudas, la forma más extendida de prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de una estructura de gestión indirecta que, como norma general, se ha mostrado más eficaz y eficiente que la propia gestión pública directa.

Finalmente, en relación con el papel de la iniciativa privada, debe destacarse que esta siempre ha sido, esencialmente, sin ánimo de lucro, pues ha venido originada por la caridad religiosa. Así, tanto la beneficencia privada de carácter religioso como aquella de carácter secular ha carecido de ánimo de lucro, hasta que surgió la iniciativa privada con ánimo de lucro durante las últimas décadas del siglo pasado.

Sobre esa base, y atendiendo a todo lo anterior, debe concluirse que la iniciativa privada de carácter no lucrativo ha resultado fundamental para el desarrollo de la acción social pública, no renunciando a protagonizarla cuando no ha existido un sistema público de asistencia social o cuando este ha resultado insuficiente o inadecuado.

Capítulo II: Concepto, distribución competencial y regulación de los servicios sociales

1. El concepto de servicios sociales

Para analizar la naturaleza jurídica y regulación de la prestación de servicios sociales públicos resulta fundamental comprender qué debe entenderse por servicios sociales.

En el campo de la regulación de la prestación de servicios sociales existe una extensa variedad de términos para referirse a este concepto, como acción social, bienestar social, servicios sociales, asistencia social, protección social, beneficencia o política social.

Sin embargo, más allá de esa multiplicidad de términos, la acción social se ha definido, desde un punto de vista jurídico, bajo la tendencia a abandonar el concepto de caridad y beneficencia por conceptos vinculados a la acción social, servicios sociales o asistencia social¹³⁹.

Las primeras expresiones normativas relacionadas con la asistencia social se dieron en varios tratados internacionales. Así, el término asistencia social aparece por primera vez en el ámbito internacional en la Convención Europea de Asistencia Social y Médica de 11 de diciembre de 1953¹⁴⁰.

Posteriormente, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos incorporó el derecho a los servicios sociales¹⁴¹.

En 1993, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas se refirió a la Sociedad de Bienestar para definir los aspectos vinculados a la asistencia social. A su vez, el artículo 13 de la Carta Social Europea hace mención al derecho a la asistencia social y el artículo 14 al derecho al beneficio de los servicios sociales¹⁴².

Más allá de la utilización del concepto en distintos tratados internacionales, en el Derecho positivo español no existe una definición del concepto de asistencia social.

¹³⁹ CASTILLO BLANCO, Federico y BARRANCO VELA, Rafael. *Competencias locales en materia de servicios sociales: marco jurídico y competencias en la actividad prestacional*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 1994, p. 52.

¹⁴⁰ Ratificado por España mediante Instrumento de ratificación de 29 de noviembre de 1982. Boletín Oficial del Estado núm. 41, de 17 de febrero de 1984.

¹⁴¹ Asamblea General de la ONU (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). París.

¹⁴² Turín, 18 de octubre de 1961, revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Ratificada en España mediante Instrumento de ratificación de 29 de abril de 2021. Boletín Oficial del Estado núm. 139, de 11 de junio de 2021, pp. 71274-71327.

En concreto, la Constitución española (en adelante, “CE”) solo se refiere a la asistencia social en su artículo 148, cuando recoge las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, sin definir qué debe entenderse por dicho concepto. Por su parte, en los Estatutos de Autonomía existe una confusión terminológica entre servicios sociales, asistencia social y bienestar social.

Ese uso de diferentes términos de forma indistinta se aprecia también en la normativa desarrollada por las Comunidades Autónomas sobre esta materia, que ha venido usando tanto “servicios sociales” como el concepto “asistencia social”¹⁴³.

Ante la falta de definición legal, se ha entendido que existe una equivalencia entre servicios, bienestar y asistencia social, proponiéndose usar el término genérico acción social¹⁴⁴.

En cuanto a su definición, GARCÉS FERRER entiende la acción social como el “[...] conjunto de prestaciones técnicas destinadas a atender necesidades específicas de determinados colectivos, detectar y prevenir las situaciones de marginación social, elevar la calidad de vida o promover el bienestar individual y colectivo, o facilitar la reciproca de la persona o del medio social”¹⁴⁵.

Por su parte, otras autoras como NEBOT LOZANO, han definido el concepto de servicios sociales con una delimitación que, podríamos resumir, se basa en la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su Sentencia núm. 146/1986, de 25 de noviembre¹⁴⁶, y en la Carta Social Europea, que sostienen que para delimitar la noción de asistencia social deben utilizarse los criterios materiales que pueden deducirse de la legislación vigente, de modo que, la asistencia social, en sentido abstracto, es una técnica de protección fuera del sistema de Seguridad Social con características propias, entre las que se encuentra el de su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, abarcando también la dispensada por entidades

¹⁴³ PEMÁN GAVÍN, Juan María. “Sobre el concepto constitucional de asistencia social: Estado y Comunidades Autónomas ante las actuaciones públicas de carácter asistencial”. *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, p. 248.

¹⁴⁴ DE VICENTE PACHÉS, Fernando. *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*. Madrid: Ed. Temas del Senado, 2003, p. 148.

¹⁴⁵ GARCÉS FERRER, Jorge. *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1992, pp. 54-55.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 146/1986, de 25 de noviembre. Boletín Oficial del Estado núm. 295, de 10 de diciembre de 1986, [ECLI:ES:TC:1986:146](#).

privadas, supuesto en el que los poderes públicos desempeñarían solo funciones de fomento o de control¹⁴⁷.

CASTILLO BLANCO y BARRANCO VELA los definen como servicios públicos vinculados a la actividad administrativa prestacional y asistencial que configuran un instrumento o técnica de política social, “[...] que supone la protección de necesidades que, aunque no generan derechos perfectos sí constituyen una realidad sustantiva dentro del ordenamiento jurídico con un entronque jurídico-constitucional dentro del sistema de los derechos sociales”¹⁴⁸.

El Tribunal Constitucional fue quien estableció una definición normativa del término asistencia social, al menos en relación con su contenido constitucional. Así, en su Sentencia núm. 146/1986, de 25 de noviembre, concluyó que la asistencia social¹⁴⁹:

- Integra el conjunto de las estructuras institucionales públicas de prestación de servicios sociales diferenciadas del sistema de la Seguridad Social (fundamento jurídico segundo).
- Vincula el concepto con el usado en instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, así como los principios rectores de la política económica y social de la Constitución (fundamento jurídico segundo).
- Incluye los servicios sociales en un sentido amplio, no solo prestados por entidades del sector público, sino también por entidades privadas en colaboración o gestión indirecta (fundamento jurídico quinto).

Esta Sentencia núm. 146/1986 resultó fundamental para la delimitación del concepto de asistencia social¹⁵⁰ y estas conclusiones derivan, en esencia, del contenido de su fundamento jurídico segundo, que sostenía lo siguiente:

¹⁴⁷ NEBOT LOZANO, Lidón. *Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: Asistencia social*. Op. Cit., p. 39.

¹⁴⁸ CASTILLO BLANCO, Federico y BARRANCO VELA, Rafael. *Competencias locales en materia de servicios sociales: marco jurídico y competencias en la actividad prestacional*. Op. Cit., p. 66.

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 146/1986, de 25 de noviembre. Boletín Oficial del Estado núm. 295, de 10 de diciembre de 1986, [ECLI:ES:TC:1986:146](#).

¹⁵⁰ GARCÍA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Arantzazu. “El deslinde de competencias en materia de Seguridad Social entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. En: *Protección social: Seguridad Social y discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*. Madrid: Ed. Ediciones Cinca, 2014, pp.209-211.

“Como ya se ha dicho por este Tribunal, nuestro constituyente maneja un concepto consagrado por la práctica nacional e internacional, de ahí que deban atraerse a la interpretación del Texto constitucional los criterios materiales que pueden deducirse de la legislación vigente. Siguiendo la pauta de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca a un técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Uno de estos caracteres típicos es su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que estos sean. La Asistencia Social viene conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces. Aunque en una primera aproximación el lenguaje constitucional no desmiente esta caracterización del análisis de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía e, incluso, de los Decretos de traspaso de funciones y servicios en la medida en que puedan servir como elementos auxiliares de la interpretación, proporcionan una noción más amplia, impropia si se quiere, de lo que es la Asistencia Social a efectos del reparto de competencias constitucionalmente establecido. Esta noción no sólo comprende a la asistencia dispensada por entes públicos que la definen y la prestan, sino también a la dispensada por entidades privadas, caso en que los poderes públicos desempeñan sólo funciones de fomento o de control.”

Asimismo, y más recientemente, en relación con el concepto de asistencia social, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 239/2002, de 11 de diciembre, fundamento jurídico quinto, estableció que¹⁵¹:

“Asimismo, debe recordarse que en relación con la noción material de "asistencia social" hemos declarado que "no está precisada en el Texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al Sistema de Seguridad Social y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 CE, y, por tanto, competencia posible de las Comunidades Autónomas ... Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual -con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección- es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios" (STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 7).

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 239/2002, de 11 de diciembre, fundamento jurídico quinto. Boletín Oficial del Estado núm. 9, de 10 de enero de 2003, [ECLI:ES:TC:2002:239](#).

Es claro, por todo lo expuesto, que tanto las actuaciones de la Seguridad Social como las de asistencia social persiguen la atención de situaciones de necesidad, si bien, desde una perspectiva histórica que condiciona las primeras a la previa contribución de sus beneficiarios y no así a las de asistencia social.”

Como sostiene CERDEIRA GUTIÉRREZ, “de estas definiciones podemos resaltar algunas primeras apreciaciones diferenciales: en primer lugar, un principio de universalidad como caracterización de los servicios sociales que los transforma en servicios públicos, cuyas prestaciones van dirigidas sin excepción a todos los ciudadanos; en segundo lugar, un principio de apertura, implicado en el objetivo de bienestar y desarrollo, a todo un abanico variado e ilimitado de servicios y prestaciones; y, en tercer lugar, un principio de ampliación de los niveles de intervención desde el individuo al comunitario, en orden a una mayor eficacia de medios y fines, como instrumentos de adaptación e integración”¹⁵².

Por lo tanto, sobre esa base, podríamos definir el concepto asistencia social, en términos jurídicos, como aquella actuación administrativa prestacional ajena a la acción de la Seguridad Social basada en los principios de universalidad y solidaridad; concepción que, sin duda, resultará relevante a los efectos de la cuestión que nos ocupa en los términos que serán expuestos en posteriores capítulos.

2. Los servicios sociales en el bloque de constitucionalidad

Para comprender cómo se ha configurado el actual sistema público de servicios sociales y su prestación por parte de las instituciones, resulta fundamental hacer una referencia a su regulación constitucional, pues recoge las directrices básicas del modelo que conocemos hoy en día.

En concreto, resulta relevante no solo saber cuál es la configuración competencial entre las distintas instituciones partícipes en la prestación de servicios sociales, sino también cómo tanto el texto constitucional, como el resto de normas que conforman el bloque de constitucionalidad, han establecido los elementos básicos de un sistema público de servicios sociales propio de un Estado social y del bienestar; todo ello en los términos que expondremos a continuación.

¹⁵² CERDEIRA GUTIÉRREZ, Isabel. (1987). “Los servicios sociales del franquismo a la Constitución”. *Cuadernos de Trabajo Social*, núm.0, 1987, p. 150.

2.1. Referencias y directrices básicas sobre la prestación de servicios sociales en la Constitución

Para analizar la regulación de los servicios sociales en la Constitución, así como la distribución competencial entre las distintas instituciones intervinientes en su prestación, resulta necesario hacer referencia a la concepción social del Estado reconocida en la Constitución de 1978.

El texto del proyecto de Constitución inicialmente propuesto por las Cortes Generales se refería a la beneficencia y asistencia social como materias que podían asumir todas las Comunidades Autónomas. Esa referencia a ambos conceptos se explicaba por el hecho de que, aunque en aquel momento la expresión en alza era claramente la de asistencia social, todavía se usaba en el ámbito normativo y administrativo la expresión de beneficencia entendida en los términos recogidos en el Capítulo anterior¹⁵³.

No obstante, la mención a la beneficencia desapareció del texto constitucional aprobado tras una enmienda de supresión en la Comisión Constitucional del Senado. De esta forma, se hacía solo referencia a la asistencia social como competencia asumible por las Comunidades Autónomas. Como recuerda PEMÁN GAVÍN, la enmienda nunca pretendió “[...] reducir el espacio competencial autonómico, sino tan sólo eliminar una expresión que se consideraba superada y carente de encaje en el contexto del Estado social que la Constitución venía a consagrar”¹⁵⁴.

Como decimos, en el ámbito de la asistencia social y la prestación de servicios sociales, la Constitución solo se refiere a ello directamente en la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, permitiendo que las Comunidades Autónomas asuman esta materia como competencia exclusiva (artículo 148.1.20 de la CE), concretado en la asunción competencial por parte de los Estatutos de Autonomía.

La exclusividad de la competencia establecida en el artículo 148.1.20 de la CE supone, en palabras de NAVARRO MUNUERA, “[...] la asunción autonómica de la totalidad de las competencias de la materia concreta, es decir, de todas las potestades de actuación pública sobre el sector asistencial y de servicios sociales, desde la formación

¹⁵³ PEMÁN GAVÍN, Juan María. “Sobre el concepto constitucional de asistencia social: Estado y Comunidades Autónomas ante las actuaciones públicas de carácter asistencial”. *Op. Cit.*, p. 247.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 248.

legislativa íntegra hasta la acción administrativa de ejecución, vetando, en principio, toda intervención estatal”¹⁵⁵.

Más allá de la estricta regulación constitucional de la distribución competencial, otros elementos de la ordenación constitucional del Estado son relevantes a efectos de la configuración normativa de la materia.

Como ya había sucedido con la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución francesa o la portuguesa, la CE de 1978 estableció, en su artículo 1.1, que el Estado se constituye en un Estado social y democrático de Derecho.

Sin entrar a analizar de forma pormenorizada esta dimensión social del Estado, por no ser el objeto de la cuestión que ahora nos ocupa, sí es posible concluir que esa previsión recogía la tendencia que, con distintas intensidades, referían, como decíamos, los textos fundamentales de distintos países de Europa occidental en el momento de redacción de la Constitución de 1978, incluyendo la dimensión social, previsora o de Estado del bienestar como institucionalización de un modelo de Estado que pretendía corregir las externalidades negativas del Estado liberal.

Esta concepción social del Estado, jurídicamente establecida en el artículo 1.1 de la CE, no tenía solo una relevancia de carácter formal, sino que supuso, en su ámbito material, una directriz de actuación de los poderes públicos.

A este respecto, como recuerda MORENO GARCÍA, la cláusula recogida en el artículo 1.1. de la Constitución mediante la que se define el Estado como social y democrático y de Derecho “[...] es un principio constitucional. No es una regla puesto que no define un supuesto de hecho concreto al que se asignan consecuencias jurídicas específicas, ni un valor, porque su contenido, en conjunto, no es exclusivamente material, con lo que, además de cumplimiento de fines [...] impone exigencias organizativas”¹⁵⁶.

Desde un punto de vista material, la dimensión social del Estado y de la propia Constitución se refleja en su contenido de forma extensa y compleja, tanto en el Preámbulo, como en la configuración del aspecto formal y material del principio de

¹⁵⁵ NAVARRO MUNUERA, Andrés Eduardo. “Sanidad y servicios sociales en Cataluña. Las competencias autonómicas y su ejercicio por la generalidad de Cataluña” *Revista catalana de derecho público*, núm. 12, 1990, p. 90.

¹⁵⁶ MORENO GARCÍA, María. “El Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1CE)” En: ARAGÓN REYES, Manuel y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Julián. *La Constitución y la práctica del Derecho*. Pamplona, Ed. Aranzadi, 1998, p. 543.

igualdad, en la dimensión prestacional de los derechos o en el específico reconocimiento de derechos prestacionales y sociales, así como en la inclusión de los principios rectores de la acción de los poderes públicos¹⁵⁷.

El artículo 1.1 de la CE tiene contenido normativo con eficacia hermenéutica como criterio interpretativo de la norma, de manera que con la determinación de un principio constitucional de Estado social se permite el control de constitucionalidad de las leyes sobre dicho principio social y un efecto derogatorio sobre normativa preconstitucional contraria a dicho principio, dando así correspondencia entre el Estado social y el de Derecho, de tal forma que la correlación entre lo social, lo democrático y el Derecho construye, como las caras de una misma moneda, la configuración contemporánea del Estado¹⁵⁸.

Se trata, en definitiva, de un principio orientador de la actuación del Estado, que debe estar encaminada a la reducción de la desigualdad social¹⁵⁹.

Esta dimensión social de la Constitución se traduce, como decíamos anteriormente, en dos elementos fundamentales; la regulación recogida en su artículo 9.2 y el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la CE.

Así, el artículo 9.2 de la CE establece lo siguiente:

“2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

Este precepto prescribe una auténtica dimensión material de la libertad e igualdad, sobrepasando una mera concepción formal por cuanto hace referencia a un principio de actuación para los poderes públicos, promoviendo unas efectivas condiciones de igualdad y la eliminación de los obstáculos que dificulten su plena eficacia.

Por su parte, esa vertiente social en relación con los derechos fundamentales se desprende de la concepción formal y material del derecho a la igualdad reconocida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 19/1988, de 16 de febrero (fundamento

¹⁵⁷ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales. en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación. Op. Cit.*, p. 134.

¹⁵⁸ MORENO GARCÍA, María. “El Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1CE)” *Op. Cit.*, pp. 544-545.

¹⁵⁹ *Ibid.*

jurídico décimo), entendido no solo como un principio de igualdad ante la ley y en su aplicación (igualdad formal), sino también como una necesidad de que la concepción formal del principio de igualdad en la aplicación de la ley sea corregida en el Estado social mediante la consideración de la posición social real en que se encuentran los individuos a los que se va a aplicar esa ley (igualdad material). De esta forma, este planteamiento supone que no solo el Estado debe adoptar normativa ajena a toda discriminación, sino que debe ser un agente activo en la consecución de la igualdad material o real. Por lo tanto, se entiende que la igualdad material es una auténtica corrección de la igualdad formal en aplicación del artículo 9.2 del texto constitucional¹⁶⁰.

El principio de igualdad deriva del principio constitucional del Estado social con la “[...] aceptación de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, pero una igualdad real y efectiva”¹⁶¹; igualdad material que no solo no prohíbe el tratamiento desigual sino que, incluso, en virtud del artículo 9.2 de la CE, se configura como un principio de actuación “[...] que puede, incluso, venir exigido en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra”¹⁶².

Por lo tanto, “el tratamiento que el Tribunal Constitucional otorga a la igualdad, como proyección del Estado social, no puede desvincularse, sin embargo, del mandato de la Constitución (artículo 9.2 de la CE) por el que se asigna a los poderes públicos la función de promover las condiciones para que la igualdad y libertad del individuo y de los grupos sociales sea real y efectiva, remover los obstáculos que impidan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos políticas, social, económica y cultural”¹⁶³.

De hecho, podríamos decir que ese principio de igualdad material, en aplicación del referido artículo 9.2 de la CE, impregna también la configuración de derechos prestacionales en la Constitución vinculados a la sanidad, educación, vivienda, subsidios, enfermedad o vejez, como derechos del individuo frente al Estado.

¹⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 19/1988, de 16 de febrero. Boletín Oficial del Estado núm. 52, de 1 de marzo de 1988, [ECLI:ES:TC:1988:19](#).

¹⁶¹ MORENO GARCÍA, María. “El Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1CE)”. *Op. Cit.*, p. 547.

¹⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 34/1981, de 10 de noviembre de 1981, fundamento jurídico tercero. Boletín Oficial del Estado núm. 277, de 19 de noviembre de 1981, [ECLI:ES:TC:1981:34](#).

¹⁶³ MORENO GARCÍA, María. “El Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1CE). *Op. Cit.*, pp. 547-548.

Estos derechos sociales se articulan como una manifestación del derecho de igualdad en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico específico en atención, precisamente, a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada¹⁶⁴.

Por su parte, en relación con los principios rectores de la acción de los poderes públicos, como bien es sabido, resulta palmario que dichos principios, recogidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, se caracterizan por su heterogeneidad y por resultar incompletos, teniendo una eficacia jurídica diferida por cuanto, si bien tienen carácter vinculante para la acción de los poderes públicos, requerirán del correspondiente desarrollo normativo para su plena eficacia y reconocimiento jurídico.

Entre dichos principios rectores se recogen directrices para los poderes públicos en relación con la asistencia social.

Así, el artículo 41 de la CE establece que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

El sistema de la Seguridad Social resulta una de las más claras manifestaciones de la dimensión social del Estado, configurado a través de una modalidad contributiva y una modalidad no contributiva. De acuerdo con el artículo 41 de la Constitución Española, se asegura la acción protectora de la Seguridad Social mediante una protección universal e integral, que incluye la asistencia sanitario-farmacéutica, la protección familiar, los servicios sociales y el subsidio por desempleo¹⁶⁵.

La dimensión social de la Seguridad Social se consolida, como se desprende de la propia información institucional del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, sobre la base de que las prestaciones “[...] se atribuyen con independencia de que los ciudadanos hayan contribuido o no al sistema de la Seguridad Social, y se completa, por una parte, con el sistema de prestaciones económicas en el que se integra la modalidad contributiva, en la que se ofrecen rentas de sustitución de los salarios

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, Madrid: Ed. Trotta, 2011, p. 383.

¹⁶⁵ TORNOS MAS, Joaquín. “Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público”. *Cuadernos de Derecho Local*, núm.6, 2004, p. 8.

percibidos en activo (proporcionalidad entre salario-cotización y prestación) y, por otra, con la modalidad no contributiva, dirigida a proporcionar rentas de compensación de las necesidades básicas en favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad, no acceden a la esfera contributiva”¹⁶⁶.

Las obligaciones de carácter social derivadas de la Constitución se caracterizan por su progresividad, permanencia y transversalidad. Así lo reconoció el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 17/1993, de 18 de enero de 1993, fundamento jurídico segundo, al afirmar que los derechos del Capítulo III de la CE son de aplicación progresiva dado que su efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su satisfacción inmediata”¹⁶⁷. Por lo tanto, dependen de las condiciones tácticas y jurídicas apreciadas en cada momento por el legislador¹⁶⁸.

De igual manera, las funciones sociales del Estado están en continuo desarrollo, ya que los objetivos de responsabilidad social de los poderes públicos son constantes y permanentes, otorgando prioridad a los fines sociales sobre aquellos que no están contemplados constitucionalmente¹⁶⁹.

Finalmente, tienen carácter transversal pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 18/2017, de 2 de febrero de 2017, fundamento jurídico tercero, esta característica se impone, tal y como explicita el artículo 9.2, a todos los poderes públicos¹⁷⁰.

Por lo tanto, la concepción social del Estado reconocida en la Constitución se manifiesta a través de varios aspectos de naturaleza constitucional con incidencia en la configuración del actual sistema de servicios sociales de responsabilidad pública.

¹⁶⁶ Ministerio de Inclusión Social, Seguridad Social y Migraciones: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/PortalEducativo>. (Última consulta 28.05.2025),

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 17/1993, de 18 de enero de 1993. Boletín Oficial del Estado núm. 37, de 12 de febrero de 1993, [ECLI:ES:TC:1993:17](#).

¹⁶⁸ MIERES MIERES, Luis Javier y DE LORENZO GARCÍA, Rafael. “Estado social y distribución competencial: perspectivas de reforma constitucional en materia de asistencia social”. *Revista Tiempo de Paz*, núm. 129, 2018, p.90.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 18/2017, de 2 de febrero de 2017. Boletín Oficial del Estado núm. 59, de 10 de marzo de 2017, [ECLI:ES:TC:2017:18](#).

2.2. La distribución competencial en la prestación de servicios sociales

Tomando en consideración un punto de vista formal, el ordenamiento jurídico español prevé que la prestación de servicios sociales se realice sobre la base de una distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero también con la participación de las entidades locales.

A la vista del Título VIII de la Constitución no puede obviarse, a los efectos que ahora nos ocupan, que el modelo de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas se basa en la regulación constitucional de aquellas competencias que deben recaer en manos del Estado, pudiendo las Comunidades Autónomas asumir, en virtud de sus propios Estatutos de Autonomía, aquellas competencias no atribuidas al Estado en el artículo 149 de la CE.

En cuanto a la prestación de servicios sociales, anteriormente ya hemos dicho que el artículo 148.1.20 de la CE establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir la competencia en asistencia social.

Todas las Comunidades Autónomas asumieron la competencia exclusiva de esta materia en sus Estatutos de Autonomía, aunque con diferencias en redacción y detalles. Algunas mencionan servicios sociales, otras asistencia social, y algunas ambos conceptos, causando una asunción no homogénea de la competencia¹⁷¹.

¹⁷¹ Así se desprende del análisis de NEBOT LOZANO, Lidón. *Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: Asistencia social*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1992, p. 11, en el que se recoge la regulación de esta materia en los distintos Estatutos de Autonomía:

El artículo 10.12 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (Boletín Oficial del Estado núm. 306, de 22 de diciembre de 1979), utiliza la expresión “asistencia social”.

El artículo 166 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (Boletín Oficial del Estado núm. 172, de 20 de julio de 2006), utiliza la expresión “servicios sociales”.

El artículo 27.23 del Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado por la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril (Boletín Oficial del Estado núm. 101, de 28 de abril de 1981), utiliza la expresión “asistencia social”.

El artículo 61 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo (Boletín Oficial del Estado núm. 68, de 20 de marzo de 2007), utiliza la expresión “servicios sociales”.

El artículo 44.17 del Estatuto de Autonomía de Navarra, aprobado por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto (Boletín Oficial del Estado núm. 195, de 16 de agosto de 1982), utiliza la expresión “asistencia social”.

No obstante, más allá de dichas diferencias, del ordenamiento jurídico vigente se desprende que todas las Comunidades Autónomas han creado su propio sistema de servicios sociales haciendo uso de dicha competencia a través de una regulación normativa propia.

Esta configuración del propio sistema de servicios sociales no ha sido ajena a la discusión jurídica sobre la distribución competencial de la materia.

El artículo 31.24 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por la Ley Orgánica 5/1982 de 1 de julio (Boletín Oficial del Estado núm. 164, de 10 de julio de 1982), utiliza la expresión “asistencia social”.

El artículo 70 del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre (Boletín Oficial del Estado núm. 268, de 6 de noviembre de 2018), utiliza la expresión “asistencia social y servicios sociales”.

El artículo 10.1.p del Estatuto de Autonomía de Asturias, aprobado por la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre (Boletín Oficial del Estado núm. 9, de 11 de enero de 1982), utiliza la expresión “asistencia social y bienestar social”.

El artículo 28.18 del Estatuto de Autonomía de Cantabria, aprobado por la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre (Boletín Oficial del Estado núm. 9, de 11 de enero de 1982), utiliza la expresión “asistencia social y bienestar social”.

El artículo 8.18.18 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, aprobado por la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio (Boletín Oficial del Estado núm. 146, de 19 de junio de 1982), utiliza la expresión “asistencia social y bienestar social”.

El artículo 10.1.o del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, aprobado por la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio (Boletín Oficial del Estado núm. 146, de 19 de junio de 1982), utiliza la expresión “bienestar y servicios sociales”.

El artículo 71.34 del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (Boletín Oficial del Estado núm. 97, de 23 de abril de 2007), utiliza la expresión “acción social”.

El artículo 31.1.p del Estatuto de Autonomía de Castilla La Mancha, aprobado por la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto (Boletín Oficial del Estado núm. 195, de 16 de agosto de 1982), utiliza la expresión “asistencia social y servicios sociales”.

El artículo 9.27 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, aprobado por la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero (Boletín Oficial del Estado núm. 25, de 29 de enero de 2011), utiliza la expresión “acción social”.

El artículo 30.15 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, aprobado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero (Boletín Oficial del Estado núm. 52, de 1 de marzo de 2007), utiliza la expresión “acción y bienestar social”.

El artículo 28.18 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero (Boletín Oficial del Estado núm. 51, de 1 de marzo de 1983), utiliza la expresión “asistencia social”.

El artículo 26.1.1810.12 del Estatuto de Autonomía de Castilla León, aprobado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre (Boletín Oficial del Estado núm. 188, de 1 de diciembre de 2007), utiliza la expresión “acción social y servicios sociales”.

Como hemos dicho anteriormente, tanto la configuración del aspecto formal y material del principio de igualdad, como los principios rectores de la acción de los poderes públicos han influido en la interpretación realizada para la distribución competencial. A este debate ha contribuido la discusión sobre qué debía entenderse por servicios sociales, en los términos a los que nos hemos referido en el apartado primero del presente capítulo.

MIERES MIERES y DE LORENZO GARCÍA entienden que la exclusividad competencial en materia de asistencia social en favor de las Comunidades Autónomas es “[...] más aparente que real, pues el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de un espacio concurrencial entre Comunidades Autónomas y Estado en cuanto al desarrollo de políticas y adopción de medidas dirigidas a personas en situación de necesidad o vulnerabilidad social”¹⁷².

El “espacio concurrencial” al que se refieren estos autores “[...] se ha configurado como consecuencia del juego, unas veces, de títulos competenciales propios del Estado (señaladamente, el artículo 149.1.1 de la CE) y, otras, del reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de la capacidad de intervención del Estado, aun sin un título competencial específico, como en el caso de la previsión y regulación de los elementos centrales de subvenciones de actuaciones en beneficio de personas y colectivos en situación de desventaja social”¹⁷³.

Por lo tanto, como analizaremos en el siguiente apartado, esa exclusividad en la competencia ha sido matizada por el Tribunal Constitucional sobre la base de otras competencias del Estado.

De esta forma, la intervención del Estado en el ámbito de los servicios sociales estaría justificada sobre la base del artículo 149.1.1 de la CE, que habilita la intervención del Estado en aras a lograr la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles.

Además, en cuanto a la atribución de la competencia, como veremos, ha existido cierta conflictividad competencial propiciada por la facultad autonómica de ejecutar la legislación estatal en materia de Seguridad Social de acuerdo con lo dispuesto en el

¹⁷² MIERES MIERES, Luis Javier y DE LORENZO GARCÍA, Rafael. “Estado social y distribución competencial: perspectivas de reforma constitucional en materia de asistencia social”. *Op. Cit.*, p.88.

¹⁷³ *Ibid.*

artículo 149.1.17 de la CE, incluyendo servicios asistenciales integrados en la Seguridad Social.

Dicho artículo 149.1.17 de la CE hace referencia a la competencia exclusiva del Estado en legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de los servicios por las Comunidades Autónomas¹⁷⁴.

La distinción entre la Seguridad Social y la asistencia social ha causado, en nuestra opinión, un conflicto persistente, especialmente desde que se incluyen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

Esa es la razón por la que resulta fundamental distinguir entre servicios sociales integrados o no en la Seguridad Social; distinción que puede efectuarse a partir de las prestaciones de carácter económico, contributivas y no contributivas, que deberán entenderse integrantes de la Seguridad Social y las que son técnicas, que se entenderán integrantes de la asistencia social¹⁷⁵.

Sin embargo, esta distinción no es suficiente para determinar si nos encontramos ante una prestación de la Seguridad Social o ante una prestación propia de la asistencia social, pues lo cierto es que las Comunidades Autónomas también ejecutan prestaciones económicas en el ámbito asistencial ajenas a las prestaciones de naturaleza económica propias de la Seguridad Social.

En nuestra opinión, de lo anterior subyace cierta discusión respecto a cómo delimitar la acción social del ámbito de actuación de la Seguridad Social. Esta discusión está relacionada con dos visiones, una externa a la Seguridad Social y, por lo tanto, objeto de competencia de las Comunidades Autónomas en virtud del artículo 148.1.20 de la CE, y otra vinculada o de carácter interno de la Seguridad Social en los términos del artículo 149.1.17 de la CE.

La integración de los servicios sociales en el ámbito de la Seguridad Social se debe a una *vis* expansiva derivada de la dinámica histórica de progresiva ampliación que ha experimentado la protección social otorgada en el marco legislativo e institucional de la

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 146/1986, de 25 de noviembre, fundamento jurídico quinto. Boletín Oficial del Estado núm. 295, de 10 de diciembre de 1986, [ECLI:ES:TC:1986:146](#).

¹⁷⁵ TORNOS MAS, Joaquín. “Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público”. *Op. Cit.*, pp. 8-9.

Seguridad Social, pero también de la noción de Seguridad Social que se desprende de lo dispuesto en el propio texto constitucional¹⁷⁶.

Por lo tanto, se tiende a la universalización de una Seguridad Social no contributiva, incorporando las situaciones de necesidad del ciudadano, de manera que se permite una expansión de las competencias del Estado que ocupan los espacios tradicionales de la asistencia social.

En cuanto a la delimitación de las competencias derivadas de las materias vinculadas a la Seguridad Social de aquellas propias de la asistencia social, a partir de la atribución al Estado de la competencia sobre el régimen económico de la Seguridad Social (artículo 149.1.17 de la CE) y a las Comunidades Autónomas sobre asistencia social (artículo 148.1.20 de la CE), MIERES MIERES y DE LORENZO GARCÍA deducen que existe una “[...] tendencia a situar la administración aseguradora de las prestaciones económicas en el nivel de gobierno central y la administración encargada de las prestaciones personales y materiales en los niveles territoriales más próximos al ciudadano (nivel autonómico y local)”¹⁷⁷.

A juicio de estos autores, esta “[...] caracterización de la responsabilidad social de los diferentes niveles de gobierno no se ajusta fielmente a la configuración que ha realizado el Tribunal Constitucional de la competencia autonómica sobre asistencia social, pues de acuerdo con la jurisprudencia, este título también da cobertura a la previsión y regulación de prestaciones de carácter económico, cuyo alcance territorial será necesariamente limitado”¹⁷⁸.

A este respecto, adquiere especial importancia traer a colación lo dispuesto en el artículo 42.4 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre¹⁷⁹, en virtud del cual se considera incluida en la acción protectora cualquier prestación pública que complemente, amplíe o modifique las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva y ello sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de

¹⁷⁶ PEMÁN GAVÍN, Juan María. “Sobre el concepto constitucional de asistencia social: Estado y Comunidades Autónomas ante las actuaciones públicas de carácter asistencial”. *Op. Cit.*, p. 255.

¹⁷⁷ MIERES MIERES, Luis Javier y DE LORENZO GARCÍA, Rafael. “Estado social y distribución competencial: perspectivas de reforma constitucional en materia de asistencia social”. *Op. Cit.*, p.93.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre Boletín Oficial del Estado núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas¹⁸⁰.

En consecuencia, según MORENEO PÉREZ, “quedarían fuera del ámbito protector del sistema de Seguridad Social las prestaciones de carácter público cuyo objetivo fuese complementar o mejorar prestaciones no contributivas, así como las ayudas netamente asistenciales que las Comunidades Autónomas establezcan a favor de los pensionistas residentes en su territorio en virtud de las competencias que les reconoce el artículo 148.1.20 de la CE”¹⁸¹.

Por lo tanto, las potestades en materia de asistencia social se ejercen sobre una distribución competencial de base constitucional que no ha sido ajena a un persistente conflicto entre Estado y Comunidades Autónomas; conflicto propiciado por una concepción amplia y expansiva de la Seguridad Social que acoge prestaciones asistenciales no contributivas que tradicionalmente se reservaban al ámbito propio de la asistencia social.

2.3. El conflicto constitucional

La prestación de servicios sociales no ha sido una cuestión pacífica en cuanto a su distribución competencial entre las distintas Administraciones públicas. De hecho, la cuestión ha sido objeto de varias sentencias del Tribunal Constitucional sobre la determinación del concepto de asistencia social y su atribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Concretamente, en relación con qué debe entenderse incluido dentro del concepto de asistencia social, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1986, de 9 de junio, fundamento jurídico sexto¹⁸², refiriéndose en particular a las prestaciones por jubilación, viudedad y orfandad, entendió, bajo una visión amplia de la asistencia social, que quedan englobadas en el concepto de asistencia social. En dicha Sentencia, el Tribunal Constitucional afirmó lo siguiente:

“La noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación

¹⁸⁰ MORENEO PÉREZ, José Luis. “Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 100, 2009, p. 300.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1986, de 9 de junio, fundamento jurídico sexto. Boletín Oficial del Estado núm. 159 de 4 de julio de 1986, [ECLI:ES:TC:1986:76](#).

general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el artículo 148.1.20 de la CE y, por tanto [la] competencia posible de las Comunidades Autónomas [...] Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual — con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección— es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios [...].”

Esta posición no fue compartida por dos magistrados discrepantes que formularon un voto particular sobre la base de una noción más estricta del concepto de asistencia social. Los dos magistrados discrepantes, RUBIO LLORENTE y DIEZ PICAZO, afirmaron en su voto particular que el título competencial relativo a la asistencia social “[...] sólo permite comprender disposiciones y acciones que tengan por finalidad lo que la tradición jurídica denominaba “beneficencia”, entendida como satisfacción de necesidades vitales en los casos en que la persona está imposibilitada, económicamente, para atenderlas por sí sola”¹⁸³.

Así, MONEREO PÉREZ entendió que la referida Sentencia núm. 76/1986 “[...] inició la delimitación de la materia asistencia social afirmando la existencia de una asistencia social externa a la Seguridad Social y no integrada en ella que se configuraba como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera a través de técnicas distintas de las de esta, en particular, su sostenimiento económico se realiza al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración de los destinatarios o beneficiarios¹⁸⁴”. Esta definición fue reiterada en las Sentencias núm. 33/2014, de 27 de febrero¹⁸⁵, y 18/2016, de 4 de febrero¹⁸⁶.

¹⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1986, de 9 de junio, Voto particular que formulan los Magistrados don Francisco Rubio Llorente y don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Boletín Oficial del Estado núm. 159 de 4 de julio de 1986, [ECLI:ES:TC:1986:76](#).

¹⁸⁴ MORENEO PÉREZ, José Luis. “Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales”. Op. Cit., p. 297.

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 33/2014, de 27 de febrero. Boletín Oficial del Estado núm. 73, de 25 de marzo de 2014.

¹⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 18/2016, de 4 de febrero. Boletín Oficial del Estado núm. 57, de 16 de marzo de 2016.

Posteriormente, en la Sentencia núm. 146/1986, de 25 de noviembre, fundamento jurídico quinto¹⁸⁷, en relación con el tratamiento constitucional de las subvenciones de carácter social, el Tribunal Constitucional añadió que la Seguridad Social no es solo previsora, sino también tiene una dimensión asistencial, de manera que el artículo 148.1.20 de la CE no impide que existan políticas asistenciales que excedan el ámbito de las Comunidades Autónomas, añadiendo que la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas no comporta que dicha competencia sea excluyente de la actividad del Estado.

Por lo tanto, de esta Sentencia núm. 146/1986 se extrae que, si bien el fomento a través de la técnica subvencional de actuaciones de carácter protector de colectivos desfavorecidos por parte de organizaciones y agentes sociales integrantes del denominado tercer sector se encuadra en la materia asistencia social, correspondiendo, en principio, la competencia a las Comunidades Autónomas, es admisible una convocatoria estatal de subvenciones de proyectos de acción social de ámbito supraautonómico si se circunscribe a la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional -objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso-, dejando en manos de la competencia autonómica lo referente a su gestión, esto es, la tramitación, resolución y pago de las subvenciones.

Es decir, si bien las Comunidades Autónomas podían asumir la competencia en asistencia social, bajo el ejercicio de la potestad de asegurar y promocionar la igualdad sustancial del individuo y de los grupos en que se integra, el Estado podía emplear fondos públicos para un sistema de auxilios económicos, pero respetando las competencias de otros entes, actuando desde el exterior, coordinando, fomentando o potenciando la actividad autonómica. Bajo esa premisa, el Tribunal Constitucional admitió que, al disponer de la competencia exclusiva, las Comunidades Autónomas tenían la facultad de diseñar la política de asistencia social.

En relación al ámbito subvencional en materia de asistencia social, es relevante mencionar lo indicado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 9/2017¹⁸⁸, en la que, en relación con un recurso positivo de competencias promovido por la Generalitat de Cataluña contra la Resolución de 18 de mayo de 2016 de la Secretaria de Estado de servicios sociales e igualdad, por la que se convocaban subvenciones estatales

¹⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 146/1986, de 25 de noviembre, fundamento jurídico quinto. Boletín Oficial del Estado núm. 295, de 10 de diciembre de 1986, [ECLI:ES:TC:1986:146](#).

¹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 9/2017, de 19 de enero, fundamento jurídico primero. Boletín Oficial del Estado núm. 46, de 23 de febrero de 2017, [ECLI:ES:TC:2017:9](#).

destinadas a la realización de programas de interés general con cargo a la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas, se aclaró que el Estado no puede irrogarse título competencial alguno en las subvenciones en materia de asistencia social sobre la base del ámbito territorial de actuación de las entidades beneficiarias, o en virtud de la eventual repercusión de dichas subvenciones sobre ámbitos de actuación de competencial estatal (sanidad, seguridad, fomento de la empleabilidad, etc..) por tratarse de las consecuencias finales o indirectas de la asistencia social prestada, pero en las que la actividad subvencionada es la asistencia social y, por consiguiente, de competencia de las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico quinto de la precitada Sentencia núm. 146/1986, también reconoció que, siendo una materia compleja “las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos tal como sucede en particular con los entes locales, ni por parte de entidades privadas, que gozan además de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del artículo 41 de la CE, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado”.

De esta forma, en la referida Sentencia núm. 146/1986, el Tribunal Constitucional concluyó que, si bien la asistencia social es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el Estado, en la medida en que “[...] existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global, puede intervenir al respecto, también mediante medidas de fomento, pero respetando las competencias propias de la Comunidad Autónoma”.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional adopta también en esta segunda Sentencia núm. 146/1986 una concepción amplia de la asistencia social, si bien aceptó la legitimidad de una acción de fomento por parte del Estado sobre la materia en relación con proyectos de acción social de ámbito territorial supraautonómico acometidos por las entidades beneficiarias de las subvenciones convocadas, al considerar lo siguiente:

“[...] en una materia compleja, como la acción y protección social, tan central además en un Estado Social (a la vista de los principios rectores de la política social incluidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución), las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuaciones en el campo de lo social, ni de otros entes públicos —tal como sucede en particular con los entes locales—, ni por parte de entidades privadas, que gozan además al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del

artículo 41 de la Constitución, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado.”

Concluyendo, en el fundamento jurídico sexto de esta Sentencia, lo siguiente:

“[...] aun siendo exclusiva la competencia de la Comunidad Autónoma al respecto, pueden existir supuestos especiales o particulares que requieran un planteamiento global del ámbito estatal, a través de intervenciones de Asistencia Social de alcance supraautonómico.”

Esta Sentencia incluyó un voto particular suscrito por el Magistrado LEGUINA VILLA en el que se reprochaba la falta de un título competencial concreto en el que fundamentar la legitimidad de las ayudas estatales recurridas, lo que suponía validar que la existencia de un interés general era suficiente para validar la intervención unilateral del Estado sobre materias de competencia autonómica sobre las que el Estado no tenía reserva.

Más allá de lo indicado en el voto particular, lo cierto es que el Tribunal Constitucional entendió que, en esta materia, no es posible el conflicto o los intereses contrapuestos entre Estado y Comunidades Autónomas, salvo las discrepancias en la elección de objetivos políticos (entendiendo prevalente la dirección política de la Comunidad Autónoma por tratarse de competencias exclusivas), si bien las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido de exclusión de la actuación del Estado respecto a aquellas cuestiones que requieran de un ámbito de actuación más amplio que la Comunidad Autónoma, con el debido respeto a las competencias autonómicas por parte del Estado¹⁸⁹.

Por su parte, en la Sentencia núm. 13/1992, de 6 de febrero¹⁹⁰, el Tribunal Constitucional analizó las Leyes de Presupuestos de 1988 y 1989 que preveían fondos de pensiones asistenciales de ancianidad a gestionar de forma centralizada por órganos estatales al haber sido recurridas al entender que tales partidas debían ser gestionadas por las Comunidades Autónomas.

¹⁸⁹ NEBOT LOZANO, Lidón. *Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: Asistencia social*. Op. Cit., p. 40.

¹⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 13/1992, de 6 de febrero. Boletín Oficial del Estado núm. 54, de 3 de marzo de 1992, [ECLI:ES:TC:1992:13](#).

Al respecto, el Tribunal Constitucional reconoció que dichas pensiones asistenciales de ancianidad constituían una manifestación de la asistencia social, pero justificó su legitimidad constitucional para ser gestionadas por el Estado sobre la base de la competencia estatal recogida en artículo 149.1.1 de la CE en relación con la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 13/1992 se basó en que “el Estado viene compelido por el artículo 9.2 de la Constitución al tener que promover la igualdad sustancial del individuo y de los grupos en que se integra”, entendiendo que, en este caso, resultaba justificado atendiendo a que se trataba de “medidas prestacionales tendentes a asegurar un mínimo vital para los ciudadanos que garanticen la uniformidad de las condiciones de vida, encajando en la competencia exclusiva del Estado recogida en el artículo 149.1.1 de la Constitución”(fundamento jurídico decimocuarto)¹⁹¹.

Dicha doctrina fue matizada por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 239/2002, de 11 de diciembre, al indicar que el artículo 41 de la CE establece un sistema de protección social cuyo eje fundamental es la Seguridad Social, si bien puede verse complementado por la asistencia social configurada por las Comunidades Autónomas en virtud del artículo 148.1.20 de la CE siempre que no afecte al régimen de la Seguridad Social. De esta forma, el Tribunal Constitucional diferencia ambos regímenes con base en la temporalidad, teniendo el carácter permanente solo el cubierto por la Seguridad Social (fundamento jurídico quinto)¹⁹².

En concreto, la Sentencia indicaba lo siguiente:

“En todo caso, como ya dijimos en el pronunciamiento reproducido de la STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 7, resulta legítimo constitucionalmente que la Seguridad Social, en cuanto función de Estado destinada a cubrir las situaciones de necesidad que puedan generarse, incluya en su seno prestaciones de naturaleza no contributiva. Pero ello no abona que tal expansión sobre el alcance que dicha materia tenía al aprobarse la Constitución merme o restrinja el ámbito propio de la "asistencia social", pues esta tendencia, que, de profundizarse, incluso podría determinar el vaciamiento de esta última materia, con el consiguiente menoscabo de las competencias autonómicas, no ha sido querida por el constituyente, en la medida en que atribuye el apoyo a las situaciones de necesidad a todos los poderes públicos, de manera que cada cual actúe en su respectivo ámbito de competencias. Y ello, como antes afirmábamos, "con independencia de que el sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección" (STC 76/1986, FJ 7) que la

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 239/2002, de 11 de diciembre, fundamento jurídico quinto. Boletín Oficial del Estado núm. 9, de 9 de enero de 2003, [ECLI:ES:TC:2002:239](#).

llamada "asistencia social". De este modo, una interpretación del art. 41 CE en el marco del bloque de constitucionalidad, permite inferir la existencia de una asistencia social "interna" al sistema de Seguridad Social y otra "externa" de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

[...]

6. De cuanto hemos venido exponiendo hasta ahora se deduce que el art. 41 CE, como antes recordábamos, consagra un sistema de protección social encomendado a los poderes públicos que tiene como eje fundamental, aunque no único, al sistema de Seguridad Social de carácter imperativo, el cual coexiste con otros complementarios. De aquí la neutralidad del precepto desde la perspectiva de la distribución de competencias, puesto que si el sistema de Seguridad Social debe tener en cuenta, para el reparto de competencias en su seno, las que, respectivamente, correspondan al Estado y a las Comunidades Autónomas en dicha materia, también los restantes segmentos de protección social que no se incluyen en aquel sistema reconducen a la distribución de competencias que resulte propia de la medida de protección social implicada en cada caso.

[...]

Es decir, la ampliación de las contingencias protegidas por el sistema de la Seguridad Social no excluye de antemano que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de apoyos complementarios para atender necesidades no cubiertas por dicho sistema, de modo que no puede resultar extravagante desde la perspectiva del Estado social de Derecho, consagrado en nuestra Constitución (art. 1 CE), que se atiendan dichas necesidades, en aras del valor de la justicia al que se refiere este precepto constitucional, desde las diversas habilitaciones previstas, las cuales, por decisión del propio texto constitucional, enlazan con específicos títulos competenciales del Estado en el sentido estricto ("Seguridad Social") o de las Comunidades Autónomas ("asistencia social"), siempre, naturalmente, que ello se realice legítimamente, esto es, de acuerdo con las reglas de deslinde y delimitación de ambas materias.

[...]

Ahora bien, tal posibilidad de actuación por parte de las Comunidades Autónomas, referida a esta zona asistencial, exige que la Comunidad Autónoma aprecie una situación real de necesidad en la población beneficiaria de las ayudas asistenciales de la Seguridad Social y, además, encuentra su límite en que la actividad prestacional no interfiera ni en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social, ni en la de su régimen económico (art. 149.1.17 CE)."

Sobre esa base, esta Sentencia del Tribunal Constitucional concluyó lo siguiente:

“Que si bien en el momento de aprobarse la Constitución el régimen de Seguridad Social se sustentaba en la cobertura de riesgos de carácter contributivo, no incluyendo en su ámbito la atención a otras situaciones de necesidad, lo cierto es que el sistema de Seguridad Social, al configurarse como una función de Estado, permite incluir en su ámbito no sólo a las prestaciones de carácter contributivo,

sino también a las no contributivas, no modificándose la distribución competencial con base en el artículo 41 de la Constitución que hace un llamamiento a todos los poderes públicos para que subvengan a paliar estas situaciones de necesidad, lo que ha de ser realizado por dichos poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias.”

En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional se basa en el carácter amplio y difuso del concepto de asistencia social, recogiendo en ella cualquier actuación o medida encaminada a paliar situaciones de necesidad, sin que se introduzca restricción o condicionamiento alguno mediante elementos o requisitos de carácter conceptual, y sin delimitar con la necesaria seguridad jurídica las nociones de asistencia social y de Seguridad Social¹⁹³.

Así, el Tribunal Constitucional define la competencia autonómica sobre la base de la excepcionalidad y no incidencia en el sistema de la Seguridad Social.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional solo consiguió limitar el concepto de asistencia social por exclusión de aquello no recogido en el ámbito de la Seguridad Social. La asistencia social opera en todo el espacio prestacional no cubierto por el sistema de Seguridad Social o por prestaciones complementarias que tengan características diferenciadas respecto a las prestaciones otorgadas por la Seguridad Social. De esta forma se produce una expansión del ámbito de la Seguridad social y, a su vez, un desplazamiento de ésta hacia espacios originariamente no cubiertos por la Seguridad Social.

De todo este *corpus* jurisprudencial, cabe concluir que ha existido una constante colisión en materia de asistencia social entre el Estado y las Comunidades Autónomas, derivando en un conflicto constitucional entre las competencias estatales en materia de Seguridad Social y la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas respecto a la asistencia social.

Dicho conflicto ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional estableciendo que la acción protectora de la Seguridad Social incluye cualquier prestación que pueda completar la prestación de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, sin perjuicio de los complementos que ofrezca la asistencia social que completaran las prestaciones no contributivas, así como las ayudas netamente asistenciales establecidas por las Comunidades Autónomas, sin que ello represente una alteración de la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en los términos

¹⁹³ PEMÁN GAVÍN, Juan María. “Sobre el concepto constitucional de asistencia social: Estado y Comunidades Autónomas ante las actuaciones públicas de carácter asistencial”. *Op. Cit.*, p. 270.

recogidos en los artículos 148 y 149 de la Constitución, de tal forma que la asistencia social opera en el espacio no cubierto por la Seguridad Social.

3. El desarrollo de la regulación de los servicios sociales: Estado y Comunidades Autónomas

Atendiendo a lo indicado en anteriores apartados, de conformidad con lo establecido en el artículo 148.1.20 de la CE, la competencia en materia de asistencia social es exclusiva de las Comunidades Autónomas, lo que incluye tanto la legislación básica y de desarrollo, como su ejecución.

Sobre esa base, las Comunidades Autónomas han configurado el sistema público de servicios sociales a través de su desarrollo normativo. Es decir, las Comunidades Autónomas han creado sus propios sistemas de servicios sociales a través de sus propias leyes de servicios sociales, pero también a través de normativa específica sobre servicios sociales concretos, dirigidos, especialmente, a determinados sectores de la población, como la infancia, las personas mayores o las personas dependientes¹⁹⁴.

La aprobación de las leyes de servicios sociales en las distintas autonomías se inició en 1982, con la publicación de las primeras normas en Euskadi¹⁹⁵, Navarra¹⁹⁶ y Madrid¹⁹⁷.

Este proceso de promulgación de leyes autonómicas supuso, en palabras de CASADO GUILLÉN, “[...] la descentralización política de los servicios sociales, proceso que finalizó diez años después con la publicación de la norma de la Comunidad de Cantabria en 1992”¹⁹⁸.

¹⁹⁴ ALMEIDA CERREDA, Marcos. “El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización de la Administración local, en la distribución de competencias en materia de educación, salud, sanidad y servicios sociales”. *Revista de Economistas Asesores Fiscales*, núm. 22, 2015, p. 257.

¹⁹⁵ Ley 6/1982, de 20 de mayo, sobre Servicios Sociales. Boletín Oficial del Estado núm. 100, de 26 de abril de 1982.

¹⁹⁶ Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, sobre Servicios Sociales. Boletín Oficial del Estado núm. 148, de 22 de junio de 1983.

¹⁹⁷ Ley 11/1984, de 6 de junio, de Servicios Sociales. Boletín Oficial del Estado núm. 76, de 24 de julio de 1984.

¹⁹⁸ CASADO GUILLÉN, Demetrio. *Manual de Servicios Sociales*. Madrid: Ed. CCS, 2013, p. 214.

A estas primeras normas se las conoce como la primera generación de leyes autonómicas de servicios sociales. Lo cierto es que la agrupación de todas estas normas autonómicas en una denominada misma generación se debe a que su contenido y estructura era muy similar en las distintas Comunidades Autónomas.

Como reconoce GARRIDO JUNCAL, por “generación de leyes” debe entenderse al “[...] conjunto de leyes autonómicas de servicios sociales configuradas en términos similares y aprobadas en un mismo periodo temporal [...]”, que se explica por el “[...] efecto emulador entre las distintas Comunidades Autónomas, de forma que la innovación normativa de una Comunidad Autónoma es reproducida por el resto de Comunidades Autónomas”¹⁹⁹.

Tras esta primera generación de leyes autonómicas de servicios sociales, el Gobierno promovió una Ley estatal de Servicios Sociales; iniciativa que fue aparcada a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con la distribución de competencias en esta materia a los que hemos hecho referencia anteriormente.

Sin embargo, como recuerda GIL PAREJO, “la paralización del proyecto de Ley estatal de Servicios Sociales no supuso abandonar la idea de armonizar los servicios sociales a nivel estatal con el fin de constituir un sistema público que estableciera unos mínimos comunes para todo el territorio Estatal”²⁰⁰.

Así se inició una etapa de diálogo y consenso con las Comunidades Autónomas para dar cumplimiento a los preceptos constitucionales, especialmente la garantía de igualdad de derechos de todos los ciudadanos con independencia del territorio de residencia.

Con ese propósito surgió el “[...] Plan Concertado para el desarrollo de prestaciones básicas de Servicios Sociales en las corporaciones locales”²⁰¹, sustentando, en esencia, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, “LBRL”)²⁰², donde se establece la competencia y la obligación de los municipios en la prestación de los servicios sociales, regulando las competencias municipales, pero

¹⁹⁹ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales. en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Op. Cit., p. 196.

²⁰⁰ GIL PAREJO, Manuel. “Los inicios de la construcción del sistema público de servicios sociales desde la perspectiva del trabajo social”. *Revista miscelánea Comillas*, núm. 132, 2010, p. 201.

²⁰¹ Aprobado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social instauró en el año 1988.

²⁰² Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Boletín Oficial del Estado núm. 80, de 3 de abril de 1985.

también la necesidad de cooperación de las administraciones del Estado y las Comunidades Autónomas con los municipios.

Sobre esta base jurídica, el Plan Concertado “[...] era un convenio-programa de colaboración entre la administración estatal y la autonómica, con la finalidad de financiar una red de atención de servicios sociales municipales de prestaciones básicas”²⁰³. Por lo tanto, el Plan Concertado fue un instrumento de convergencia entre administraciones para el desarrollo de la red municipal de servicios sociales en España, a pesar de su complejo diseño en el que participan las tres administraciones públicas, la iniciativa social, y el voluntariado²⁰⁴.

Con posterioridad se produjo un segundo movimiento de reforma de estas primeras iniciativas normativas autonómicas en materia de servicios sociales, dando lugar a lo que se conoció como la segunda generación de leyes autonómicas de servicios sociales.

De esta forma, a partir de 1993 se aprobaron las leyes autonómicas de servicios sociales de segunda generación, buscando la extensión y la consolidación de las leyes de primera generación, así como la estructuración territorial del sistema público de servicios sociales. Sin embargo, la relevancia de estas leyes fue limitada, puesto que, en esencia, se basaron en un reforzamiento de las competencias de las administraciones locales, en una mayor concreción de los órganos de participación social, así como de la actividad desarrollada por la iniciativa social no lucrativa.

Fue a partir de la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia²⁰⁵, cuando se introdujo por primera vez el derecho subjetivo a la asistencia en el sistema público de servicios sociales y un catálogo de recursos para el conjunto del Estado, derivando en la generación de las leyes autonómicas de servicios sociales de tercera generación.

En relación con la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, resulta especialmente paradigmático el conflicto derivado de la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia, dado que su aprobación inició un intenso debate entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la distribución competencial de

²⁰³ GIL PAREJO, Manuel. “Los inicios de la construcción del sistema público de servicios sociales desde la perspectiva del trabajo social”. *Op. Cit.*, p. 202.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia. Boletín Oficial del Estado núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

la materia al haberse aprobado sobre la base de la competencia estatal recogida en el artículo 149.1.1 de la CE y definirse su radio de actuación en el ámbito de la asistencia social y no de la Seguridad Social²⁰⁶.

Aunque el Gobierno de Navarra y el Parlamento de Navarra interpusieron un recurso de inconstitucionalidad frente a dicha Ley 39/2006, y que el Consejo Consultivo de Cataluña, en su Dictamen núm. 279 de 9 de enero de 2007, consideró que existía invasión competencial a las Comunidades Autónomas al imponer un sistema de cooperación administrativa, lo cierto es que la cuestión nunca llegó a resolverse por el Tribunal Constitucional dado que el referido recurso de inconstitucionalidad fue finalmente retirado antes de que el Tribunal Constitucional pudiera pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la Ley.

Con la aprobación de las leyes de tercera generación por parte de las distintas Comunidades Autónomas se introdujeron tres aspectos fundamentales respecto a las leyes de primera y segunda generación: (i) el reconocimiento de los servicios sociales como derecho subjetivo, (ii) la regulación de un catálogo/cartera de prestaciones de responsabilidad pública, y (iii) la consolidación de un modelo de regulación y financiación pública.

Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas aprobaron la tercera generación sin aprobar una segunda generación de leyes autonómicas de servicios sociales, como Cataluña, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cantabria, Navarra, Islas Baleares, Canarias, Extremadura y Andalucía²⁰⁷.

²⁰⁶ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Op. Cit., p. 167.

²⁰⁷ Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña, Boletín Oficial del Estado núm. 270, de 10 de noviembre de 2007.

Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, Boletín Oficial del Estado núm. 18, de 21 de enero de 2011.

Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, Boletín Oficial del Estado núm. 19, de 21 de enero de 2011.

Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria, Boletín Oficial del Estado núm. 97, de 23 de abril de 2007.

Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra, Boletín Oficial del Estado núm. 19, de 22 de enero de 2007.

Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Islas Baleares, Boletín Oficial del Estado núm. 170, de 15 de julio de 2009.

Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales de Canarias, Boletín Oficial del Estado núm. 141, de 13 de junio de 2019.

Por lo tanto, en virtud del artículo 148.1.20 de la CE, las Comunidades Autónomas han configurado un sistema de servicios sociales que ha ido evolucionando a lo largo de los últimos cuarenta años hasta consagrar un régimen de reconocimiento de derechos subjetivos, un catálogo de servicios a la ciudadanía y el papel de la iniciativa privada en la prestación de servicios sociales en colaboración con las Administraciones públicas.

4. Competencias locales en el ámbito de los servicios sociales

A pesar de que anteriormente nos hemos referido a la distribución competencial en el ámbito de los servicios sociales recogida en el bloque de constitucionalidad, para la correcta comprensión de la atribución competencial en esta materia dicho análisis debe ser completado con la atribución competencial a las entidades locales.

Como bien es sabido, los ayuntamientos son los primeros receptores de las demandas de atención social y los primeros obligados a dar respuesta a dichas demandas con el fin de preservar la convivencia social²⁰⁸.

A su vez, y sin entrar en un análisis pormenorizado de la cuestión, resulta relevante recordar que, como declaró el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 84/1982, de 23 de diciembre²⁰⁹, el régimen jurídico de la Administración local se define como bifronte, esto es, con un doble carácter de pieza fundamental de la organización territorial del Estado, pero también de las Comunidades Autónomas.

Es decir, los entes locales “[...] no dependen, en su regulación legal ni en la ejecución de las funciones administrativas, sólo del Estado o sólo de las Comunidades Autónomas, sino de ambos, según la distribución constitucional de competencias”²¹⁰.

De esta forma, es necesario hacer referencia tanto a la legislación estatal básica de régimen local y a la legislación sectorial estatal de servicios sociales, como analizar las

Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura, Boletín Oficial del Estado núm. 108, de 6 de mayo de 2015.

Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, Boletín Oficial del Estado núm. 17, de 20 de enero de 2017.

²⁰⁸ ALMEIDA CERREDA, Marcos. “Las competencias de los municipios en materia de servicios sociales” En MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho municipal*. Madrid: Ed. Iustel Publicaciones, Vol. 3, 2011, p. 2724.

²⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 84/1982, de 23 de diciembre Fundamento jurídico cuarto. Boletín Oficial del Estado suplemento núm. 13, de 15 de enero de 1983, [ECLI:ES:TC:1982:84](#).

²¹⁰ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Op. Cit., p. 172.

estipulaciones de los Estatutos de Autonomía y la legislación autonómica de régimen local y de servicios sociales.

Más allá de ciertos debates doctrinales sobre la relación entre las fuentes normativas que configuran el régimen jurídico local²¹¹, se entiende que existe complementariedad entre ambas fuentes, de manera que los contenidos normativos básicos en materia de régimen local que hagan referencia a los servicios sociales habrán de entenderse como mínimos que, en todo caso, han de ser respetados tanto por el legislador estatutario como por el legislador sectorial, sin perjuicio de que los Estatutos de Autonomía puedan ampliar determinadas competencias propias de los municipios en los términos que determine el legislador autonómico²¹².

En relación con esta cuestión, como veremos a continuación, para el análisis de las materias que nos ocupan, a nuestro juicio resulta fundamental distinguir entre el esquema tradicional de atribución competencial a las entidades locales y el actual marco normativo instaurado tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, “LRSAL”)²¹³.

Los artículos 25 y 26 de la LBRL realizan la atribución competencial de distintas materias a los municipios, detallando, en primer lugar, “[...] las competencias que podrán ejercer los municipios [...]” y, en segundo lugar, “[...] las competencias que obligatoriamente habrán de ejercer según los tramos de población que se fijan en dicho artículo”²¹⁴.

En cuanto a los servicios sociales, el artículo 25.2.k de la LBRL vigente hasta la entrada en vigor de la LRSAL, reconocía a los municipios competencia propia en la prestación de servicios sociales, estableciendo en su artículo 26 que aquellos de población superior a 20.000 habitantes debían prestar, en todo caso, servicios sociales.

²¹¹ Al respecto, véase GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. *Ibid.*, p.173.

²¹² ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia. “Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”. *Revista de Administración Pública*, núm. 194, 2014, pp. 377-378.

²¹³ Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Boletín Oficial del Estado núm. 312, de 30 de diciembre de 2013.

²¹⁴ CASTILLO BLANCO, Federico y BARRANCO VELA, Rafael. *Competencias locales en materia de servicios sociales: marco jurídico y competencias en la actividad prestacional*. *Op. Cit.*, p. 111.

Nótese que, como recuerda ARIAS MARTÍNEZ, de conformidad con la redacción del referido artículo 25 de la LBRL, “los ayuntamientos deberían tener atribuciones en materia de servicios sociales, quedando en manos de la normativa sectorial estatal y autonómica delimitar el alcance concreto de la misma”²¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, y como hemos indicado anteriormente, las Comunidades Autónomas tienen competencias legislativas y de ejecución en acción social y el Estado ostenta la competencia en la legislación básica y régimen económico en cuanto se trate de servicios sociales de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan delegar sus competencias a las entidades locales, especialmente en el ámbito de su gestión²¹⁶.

Sobre esa base, las Comunidades Autónomas aprobaron sus propias leyes generales de servicios sociales, en las que se incluía una relación de las competencias locales en esta materia²¹⁷.

²¹⁵ ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia. “Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”. *Op. Cit.*, p. 379.

²¹⁶ CASTILLO BLANCO, Federico y BARRANCO VELA, Rafael. *Competencias locales en materia de servicios sociales: marco jurídico y competencias en la actividad prestacional*. *Op. Cit.*, p. 115.

²¹⁷ Las normas autonómicas de servicios sociales vigentes son las siguientes:

- Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, Boletín Oficial del Estado núm. 17, de 20 de enero de 2017.
- Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, Boletín Oficial del Estado núm. 184, de 31 de julio de 2009.
- Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales de Asturias, Boletín Oficial del Estado núm. 72, de 25 de marzo de 2003.
- Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Islas Baleares, Boletín Oficial del Estado núm. 170, de 15 de julio de 2009.
- Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales de Canarias, Boletín Oficial del Estado núm. 141, de 13 de junio de 2019.
- Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria, Boletín Oficial del Estado núm. 97, de 23 de abril de 2007.
- Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, Boletín Oficial del Estado núm. 18, de 21 de enero de 2011.
- Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, Boletín Oficial del Estado núm. 19, de 21 de enero de 2011.
- Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña, Boletín Oficial del Estado núm. 270, de 10 de noviembre de 2007.
- Ley 3/2019, de 18 de febrero, de Servicios Sociales Inclusivos de la Comunidad Valenciana, Boletín Oficial del Estado núm. 60, de 11 de marzo de 2019.

De esta forma, como reconocen CASTILLO BLANCO y BARRANCO VELA, “el nivel de desarrollo que deban alcanzar los servicios sociales municipales dependerá del marco de la legislación estatal y de las Comunidades Autónomas que desarrollen esta materia, así como, naturalmente, de la capacidad presupuestaria y esfuerzo económico que se quiera aplicar a este fin”²¹⁸.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que la configuración actual de las competencias locales en materia de asistencia social emana de las modificaciones derivadas de la aprobación y entrada en vigor de la LRSAL. Dicha Ley, como se indica en su propio preámbulo, tiene como uno de sus objetivos esenciales “[...] clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio una Administración una competencia, racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas”.

No obstante, como reconoce ALMEIDA CERREDA, lo cierto es que la LRSAL, que trae causa de la necesidad de adaptar la normativa local a las previsiones de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera²¹⁹, restringió el alcance de la LBRL, mediante “[...] la remodelación del

-
- Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura, Boletín Oficial del Estado núm. 108, de 6 de mayo de 2015.
 - Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia, Boletín Oficial del Estado núm. 8, de 9 de enero de 2009.
 - Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, Boletín Oficial del Estado núm. 135, de 7 de junio de 2023.
 - Ley 3/2021, de 29 de julio, de Servicios Sociales de la Región de Murcia, Boletín Oficial del Estado núm. 308, de 24 de diciembre de 2023.
 - Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra, Boletín Oficial del Estado núm. 19, de 22 de enero de 2007.
 - Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco, Boletín Oficial del Estado núm. 8, de 9 de enero de 2009.
 - Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, Boletín Oficial del Estado núm. 18, de 21 de enero de 2010.

²¹⁸ CASTILLO BLANCO, Federico y BARRANCO VELA, Rafael. *Competencias locales en materia de servicios sociales: marco jurídico y competencias en la actividad prestacional*. Op. Cit., p. 140.

²¹⁹ Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Boletín Oficial del Estado núm. 103, de 30 de abril de 2012.

citado listado y la redefinición de las concretas materias en las que los Ayuntamientos han de tener, de modo necesario, competencias”²²⁰.

Como hemos dicho anteriormente, en el artículo 25.2.k de la LBRL originalmente se establecía que los municipios, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, tendrían competencias en la prestación de servicios sociales, de servicios de promoción y de reinserción social. Tras la entrada en vigor de la LRSAL, que modificó el referido artículo 25, se establece que los municipios, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, han de poder desarrollar funciones en la evaluación e información de situaciones de necesidad social y en la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.

Por lo tanto, a partir de la aprobación de la LRSAL, la prestación de servicios sociales que se había recogido en el apartado 2.k) del artículo 25 de la hasta entonces vigente LBRL se convirtió en una obligación más específica denominada “evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”.

Según ALMEIDA CERREDA, con esta expresión parece que el legislador básico hace alusión a que los municipios han de ostentar competencias en relación con los servicios que en dicho catálogo se clasifican como servicios de información, orientación, asesoramiento y diagnóstico. Se trata de servicios que, según el citado documento, “[...] facilitan a las personas el acceso a los recursos, garantizan el acceso a otros sistemas de protección social y proporcionan apoyo en la realización de gestiones y tramitación de las diferentes prestaciones de servicios sociales y del sistema de protección social”²²¹.

Además, este autor entiende que, por lo que respecta a la atención inmediata, “el legislador pretendía hacer referencia a la forma en la que los usuarios de los servicios sociales pueden acceder a ellos, de modo que la misma incluiría aquellos servicios a los que sus potenciales destinatarios se incorporan directamente, bien a iniciativa propia o bien por derivación, sin necesidad de que se produzca una decisión técnica o una resolución administrativa o judicial previa”²²².

²²⁰ ALMEIDA CERREDA, Marcos. “El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización de la Administración local, en la distribución de competencias en materia de educación, salud, sanidad y servicios sociales”. *Op. Cit.*, p. 222.

²²¹ *Ibid.*, p. 227.

²²² *Ibid.*, p. 228.

Así, parece que, como señala VELASCO CABALLERO, tras la entrada en vigor de la LRSAL, “la intervención municipal obligatoria ya no es propiamente prestacional, sino de simple identificación de las situaciones de necesidad asistencial”²²³.

Coincide en esta opinión GARRIDO JUNCAL que, al analizar el contenido del actual artículo 25.2.e) de la LBRL, entiende que la competencia está limitada a “la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social o, conforme al vocabulario más asentado en la normativa reguladora de los servicios sociales, a la atención temprana a dichos sujetos”²²⁴.

No obstante, a juicio de ARIAS MARTÍNEZ, “como el artículo 26 de la LBRL establece obligaciones mínimas, esto es, servicios que, en todo caso, han de prestar los municipios en función de su horquilla de población, nada impide que los ayuntamientos, independientemente de su número de vecinos, si disponen de los recursos económicos necesarios y si no generan duplicidades inadmisibles con otras Administraciones públicas, lleven a cabo la prestación de más servicios públicos que los obligatoriamente previstos en la Ley”²²⁵.

La LRSAL, además, modificó el apartado tercero del artículo 25 de la LBRL y añadió los apartados cuarto y quinto, de forma que en la concesión de nuevas competencias a los municipios debían respetarse las tres reglas que se exponen a continuación.

La primera de ellas, de carácter económico, establece que la atribución de una nueva competencia a los ayuntamiento no podía suponer mayor gasto, debiendo implicar la dotación económica para su ejecución por parte de la Administración municipal a fin de que no comporte implicaciones negativas respecto a su estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (artículo 25.3 y 4 de la LBRL).

La segunda, de carácter funcional, exige que antes de la atribución competencial a las entidades locales se ponderen los principios de descentralización y de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (artículo 25.3 y 4 de la LBRL).

²²³ VELASCO CABALLERO, Francisco. “Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”. *Anuario de Derecho Municipal* 2012, núm. 6, 2013, p. 39.

²²⁴ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Op. Cit., p. 186.

²²⁵ ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia. “Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”. Op. Cit., p. 385.

Como ha reconocido ALMEIDA CERREDA, el legislador “[...] debe valorar en qué medida la adjudicación de una concreta función a los ayuntamientos, por una parte, maximiza la consecución del principio de descentralización y, por ende, el acercamiento de la gestión de los asuntos públicos a los ciudadanos, y, por otra parte, qué nivel de sacrificio de los postulados del principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos –desde un punto de vista meramente cuantitativo y no cualitativo– implica dicha decisión”²²⁶.

La tercera y última de dichas reglas, de carácter sistémico, impone la prohibición de toda duplicidad en la atribución de facultades (artículo 25.5 de la LBRL).

Asimismo, debemos hacer referencia a la disposición transitoria segunda de la LRSAL, que establecía lo siguiente:

“Disposición transitoria segunda. Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a servicios sociales.

1. Con fecha 31 de diciembre de 2015, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.

Las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de estas competencias, con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local.

2. En el plazo máximo señalado en el apartado anterior, y previa elaboración de un plan para la evaluación, reestructuración e implantación de los servicios, las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, habrán de asumir la cobertura inmediata de dicha prestación.

3. En todo caso, la gestión por las Comunidades Autónomas de los servicios anteriormente citados no podrá suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de la posibilidad de las Comunidades Autónomas de delegar dichas competencias en los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

²²⁶ ALMEIDA CERREDA, Marcos. “El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización de la Administración local, en la distribución de competencias en materia de educación, salud, sanidad y servicios sociales”. *Op. Cit.*, pp. 230-231.

5. Si en la fecha citada en el apartado 1 de esta disposición, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas no hubieren asumido el desarrollo de los servicios de su competencia prestados por los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, Entidades Locales, o en su caso, no hubieren acordado su delegación, los servicios seguirán prestándose por el municipio con cargo a la Comunidad Autónoma. Si la Comunidad Autónoma no transfiriera las cuantías precisas para ello se aplicarán retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación, teniendo en cuenta lo que disponga su normativa reguladora.”

Por lo tanto, las Comunidades Autónomas debían de asumir la titularidad de las competencias que se preveían como propias de los municipios concernientes a la prestación de los servicios sociales, de promoción y reinserción social públicas. Dicha asunción debía ser precedida de la elaboración de un plan para la evaluación, reestructuración e implantación de los citados servicios sociales, de promoción y reinserción social antes del 31 de diciembre de 2015, y si en tal fecha las Comunidades Autónomas no hubiesen asumido el desarrollo de los antedichos servicios, estos debían seguir prestándose por las entidades locales con cargo a la Comunidad Autónoma correspondiente²²⁷.

Sin embargo, dicha disposición transitoria fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/2016, de 3 de marzo²²⁸.

La configuración de la atribución competencial a los entes locales tras la modificación orquestada por la LRSAL no resulta baladí a los efectos que ahora nos ocupan. Así, las Comunidades Autónomas fueron muy críticas con las modificaciones de la atribución competencial de las entidades locales realizadas por dicha norma; oposición que se tradujo en la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad por parte de los gobiernos de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña y Canarias, por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, por los parlamentos autonómicos de Extremadura, Cataluña y Andalucía, y por el Parlamento Foral de Navarra, por representantes de los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUIA, CHA, La Izquierda Plural, UPyD y Mixto en el Congreso de los Diputados, como conflicto en Defensa de la Autonomía Local formulado por más de 2.000 ayuntamientos y por el Defensor del Pueblo.

²²⁷ ALMEIDA CERREDA, Marcos. “El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización de la Administración local, en la distribución de competencias en materia de educación, salud, sanidad y servicios sociales”. *Op. Cit.*, pp. 233-234.

²²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/2016, de 3 de marzo. Boletín Oficial del Estado núm. 85, de 8 de abril de 2016, [ECLI:ES:TC:2016:41](#).

En relación con esta cuestión, ARIAS MARTÍNEZ concluyó lo siguiente respecto a la referida modificación de la LBRL:

“Por un lado, se suprimen los términos «toda clase de (actividades)» y «cuantos (servicios públicos)», lo cual es ya una clara muestra de los tintes limitadores de la reforma respecto a la asunción competencial por parte de los entes locales. Por otro lado, la inclusión del requisito «en los términos previstos en este artículo» permite poner en cuestión si, tras la aprobación de esta norma, el precepto continúa encerrando una cláusula general de competencia municipal, esto es, si el ayuntamiento puede, como hasta ahora, adoptar múltiples y heterogéneas iniciativas, con el fin de satisfacer el interés general de los vecinos, en todos aquellos ámbitos de actuación que no estén reservados a otra Administración.

Pues bien, una interpretación finalista de la norma, en la que se han de tener en cuenta tanto los objetivos que persigue el legislador manifestados en el preámbulo de la LRSAL como el tenor literal del precepto transcrito, permite intuir que tras la nueva redacción del precepto los municipios podrán promover las actividades y prestar los servicios que contribuyan a satisfacer las aspiraciones de la comunidad vecinal ejerciendo, en los términos que determine el legislador sectorial autonómico o estatal, competencias en las materias relacionadas en el apartado segundo del mencionado artículo, competencias que deberán ser atribuidas por una ley que evalúe «la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera» (art. 25.3) y que, asimismo, garantice «que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública».

En consecuencia, de la literalidad de la norma se deduce que la competencia general se convierte ahora en un simple pórtico de las competencias que a continuación se relacionan en el apartado segundo del artículo 25, con el consiguiente efecto reductor de la autonomía local.”²²⁹

Por ende, la LBRL no enuncia las competencias municipales, sino las materias de interés local en las que necesariamente las leyes sectoriales estatales y autonómicas deben atribuir a los municipios su propio ámbito competencial²³⁰. De hecho, ARIAS MARTÍNEZ entiende que “[...] interpretar el artículo 25.2 como una atribución inmediata de competencias es sencillamente incompatible con la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre gran parte de las materias que en el mismo se

²²⁹ ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia. “Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”. *Op. Cit.*, pp. 386-387.

²³⁰ *Ibid.*, p. 394.

enumeran” de manera que la legislación autonómica decidirá si los municipios son o no competentes para ejercer estas competencias²³¹.

Respecto a dicha modificación derivada de la LRSAL, puede pensarse que la descentralización competencial quedaba supeditada a la eficiencia y sostenibilidad financiera.

Sin embargo, ARIAS MARTÍNEZ entiende que eso no es así dado que, en virtud de la redacción del apartado quinto del artículo 25 LBRL, “el legislador sectorial podrá apostar por la descentralización, acompañada, por supuesto, de la consiguiente financiación, en aquellos ámbitos en los que la actuación municipal sea más adecuada para atender las necesidades ciudadanas, siendo esto, en definitiva, lo que ocurre en el ámbito de los servicios sociales. De hecho, las actuales leyes autonómicas de servicios sociales regulan la atribución de competencias, deslindando con una precisión aceptable las que corresponden a la Administración autonómica de las encomendadas a los ayuntamientos”²³².

De esta forma, la prestación de servicios sociales pasa a ser una competencia ejercida por delegación en virtud de lo establecido en el artículo 27.3 de la LBRL si así se prevé por parte de la Comunidad Autónoma de acuerdo con lo establecido en la indicada disposición transitoria.

Por lo tanto, “la delegación será la única vía que permitirá a los municipios recuperar el ejercicio de competencias que pudiesen venir desempeñado en dicho ámbito con el carácter de propias o que, en su caso, desempeñaban sin asignación competencial expresa. Incluso, de acuerdo con lo previsto en el apartado quinto de dicha disposición transitoria, si el 31 de diciembre de 2015 las Comunidades Autónomas no hubiesen asumido el desarrollo de los servicios de su competencia prestados por los municipios, diputaciones provinciales o entidades equivalentes, entidades locales o, en su caso, no hubieren acordado su delegación, los servicios seguirán prestándose por el municipio con cargo a la Comunidad Autónoma. Así pues, los servicios sociales continuarían siendo gestionados por los municipios sin una previa delegación formal, mientras que la titularidad de la competencia la retendrá la Comunidad Autónoma, a la que asimismo le compete su financiación. Esto implica que aunque no se articule formalmente por parte de la Comunidad Autónoma una delegación del ejercicio de la competencia, la situación jurídica en la que se encuentra el municipio es equiparable a la que hubiese resultado de

²³¹ *Ibid.*, p. 395.

²³² *Ibid.*, p. 398.

la delegación y ejercerá la competencia con sujeción a los términos previstos en el artículo 27, esto es, bajo la dirección y control de la Administración titular de la misma”²³³.

Estamos de acuerdo con ARIAS MARTÍNEZ cuando concluye que “la LRSAL merma la autonomía local desde el punto de vista competencial puesto que, por una parte, reduce el ámbito material de obligada atribución competencial a los entes municipales de conformidad con el actual artículo 25.2 de la LBRL y, además, fomenta la delegación competencial con el fin de posibilitar que los entes municipales puedan volver a gestionar dichas actividades”²³⁴.

Como decíamos, la LRSAL fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por parte de distintas Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, por el Congreso de los Diputados y por el Defensor del Pueblo²³⁵. En relación con el recurso de inconstitucional interpuesto por la Asamblea de Extremadura, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/2016, de 3 de marzo, aunque declaró inconstitucional el artículo 57.bis de la LBRL en su redacción dada por el artículo 1.17 de la LRSAL y las disposiciones adicionales undécima y transitorias primera, segunda y tercera, así como los incisos “Decreto del órgano de gobierno de” y “el Órgano de Gobierno de”, incluidos, respectivamente, en las disposiciones transitorias cuarta y undécima, párrafo tercero de la LRSAL, reconoció que el artículo 25.2 de la LBRL no atribuye competencias sino que establece materias sobre las que la legislación sectorial estatal y autonómica atribuirán competencias a las entidades locales en función de sus propias competencias. Así, entiende que la nueva redacción de dicho artículo en virtud de la LRSAL produce “una relativa contracción de esa garantía legal como consecuencia de la reducción o supresión de algunas materias incluidas en el listado de la redacción anterior del artículo 25.2; en especial la asistencia social y la atención primera de la salud”²³⁶.

²³³ *Ibid.*, p. 402.

²³⁴ *Ibid.*, p. 403.

²³⁵ En concreto, por parte de los gobiernos de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña y Canarias, por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, por los parlamentos autonómicos de Extremadura, Cataluña y Andalucía, y por el Parlamento Foral de Navarra, por representantes de los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUIA, CHA, La Izquierda Plural, UPyD y Mixto en el Congreso de los Diputados, como conflicto en Defensa de la Autonomía Local formulado por más de 2.000 ayuntamientos y por el Defensor del Pueblo.

²³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/2016, de 3 de marzo. Boletín Oficial del Estado núm. 85, de 8 de abril de 2016, [ECLI:ES:TC:2016:41](https://www.boe.es/eli/es/tc/2016/41).

Así, tras la LRSAL no existe una obligación de atribuir competencias por parte de la Comunidad Autónoma, sino que esta será una opción según el criterio político de cada una de ellas.

No obstante, lo cierto es que en realidad esta modificación normativa derivada de la LRSAL no tuvo efectos en relación con la regulación establecida en las leyes autonómicas de servicios sociales, de tal forma que su efecto real se ha visto limitado al no aprobarse modificaciones al régimen competencial vigente en cada Comunidad Autónoma según su propia normativa de servicios sociales.

Por consiguiente, a pesar de que los entes locales son los primeros receptores de las demandas de atención social, han visto acotadas sus competencias en esta materia en favor de las Comunidades Autónomas, siendo estas últimas las auténticas Administraciones públicas competentes en materia de acción social.

5. Recapitulación

A lo largo del presente capítulo hemos analizado algunas cuestiones vinculadas a la naturaleza jurídica y regulación de la prestación de servicios sociales que, a primera vista, pueden parecer irrelevantes o que guardan escasa relación con la cuestión nuclear sobre la que se centra el presente trabajo.

Sin embargo, lo cierto es que para poder analizar modelos prestacionales de servicios sociales alternativos o establecer de forma propositiva una regulación normativa que permita su prestación bajo determinadas condiciones, resulta fundamental comprender, desde un punto de vista jurídico, elementos básicos de la materia como qué debe entenderse por servicios sociales o cuál es su distribución competencial entre las distintas Administraciones públicas existentes.

De esta forma, concluimos que el Tribunal Constitucional acabó definiendo la asistencia social como una técnica pública de protección al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, como evolución de la beneficencia fuera del sistema de la Seguridad Social, que comprende no solo la asistencia dispensada por entes públicos que la definen y la prestan, sino también a la dispensada por entidades privadas, que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social y destinada, bajo un marco de temporalidad, a grupos de población a los que no alcanza el sistema de la Seguridad Social.

Asimismo, hemos hecho referencia también a la regulación de los servicios sociales en el bloque de constitucionalidad, su distribución competencial entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales, y su desarrollo normativo por parte de las Comunidades Autónomas.

En relación con esto, se han detallado las cuestiones vinculadas al que podríamos denominar constante conflicto constitucional entre Estado y Comunidades Autónomas respecto a las competencias en materia de asistencia social.

Sobre esta cuestión, la tenue delimitación de los límites entre el sistema de protección de la Seguridad Social y el ámbito de los servicios sociales ha supuesto un constante conflicto entre Estado y Comunidades Autónomas respecto a qué debía quedar incluido en la esfera de las competencias exclusivas autonómicas en materia de asistencia social y qué podría quedar supeditado a las competencias estatales, principalmente, en el ámbito de la legislación básica de la Seguridad Social.

Aunque la Constitución reconoce la asistencia social como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas y todos los Estatutos de Autonomía han reconocido dicha competencia en favor de sus respectivas Comunidades Autónomas, lo cierto es que eso no ha supuesto que el Estado no pueda intervenir en elementos conexos o vinculados a la asistencia social en virtud de distintos títulos competenciales.

Así lo ha admitido el Tribunal Constitucional, que a lo largo de numerosas sentencias ha configurado una doctrina constitucional que ha amparado la actuación del Estado en aspectos vinculados a la asistencia social a partir del ejercicio de sus potestades constitucionales como, por ejemplo, mediante la potestad subvencional, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los ciudadanos, el fomento por parte del Estado sobre la materia en relación con proyectos de acción social de ámbito territorial supraautonómico o el ejercicio de la legislación básica y régimen económico en cuanto se trate de servicios sociales de la Seguridad Social.

Todo ello ha creado un continuado conflicto de carácter constitucional entre el Estado y las Comunidades Autónomas cuyos límites siguen siendo muy difusos; conflicto que dificulta la delimitación del alcance de las competencias y los ámbitos de actuación entre ambos poderes públicos en materia de acción social.

A su vez, y en relación con las competencias de los entes locales, tras las últimas modificaciones de la normativa reguladora de las bases del régimen local, se ha producido un recorte de sus competencia en materia de servicios sociales en favor de las

Comunidades Autónomas, a pesar de que los entes locales son los primeros receptores de las demandas de atención social por parte de la ciudadanía.

Como veremos en posteriores capítulos, la correcta determinación de la competencia y a quién corresponde su ejercicio será una cuestión trascendental para poder proponer la configuración de un modelo de prestación de servicios sociales que sea conforme con la distribución competencial determinada en la Constitución y que, además, resulte adecuada para el cumplimiento de sus fines.

Y ello, en cuanto entendemos necesario tener muy presente si realmente estamos en el marco regulatorio de la prestación de servicios sociales o si nos encontramos ante un escenario que pueda ser susceptible de encajar en el ejercicio de otras competencias por parte del Estado, lo que podría conllevar un riesgo de que persistiera el conflicto constitucional entre Estado y Comunidades Autónomas al que nos hemos referido a lo largo del presente capítulo.

**Capítulo III: La prestación de servicios sociales de
responsabilidad pública: servicio público y colaboración
público-privada**

1. Las prestaciones sociales como un servicio público

Como se desprende de cuanto hemos indicado en la parte final del Capítulo I, la evolución histórica de la beneficencia hacia la acción social moderna ha pivotado sobre su consideración como un servicio público que debe ser prestado a la ciudadanía por parte de las Administraciones públicas.

La dimensión pública de los servicios sociales resulta un elemento relevante a los efectos que ahora nos ocupan, siendo fundamental comprender en qué términos debe articularse su prestación de conformidad con el Derecho comunitario y, en concreto, su encaje con las normas de defensa de la competencia y con la libre circulación de servicios.

Para ello, debe hacerse referencia a la configuración por parte del Derecho comunitario de los servicios sociales como servicios de interés general (en adelante, “SIG”) y a su distinción entre SIG de naturaleza económica y SIG de naturaleza no económica.

1.1. Apuntes sobre el surgimiento del concepto de servicio público

En el Capítulo I hemos expuesto detalladamente como tras la República de Weimar y la crisis de 1929 surgió en Europa una incipiente tendencia a la intervención administrativa. Dicha tendencia se produjo también en el campo de las actividades de contenido económico, siendo la génesis del Estado prestacional y el nacimiento del concepto de servicio público como servicio prestado por los poderes públicos. Como reconoce TORNOS MAS, para los poderes públicos esta etapa supuso “[...] la asunción de la titularidad de la actividad pública, el monopolio de la actividad pública y su exclusión del régimen de libre mercado”²³⁷.

Por lo tanto, se estableció un marco proclive a la regulación del mercado no solo en cuanto a la prestación pública de servicios, sino también desde un punto de vista de regulación de la actividad privada. En relación con este último aspecto, se mantuvo la libertad del mercado para la prestación de estos servicios públicos, pero sujeta a la necesidad de un título habilitante para la participación en el mercado, generalmente el título concesional, de manera que existía una colaboración pública-privada en la prestación de servicios públicos vinculados a actividades económicas excluidas de la libre iniciativa económica.

²³⁷ TORNOS MAS, Joaquín. “El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario”. *Revista de Administración Pública*, núm. 200, año 2016, p.195.

Más allá de la delimitación jurídica del concepto de servicios sociales al que hemos hecho referencia en el Capítulo II, VAQUER CABALLERÍA aportó una definición de este concepto que es relevante a los efectos de su consideración como servicio público. Así, dicho autor los definió como el “[...] conjunto de prestaciones públicas gratuitas, o no contributivas, ofrecidas a la persona bien sea para atender su especial intensidad de necesidades comunes, no cubiertas por los servicios públicos tradicionales (como la educación, la sanidad, la seguridad social o la cultura), bien sea por razón de una situación de necesidad particular o diferencial”²³⁸.

De esta forma, podríamos decir que los servicios sociales se identificaron como un servicio público que se distingue del resto de servicios por el hecho de que las personas son los sujetos directos a quien se presta el servicio, siendo el trato personal y la calidad del servicio un elemento esencial que incide en su gestión y prestación.

TORNOS MAS añade que, con la consolidación de la sanidad y la educación como servicios públicos durante la segunda mitad del siglo XX como “[...] actividades prestacionales que la Administración garantiza a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad y asequibilidad [*sic*]”, se construye el concepto de servicios públicos en ámbitos de servicio que tradicionalmente habían sido prestados por el sector privado “[...] en los que su conversión en servicio público no supone la creación de un monopolio de titularidad, y menos aún de titularidad y gestión”, sino en una regulación de la colaboración público-privada para garantizar su prestación a la ciudadanía²³⁹.

Por consiguiente, bajo un marco de colaboración público-privada, según dicho autor, “en nuestro Derecho el concepto de servicio público se identifica mayoritariamente con aquellas actividades prestacionales de interés general cuya titularidad ha sido asumida por la Administración (*publicatio*), para su prestación de acuerdo con los principios de asequibilidad, igualdad, continuidad y calidad, asumiendo que la titularidad puede ser con exclusión o no de la libre iniciativa económica”²⁴⁰.

Por todo ello, podríamos concluir que los servicios sociales de responsabilidad pública se han venido identificando como servicios públicos entendidos, no solo como servicios de titularidad y prestación pública, sino también como servicios prestados por entidades privadas bajo un régimen regulado de colaboración público-privada, excluidos de la libre iniciativa económica.

²³⁸ VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *La acción social*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002, p.168.

²³⁹ TORNOS MAS, Joaquín. “El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario”. *Op. Cit.*, pp. 195-196.

²⁴⁰ *Ibid.*

1.2. El servicio público en el Derecho positivo comunitario y en la jurisprudencia comunitaria: los servicios de interés general

Según GIMENO FELIU, existen dos posiciones sobre el concepto jurídico de servicio público: “[...] una objetiva, preocupada por determinar qué actividades prestacionales deben ser garantizadas a todos los ciudadanos con el fin de lograr la cohesión social, y otra de carácter subjetivo, basada en la idea de que el servicio público es la actividad excluida del régimen de mercado, incidiendo sobre todo en los problemas de la relación entre sector público y sector privado, más que en los derechos de los ciudadanos a obtener unas determinadas prestaciones”²⁴¹.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom), ambos de 25 de marzo de 1957, y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) o Tratado de París, de 18 de abril de 1951, incluyeron pocas referencias a la iniciativa económica pública y a los servicios públicos²⁴².

De hecho, el Derecho comunitario se dedicó poco a los servicios públicos hasta que la Comunicación COM (1996), 443 def., de 26 de septiembre de 1996, sobre los Servicios de Interés General en Europa²⁴³, estableció el servicio público esencial como parte de los valores comunes de las sociedades de los Estados miembros.

En dicha Comunicación, además, se definían tres categorías de servicios: los SIG, el servicio universal y el servicio de interés económico general, con base en las siguientes definiciones²⁴⁴:

- a) servicios de interés general: servicios considerados de interés general por las autoridades públicas sobre los que se imponen obligaciones de servicio público, pudiendo operar en el mercado o fuera de él.

²⁴¹ GIMENO FELIU, José María. “La Colaboración Público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2018, p 18.

²⁴² LÓPEZ GARCÍA, Casimiro. “Servicios de interés general y principio de competencia: del Tratado CEE de 1957 al Tratado de Lisboa de la Unión Europea de 2007”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 306, 2008, p.240.

²⁴³ Comunicación COM (1996), 443 def., de 26 de septiembre de 1996. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C-281/03, de 26 de septiembre de 1996, pp. 3-13.

²⁴⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid: Ed. Thomson Civitas, 2004, p. 1138.

- b) servicio universal: conjunto mínimo de servicios de una determinada calidad a los que tienen acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible.
- c) Servicios de interés económico general (en adelante, “SIEG”): servicios de mercado a los que, por razones de interés general, se imponen concretas obligaciones de servicio público. Como sostiene DIEZ PICAZO, “[...] su existencia y efectividad deben quedar garantizadas incluso cuando el mercado no lo haga, estableciendo su contenido y los elementos que deben garantizar, que son ajenos a las particularidades del mercado como el acceso universal, igualdad entre los beneficios, continuidad de la prestación, contraprestación asequible y guiados por los principios de universalidad, igualdad, continuidad y asequibilidad”²⁴⁵.

Como señala VIDA FERNÁNDEZ, “con esta Comunicación, la Comisión pretendía sistematizar el resultado de los procesos de liberalización para identificar unas instituciones y elementos comunes que correspondieran a los SIEG y afianzar su contenido en cada uno de los diferentes sectores, así como para aportar una mayor seguridad jurídica en la aplicación de normativa comunitaria en estos sectores. En esta Comunicación, la Comisión planteó la necesidad de impulsar los SIEG a nivel europeo a partir de unas líneas de actuación que equilibrasen la profundización de la liberalización con la garantía de la cohesión social y territorial a nivel sectorial, para lo que proponía la inclusión de una referencia a los mismos en los Tratados fundacionales”²⁴⁶.

Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, por el que se modificó el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, incluyó, por primera vez, la referencia al servicio público entre los principios comunitarios, introduciendo el concepto de “servicios y actividades de interés general” como denominación de lo que tradicionalmente hemos conocido como servicios públicos. Es a partir de este momento cuando existe ya un reconocimiento en los Tratados de la Unión del servicio público

²⁴⁵ DIEZ PICAZO, Luis María. “Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho de la regulación económica, Fundamentos e instituciones*, Madrid: Iustel, 2008, p. 419.

²⁴⁶ VIDA FERNÁNDEZ, Jesús. “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”, en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. *Los servicios públicos tras la crisis económica. En especial la asistencia sanitaria en la Unión Europea*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 47-48.

como principio de actuación de los poderes públicos comunitarios y una definición respecto a qué debe entenderse por servicio público²⁴⁷.

La Comunicación COM (2000), 580 y final, de 20 de septiembre de 2000, sobre los Servicios de Interés General en Europa²⁴⁸, conllevó una mención directa a los SIG en el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, que figura como una declaración solemne de las instituciones comunitarias anexa al Tratado de Niza, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, de 26 de febrero de 2001²⁴⁹.

En dicho artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se consagra el derecho de acceso a los SIG “según lo que dispongan las legislaciones y prácticas nacionales y de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”.

La citada Comunicación define los SIG como “servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general”.

En este concepto pueden englobarse “actividades económicas de carácter prestacional con un fin de interés general en las que se permite modular las reglas de competencia cuando el mercado no garantiza un acceso a los servicios de interés general en condiciones de igualdad y asequibilidad”.

A su vez, la Comunicación estableció que los SIG “abarcen los servicios de mercado y no de mercado que las autoridades públicas consideran de interés y a los que imponen determinadas obligaciones de servicio público”.

Por lo tanto, a modo de recapitulación, podemos afirmar que los SIEG reúnen los siguientes dos requisitos.

²⁴⁷ Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C 340, de 10 de noviembre de 1997.

²⁴⁸ Comunicación COM (2000), 580 y final, de 20 de septiembre de 2000, sobre los Servicios de Interés General en Europa. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C-17/4, de 19 de enero de 2001.

²⁴⁹ Tratado de Niza, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C-080, de 10 de marzo de 2001.

Por una parte, son actividades económicas que se prestan en un sistema de mercado, sujetas a la aplicación del derecho de la competencia en un régimen de libre iniciativa, salvo las excepciones previstas en el mismo Tratado, como sucede con ciertos servicios de solidaridad.

Por otra parte, son actividades esenciales para garantizar el bienestar de la ciudadanía, el funcionamiento de la economía y la cohesión social y territorial, y, por consiguiente, surge la responsabilidad de los poderes públicos de garantizar la adecuada prestación de estos servicios. Sobre esa base resultaron las obligaciones de servicio público y el servicio universal, como mecanismos para garantizar que los ciudadanos puedan acceder a los servicios y solventar de esta manera las externalidades negativas del mercado.

De esta forma, podríamos decir que, a partir del año 2000, existe ya un reconocimiento a los SIEG como servicios públicos cuya prestación debe ser garantizada por las instituciones comunitarias y sus Estados miembros y que, bajo determinadas condiciones, pueden modular la aplicación de la normativa sobre competencia, libertad de establecimiento y libre circulación de los servicios en el mercado interior.

Es por ello por lo que los SIG se diferencian de los servicios ordinarios por la posibilidad de los poderes públicos de imponer su prestación aun cuando no existen razones para que el mercado lo oferte espontáneamente. Es decir, quedando supeditados a la satisfacción de una necesidad pública específica. Se trata, por tanto, de actividades que deben ser llevadas a cabo obligatoriamente por el mercado debido a que los poderes públicos pueden establecer que la demanda de un servicio de interés general sea satisfecha, aun en el caso de que el mercado no estuviera en grado de garantizar la prestación de dichos servicios²⁵⁰.

Como reconoce, MILENA ORTIZ “el uso del concepto de servicios de interés económico general por parte del Derecho comunitario se debió a la necesidad de homogenizar el concepto en distintos Estados miembros para identificar aquellos servicios de interés general excluidos, en todo o en parte, de la disciplina de mercado, al objeto de someterlos a obligaciones específicas de servicio público y autorizando la exención de las normas de libre circulación y de competencia, fundamentalmente, por

²⁵⁰ BARUTTI, Sarah y MORENO MARCOS, Marta. “El Derecho Europeo aplicable a los Servicios Sociales de Interés General. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 97, pp. 80-81.

resultar necesario para el cumplimiento de los fines y misiones de interés general y por razones de seguridad y salud pública [...] como verdaderos principios de la Unión”²⁵¹.

Adicionalmente, hay que destacar que, en el marco de la configuración del régimen jurídico de los SIG, la Comunicación COM (2000), 580 y final, de 20 de septiembre de 2000, sobre los Servicios de Interés General en Europa, utiliza las locuciones de SIG y SIEG como categorías equivalentes o incluso como expresiones sinónimas²⁵².

Sin embargo, en el Libro Verde COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general²⁵³, en cambio, se especifica que la expresión SIG debe ser utilizada solo cuando el texto se refiera también a los servicios no económicos o cuando no sea necesario especificar la naturaleza económica o no económica de los servicios en cuestión²⁵⁴.

Respecto a cuándo un servicio debe ser considerado SIG, en la Comunicación COM (2000), 580 y final, de 20 de septiembre de 2000, sobre los Servicios de Interés General en Europa²⁵⁵ y en la Comunicación COM (2004) 374 final, del Libro Blanco sobre los servicios de interés general, de 12 de mayo del 2004, la Comisión Europea reafirma la plena aplicación del principio de subsidiariedad a los SIG, de forma que los Estados miembros son libres de definir qué debe entenderse por SIG, siendo los poderes públicos los que deban definir las obligaciones de servicio público²⁵⁶.

²⁵¹ MILENA ORTIZ, Sandra. “Una revisión a los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea”. *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2018, p. 492.

²⁵² Comunicación COM (2000), 580 y final, de 20 de septiembre de 2000, sobre los Servicios de Interés General en Europa. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C-17/4, de 19 de enero de 2001, pp. 4-23.

²⁵³ Libro Verde COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C-76, de 25 de marzo de 2004.

²⁵⁴ BARUTTI, Sarah y MORENO MARCOS, Marta. “El Derecho Europeo aplicable a los Servicios Sociales de Interés General. *Op. Cit.*, p. 82.

²⁵⁵ Comunicación COM (2000), 580 y final, de 20 de septiembre de 2000, sobre los Servicios de Interés General en Europa. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C-17/4, de 19 de enero de 2001, pp. 4-23.

²⁵⁶ Comunicación COM (2004) 374 final, del Libro Blanco sobre los servicios de interés general, de 12 de mayo del 2004. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C-221, de 8 de septiembre de 2005, pp. 17-21.

Asimismo, compete también a los Estados miembros fijar de qué modo dichos servicios deben ser organizados, controlados y financiados en el respeto a las normas de ayudas de Estado cuyas obligaciones específicas de servicio deban cumplir²⁵⁷.

Por su parte, el Considerando 7 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE²⁵⁸, deja abierta a los Estados miembros la decisión de definir qué servicios son SIEG, al indicar “cabe recordar que la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales, de definir, con arreglo al Derecho de la Unión, servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio que ha de prestarse, incluida cualquier condición relativa a la calidad del servicio, con objeto de perseguir sus objetivos de política general”.

En esta misma línea, los tribunales comunitarios han establecido que la definición de qué servicios cumplen un interés general depende de los Estados. En particular, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 27 de febrero de 1997, *FFSA y otros/Comisión*, asunto T-106/95, señala que: "al no existir normativa comunitaria en la materia, la Comisión no está facultada para pronunciarse sobre la organización y la amplitud de las misiones de servicio público que incumben a una empresa pública, ni sobre la oportunidad de las opciones políticas que las autoridades competentes asuman al respecto, siempre que las actividades desarrolladas en los sectores competitivos no se benefician de la ayuda de que se trate y que la ayuda abonada no exceda de cuanto resulte necesario para garantizar el cumplimiento de la misión específica que se haya confiado a la empresa afectada"²⁵⁹.

Por consiguiente, podemos afirmar que el Derecho comunitario ha reconocido como verdaderos principios de la Unión los SIG, como servicios de mercado y no de mercado, cuya prestación debe ser garantizada por los poderes públicos a través de la imposición de ciertas obligaciones de servicio público, quedando en manos de los Estados miembros definir qué debe entenderse por SIG y permitiendo que para dichos servicios

²⁵⁷ BARUTTI, Sarah y MORENO MARCOS, Marta. “El Derecho Europeo aplicable a los Servicios Sociales de Interés General. *Op. Cit.*, p. 84.

²⁵⁸ Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/C. Diario Oficial de la unión Europea núm. L-94/65, de 28 de marzo de 2014, pp.65-242.

²⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 27 de febrero de 1997, *FFSA y otros/Comisión*. Párrafo 192, asunto T-106/95, [ECLI:EU:T:1997:23](#).

resulte una aplicación distinta de las normas sobre competencia, libertad de establecimiento y libre circulación en el mercado interior.

1.3. Los servicios de interés económico general y los servicios de interés general no económico

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, por el que se modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea²⁶⁰, se produjo una evolución en la configuración de los SIG al aparecer por vez primera la noción de servicios de interés no económico general en contraposición a la de SIEG. De esta forma, en el ámbito del Derecho comunitario se han distinguido, dentro de la categoría general de los SIG, los SIEG y los servicios de interés general no económicos (en adelante, “SIGNE”).

Los SIEG son servicios básicos que se prestan a cambio de una remuneración, quedando sujetos a las normas europeas de competencia y mercado interior.

Por su parte, los SIGNE son servicios de solidaridad, como los vinculados a la sanidad, a la educación o los servicios sociales, cuya prestación se reserva a los Estados miembros, no estando sujetos a las reglas de la competencia al no tener estos servicios carácter económico²⁶¹.

Los SIGNE quedan excluidos de las normas comunitarias sobre competencia y libre circulación aplicables al mercado interior dada su vertiente social, y se caracterizan por disponer de una financiación esencialmente pública, pudiendo coexistir con una contribución de los usuarios que no cubre el coste del servicio, y por la consecución de objetivos sociales y efectos redistributivos²⁶².

Este tipo de SIG abarca tanto actividades que no tienen dimensión económica como actividades donde sí hay una dimensión económica, pero donde las actividades con dimensión económica se encuentran en segundo plano frente a la importancia de la dimensión social de la actividad, orientada a garantizar los derechos fundamentales a la

²⁶⁰ Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Diario Oficial de la Unión Europea núm. C-306, de 17 de diciembre de 2007.

²⁶¹ Así, por ejemplo, los servicios de asistencia sanitaria son SIGNE, el traslado de enfermos mediante ambulancia es un SIEG (STJCE de 28 de octubre de 2001, C-475/199, *Glöckner*).

²⁶² DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica y CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017, de contratos del sector público. Congreso 2019, Vol. 29 Extraordinario *XXVIII*, p. 200.

dignidad humana y a la integridad como manifestación de los principios de cohesión social y de solidaridad.

De este modo, en un mismo sector pueden coexistir actividades que se consideren como SIEG o SIGNE, de forma que la identificación del servicio como uno u otro dependerá de la relevancia y el alcance del interés general (solidaridad) al que atiende el régimen jurídico específico de tal actividad²⁶³.

En este punto, resulta fundamental definir qué debe entenderse por actividad económica. Así, como recuerda, ALGUACIL MARÍ, cualquier prestación de servicio remunerada debe considerarse una actividad económica, incluso cuando no deba ser pagada por sus beneficiarios, puesto que su prestación sí implica una contrapartida económica²⁶⁴.

Ese criterio se encuentra en línea con lo establecido por el TJUE, al establecer que el carácter económico de una actividad no depende del estatuto, régimen o naturaleza del operador, pudiendo ser público o sin ánimo de lucro, ni de la naturaleza del servicio²⁶⁵. De hecho, ante la falta de una definición del concepto de actividad económica en los tratados, el TJUE ha declarado que cualquier actividad que consista en ofrecer servicios o bienes en un determinado mercado constituye una actividad económica²⁶⁶, sin que resulte relevante que la actividad sea de carácter social o sin ánimo de lucro, pues este no es un elemento suficiente para entender que no es una actividad económica²⁶⁷.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ ALGUACIL MARÍ, María Pilar. “Empresas sociales y políticas europeas: los servicios sociales de interés económico general”. *Ciriec, Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 75, 2012, p. 89.

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1999, *Comisión/Bélgica*, asunto C-172/98, apartado 50, [ECLI:EU:C:1999:335](#).

²⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2000, *Pavel Pavlov y otros*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, apartado 75, [ECLI:EU:C:2000:428](#).

²⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de enero de 2002. C-218/00, *Cisal*, apartado 37, [ECLI:EU:C:2002:36](#), y Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2000, *Pavel Pavlov y otros*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, apartado 113, [ECLI:EU:C:2000:428](#).

Por su parte, también la jurisprudencia del TJUE ha definido como actividades de interés no económico las prerrogativas de poder público²⁶⁸ y ciertas actividades puramente sociales financiadas de forma solidaria, como el seguro obligatorio de salud²⁶⁹ o la enseñanza pública gratuita²⁷⁰.

Según VIDA FERNÁNDEZ, “los servicios públicos de solidaridad se articulan en sectores concretos como son la sanidad, la educación o la protección social, que presentan unas características muy singulares que los diferencian de los servicios económicos, ya que se trata de servicios prestados directamente a las personas y que son imprescindibles para el desarrollo vital de la ciudadanía. Esto es lo que motiva, precisamente, que el Estado garantice el acceso a estos servicios por parte de todos los ciudadanos, independientemente de su capacidad económica”²⁷¹.

Sin embargo, eso no significa que las actividades prestadas por entidades sin ánimo de lucro sean consideradas automáticamente como SIGNE, pudiendo ser consideradas actividades económicas, incluso cuando se han prestado en centros de acción social²⁷².

Este autor afirma que “ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha venido delimitando el alcance de estos servicios caso por caso, sin crear una regla general sobre si son aplicables o no las normas reguladoras del mercado interior y de competencia contempladas en el Tratado Fundacional de la Unión Europea. En dicha doctrina, no obstante, se establece que estos servicios pueden ser considerados actividades económicas o no según cumplan o no una función exclusivamente social, factor determinante para que queden excluidos de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 106 del Tratado respecto a la solidaridad y cohesión social”²⁷³.

²⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1987. *Comisión/Italia*, asunto C-118/85, apartado 7 y 8, [ECLI:EU:C:1987:283](#).

²⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2004. C-264/01, *AOK-Bundesverband y otros*, apartados 51-55 [ECLI:EU:C:2004:150](#).

²⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988. C-263/86, *Estado belga/Humbel y Ede*, apartado 18 [ECLI:EU:C:1988:451](#).

²⁷¹ VIDA FERNÁNDEZ, Jesús. “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”, *Op. Cit.*, p. 34.

²⁷² Véase la guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general y, en particular, a los servicios sociales de interés general, de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, de contrato públicos y de mercado interior 7.12.2010 SEC (2010)1545 final, apartado 3.1.7, 3.1.8 y 3.1.9.

²⁷³ VIDA FERNÁNDEZ, Jesús. “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”, *Op. Cit.*, p. 60.

Sin perjuicio de lo anterior, VIDA FERNÁNDEZ extrae de la jurisprudencia del TJUE unos criterios generales que permiten identificar cuándo no resultan de aplicación las normas sobre competencia en los SIGNE²⁷⁴.

En concreto, según dicho autor, no resultan de aplicación las normas sobre competencia cuando²⁷⁵:

- a) Se trata de actos de poder mediante los que se establece una ordenación específica de una determinada actividad; acto de poder normalmente ejercido por una autoridad pública que fija las condiciones de prestación de un servicio que no se establecería por el mercado de forma natural en condiciones de mercado.
- b) Los servicios deben cumplir una finalidad social contribuyendo a la realización de derechos fundamentales bajo los principios de universalidad e igualdad.
- c) Se aplica el principio de solidaridad nacional, esto es, se recibe el servicio sin importar la cotización o el pago. Por lo tanto, son actividades prestadas en interés público y sin ánimo de lucro.

Una vez sentado todo lo anterior, podemos afirmar que las instituciones comunitarias no solo reconocieron los SIG como servicios de mercado y no de mercado cuya prestación debe ser garantizada por los poderes públicos a través de la imposición de ciertas obligaciones de servicio público en los términos indicados en el apartado anterior, sino que, además, han venido distinguiendo entre SIEG y SIGNE en función de si se trata de servicios básicos que se prestan a cambio de una remuneración o de servicios de solidaridad no sometidos a las reglas de competencia, lo cual resulta fundamental en el ámbito de los servicios sociales públicos en los términos que detallaremos a continuación.

1.4. Los servicios sociales de interés general

En el ámbito de los servicios sociales, la Comisión Europea analizó su consideración como SIEG en el Libro Verde COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general, que como hemos dicho anteriormente, estableció que los SIEG son servicios que “las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público”, añadiendo que “abarcen un

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 93.

²⁷⁵ *Ibid.*

amplio espectro de actividades de diverso tipo -desde actividades propias de las grandes industrias de redes (energía, postales, transporte y telecomunicaciones) hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales- de dimensiones diversas y de diferente naturaleza, sometidas o no a la disciplina de mercado”²⁷⁶.

Posteriormente, la Comunicación COM (2004) 374 final, del Libro Blanco sobre los servicios de interés general, de 12 de mayo del 2004²⁷⁷, consagró los servicios sociales como SIEG al incluir en dicha categoría la protección social y sanitaria, reconociendo el interés general en los servicios sociales y sanitarios, englobando los cuidados de larga duración, la Seguridad Social, los servicios de empleo y la vivienda social, a los que reconoce estar basados en el principio de solidaridad, y el cumplimiento del objetivo comunitario de cohesión social y territorial²⁷⁸.

La categorización de estos servicios como SIEG por parte del Derecho comunitario supuso que su prestación se realice en un sistema de mercado y que resten sujetos a la aplicación del derecho de la competencia.

La Comunicación de la Comisión COM (2006) 177 final, de 26 de abril de 2006, sobre la aplicación del programa comunitario de Lisboa, servicios sociales de interés general en la Unión Europea²⁷⁹, estableció un régimen separado para los servicios sociales y sanitarios de interés general, sosteniendo que si bien este tipo de servicios no constituyen una categoría jurídica diferenciada dentro de los SIG, sí debe estar garantizada su universalidad, calidad y financiación por resultar fundamentales para la sociedad y economía de la Unión.

En dicha Comunicación se identifican dos grandes grupos de servicios sociales de interés general:

- a) Los sistemas legales y los sistemas complementarios de protección social, en sus diversas formas de organización (mutualidades o profesionales), que cubren los

²⁷⁶ Libro Verde COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C-76, de 25 de marzo de 2004.

²⁷⁷ Comunicación COM (2004) 374 final, del Libro Blanco sobre los servicios de interés general, de 12 de mayo del 2004. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. C-221, de 8 de septiembre de 2005.

²⁷⁸ ALGUACIL MARI, María Pilar. “El régimen de Ayudas de Estado en las Entidades sin ánimo de lucro prestadoras de servicios sociales”. *Revista de Derecho Financiero y Tributario Europeo*, núm. 297, 2009, p.78.

²⁷⁹ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0177:FIN:ES:PDF> (última consulta 30 de abril de 2025)

riesgos fundamentales de la vida, como los relacionados con la salud, la vejez, los accidentes laborales, el desempleo, la jubilación o la discapacidad.

- b) Los demás servicios esenciales prestados directamente a la persona que ejercen una función de prevención y de cohesión social, y aportan una ayuda personalizada para facilitar la inclusión de las personas en la sociedad y garantizar la realización de sus derechos fundamentales, como son los servicios que ofrecen ayuda a las personas para afrontar retos inmediatos de la vida o crisis (endeudamiento, desempleo, toxicomanía o ruptura familiar...), los que abarcan las actividades destinadas a asegurar que las personas posean las competencias necesarias para su inserción completa en la sociedad y en el mercado laboral, los que garantizan la inclusión de las personas con necesidades a largo plazo y los que ofrecen vivienda de protección oficial para ciudadanos desfavorecidos o grupos menos favorecidos socialmente.

Además, en dicha Comunicación, “la Comisión Europea asume el papel específico y diferenciado que desempeñan los servicios sociales en los Estados, caracterizados por el principio de solidaridad”, de forma que distingue entre las categorías de SIEG en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios, y SIGNE. De esta forma, los servicios sociales se clasifican entre servicios públicos económicos y no económicos, destacando dentro de esta última clasificación los sanitarios, los servicios de empleo, la vivienda social y los regímenes de seguridad social²⁸⁰.

Los SIGNE son servicios de solidaridad, cuya prestación se reserva a los Estados miembros, no estando sujetos a las reglas de la competencia al no tener carácter económico. Al respecto, hay que tener presente que, como hemos dicho anteriormente, existen ciertos servicios sanitarios o sociales que pueden conceptuarse también como servicios económicos, en cuyo caso se deberán prestar en concurrencia con el mercado, por lo que no siempre es fácil la distinción entre servicios sociales y económicos²⁸¹.

Los servicios públicos de solidaridad o SIGNE se articulan en sectores concretos como son la sanidad, la educación o la protección social, dado que presentan unas características muy singulares que los diferencian de los servicios económicos, ya que

²⁸⁰ LÓPEZ GACÍA, Casimiro. “Servicios de interés general y principio de competencia: del Tratado CEE de 1957 al Tratado de Lisboa de la Unión Europea de 2007”. *Op. Cit.*, p.262.

²⁸¹ Así, por ejemplo, aunque los servicios de asistencia sanitaria son un servicio de interés general no económico, por el contrario, el traslado de enfermos mediante ambulancia es un servicio de interés económico general (STJCE de 28 de octubre de 2001, c-475/199, *Glöckner*, [ECLI:EU:C:2001:577](#)).

se trata de servicios prestados directamente a las personas y que son imprescindibles para el desarrollo vital de la ciudadanía²⁸².

Los SIGNE carecen de interés económico para el mercado, si bien la falta de concurrencia de este interés puede variar en el tiempo, de forma que puede ser que en un servicio que en el pasado no hubiera otros proveedores y, por lo tanto, podía ser considerado de interés no económico, si con el tiempo hay proveedores con interés económico que pretenden actuar en ese servicio, el servicio pasaría a ser de interés económico, pudiendo también ocurrir a la inversa²⁸³.

Por su parte, también la jurisprudencia del TJUE ha definido como actividades de interés no económico ciertas actividades puramente sociales financiadas de forma solidaria, como el seguro obligatorio de salud²⁸⁴ o la enseñanza pública gratuita²⁸⁵.

Ha sido ese tribunal el que ha delimitado el alcance de estos servicios caso por caso, sin crear una regla general sobre si son aplicables o no las normas reguladoras del mercado interior y la competencia contempladas en el Tratado Fundacional de la Unión Europea²⁸⁶.

En dicha doctrina, no obstante, se establece que estos servicios pueden ser considerados actividades económicas o no según cumplan o no una función exclusivamente social, factor determinante para que queden excluidos de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 106 del Tratado Fundacional de la Unión Europea respecto a la solidaridad y cohesión social.

Como decíamos, si bien es necesario un análisis caso por caso, existe cierta caracterización de los SIGNE a través de la jurisprudencia comunitaria. El TJUE ha considerado como no económicas actividades de carácter puramente asistencial, dirigidas estrictamente a la protección social de personas, familias o grupos vulnerables, gestionadas directa o indirectamente por la Administración, financiadas con cargo a los

²⁸² VIDA FERNÁNDEZ, Jesús. “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”. *Op. Cit.*, p. 34.

²⁸³ FRESNAO, José Manuel y RAUCHBERGER, Cornelia. Estudio Tercer Sector y Provisión de Servicios. *Op. Cit.*, pp. 30-31.

²⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2004. (c-264/01) - *AOK-Bundesverband y otros*, apartados 51-55, [ECLI:EU:C:2004:150](#).

²⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988. (c-263/86), *Estado belga/Humbel y Edel*, apartado 18, [ECLI:EU:C:1988:451](#).

²⁸⁶ VIDA FERNÁNDEZ, Jesús. “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”. *Op. Cit.*, p. 60.

presupuestos públicos²⁸⁷ y bajo el objetivo de satisfacer los principios de cohesión social y solidaridad²⁸⁸.

En cambio, serían actividades económicas todas aquellas que consisten en la oferta en un mercado a cambio de una remuneración que actúa a modo de contrapartida por la prestación, y ello aun cuando tal remuneración no corra a cargo de los beneficiarios o usuarios del servicio, e incluso en los casos en que dichas actividades revistan los caracteres propios de una prestación social y se desarrollen por una entidad pública o por una organización sin ánimo de lucro²⁸⁹.

Sobre esa base, podrían considerarse servicios sociales de carácter no económico los incluidos en los Sistemas Públicos de Servicios Sociales autonómicos destinados a cubrir una necesidad de carácter vital, entendida ésta como la exigencia de contar con unas condiciones de existencia dignas en sus diferentes vertientes²⁹⁰.

Es decir, como ha definido VAQUER CABALLERÍA, aquellos destinados a cubrir una urgencia o exclusión social, riesgo o desamparo de menores y adultos, inseguridad, discapacidad o dependencia en todas sus manifestaciones, violencia doméstica o de género²⁹¹.

²⁸⁷ Así, la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 7 de diciembre de 1993, *Wirth*, asunto C-109/92 ([ECLI:EU:C:1993:916](#)), apartados 15 y 16, afirma que incluso cuando hubiera una contribución económica por parte de los beneficiarios del servicio podría entenderse que no existe remuneración del servicio dado que su importe sería siempre inferior al precio del servicio y no se dirigiría, en sentido estricto, a pagar la prestación que se recibe.

²⁸⁸ Así, la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 17 de febrero de 1993, *Poucet y Pistre*, asuntos C-159/91 y C-160/91, apartado 18 ([ECLI:EU:C:1993:63](#)), considera que unas entidades gestoras de un seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social desempeñan una actividad no económica, por basarse en el principio de solidaridad nacional, carecer de toda finalidad lucrativa y, además, por resultar las prestaciones independientes de la cuantía de las cotizaciones. En el mismo sentido también la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 22 de enero de 2002, *Cisal*, asunto C-218/00, apartados 44 a 46 ([ECLI:EU:C:2002:36](#)), y la STJCE de 17 de junio de 1997, *Sodemare*, asunto C-70/95, apartado 29 ([ECLI:EU:C:1997:301](#)).

²⁸⁹ Así, la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 2001, *Glöckner*, asunto C-475/99, [ECLI:EU:C:2001:577](#), apartado 20, considera como actividad económica el servicio de transporte urgente y de transporte de enfermos a cargo de una organización que carece de ánimo de lucro.

²⁹⁰ ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. “El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos”. *Revista IUS ET VERITAS*, núm. 62, año 2021, p. 23.

²⁹¹ VAQUER CABALLERÍA, Marcos. “De nuevo sobre la “doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los servicios sociales” y su aplicación en materia de vivienda”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, año 2010, p. 12.

Según ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, “[...] esas necesidades vitales de que se trata no deben poder ser satisfechas autónomamente por sus beneficiarios por falta de condiciones o de medios, procediendo, en consecuencia, su provisión por terceros (esencialmente, por la Administración o por entidades de iniciativa social), pero al margen de una remuneración o de cualquier otro interés lucrativo, pues aún en el caso de que los destinatarios lleguen a contribuir a la prestación, tal contribución sería insuficiente para cubrir su coste, encajando, por lo tanto, en un engranaje que responde prioritariamente al principio de solidaridad”²⁹².

Por otro lado, según esta misma autora, los servicios sociales se considerarán actividades económicas cuando “[...] la prestación que se ofrece, bien desde instancias públicas, bien desde el sector privado (lucrativo o no lucrativo), va dirigida a coadyuvar a los medios y recursos de los que el propio beneficiario dispone para hacer frente a su situación o, por supuesto, en los casos en que la prestación se obtiene a cambio de una remuneración”²⁹³.

De esta forma, se confirma que los servicios sociales pueden ser considerados SIEG o SIGNE en función de su naturaleza, el interés suscitado por el mercado y la concurrencia de razones de solidaridad en su prestación.

1.5. La exclusión de las normas sobre competencia y libre circulación en los servicios de interés general no económicos

La distinción entre servicios sociales económicos y no económicos no resulta baladí, pues de ello deriva el régimen jurídico aplicable. Así, los servicios sociales no económicos quedan excluidos de la aplicación de las normas generales sobre competencia y ayudas de Estado, y también de las vinculadas a la libre prestación de servicios y de libre establecimiento cuando se gestionen directamente por la Administración o indirectamente por encargo de esta y, en su caso, por una entidad de iniciativa social sin ánimo de lucro, excluyéndose también del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre

²⁹² ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. “El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos”. *Op. Cit.*, p. 21.

²⁹³ *Ibid.*

de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior²⁹⁴, como así se recoge en su artículo 2.2 (en adelante, “Directiva de Servicios”)²⁹⁵.

El Derecho comunitario ha reconocido a los servicios sociales como servicios públicos cuya prestación debe ser garantizada por los poderes públicos ya sea mediante su prestación directa o en régimen de colaboración con entidades privadas.

Sin embargo, la categorización de los servicios sociales como SIG no supone que no puedan ser considerados SIEG como actividades prestadas bajo una contraprestación económica y que, por lo tanto, como actividades sometidas a las reglas del libre mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, el Derecho comunitario ha admitido que algunos de estos servicios sociales sí carecen de interés para el mercado, constituyéndose como servicios generales de solidaridad cuya identificación debe realizarse caso por caso, pero que resultan relevantes para la correcta organización de la prestación de servicios sociales públicos.

En cuanto a las normas sobre competencia, la jurisprudencia del TJUE ha declarado de forma unánime y homogénea que resultan de aplicación en la prestación de SIEG. No obstante, en el caso de los SIGNE no existe tal homogeneidad, siendo de aplicación dicha normativa en función del caso concreto²⁹⁶.

Dicha excepción a la aplicación de las normas sobre competencia viene a encuadrarse, según VIDA FERNÁNDEZ, en aquellas actividades que se pueden identificar con “prerrogativas de poder público” y “actividades que desarrollan una actividad exclusivamente social”²⁹⁷.

De lo anterior, es posible extraer, de conformidad con la doctrina del TJUE recogida, entre otras, en las Sentencias de 17 de junio de 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl contra Regione Lombardia*, asunto C-70/95, y

²⁹⁴ Directiva de 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 376, de 27 de diciembre de 2006.

²⁹⁵ DOMINGUEZ MARTÍN, Mónica. Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público. Revista General de Derecho Administrativo, Iustel, núm. 50, año 2019, p.4.

²⁹⁶ VIDA FERNÁNDEZ, Jesús. “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”. *Op. Cit.*, p. 93.

²⁹⁷ *Ibid.*

de 28 de enero de 2016, *Conorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros contra Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea y Regione Piemonte*, asunto C-50/14²⁹⁸, que los SIGNE no están sujetos a las normas sobre competencia, de forma que, como indicábamos en el apartado 1.3 de este mismo capítulo, “estos servicios pueden ser considerados actividades económicas o no según cumplan o no una función exclusivamente social, factor determinante para que queden excluidos de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 106 del Tratado respecto a la solidaridad y cohesión social”²⁹⁹.

Aún más, en las referidas Sentencias *Sodemare* y *CASTA*, el TJUE admite que para los SIGNE, los Estados miembros pueden establecer restricciones a la libre competencia, siempre que con ello se contribuya a la consecución de una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria³⁰⁰.

De esta forma, a nuestro entender, no resultan de aplicación las normas sobre competencia cuando³⁰¹:

- a) Se trata de actos de poder mediante los que se establece una ordenación específica de una determinada actividad y que normalmente son ejercidos por una autoridad pública que fija las condiciones de prestación de un servicio que no se establecería por el mercado de forma natural en condiciones de mercado.
- b) Los servicios cumplan una finalidad social, contribuyendo a la realización de derechos fundamentales bajo los principios de universalidad e igualdad.

²⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl contra Regione Lombardia*, asunto C-70/95, apartados 32-35, [ECLI:EU:C:1997:301](#).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016, *Conorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros contra Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea y Regione Piemonte*, asunto C-50/14, apartados 56-65, [ECLI:EU:C:2016:56](#).

²⁹⁹ VIDA FERNÁNDEZ, Jesús. “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”. *Op. Cit.*, p. 93.

³⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl contra Regione Lombardia*, asunto C-70/95, apartados 32-35, [ECLI:EU:C:1997:301](#).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016, *Conorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros contra Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea y Regione Piemonte*, asunto C-50/14, apartados 56-65, [ECLI:EU:C:2016:56](#).

³⁰¹ VIDA FERNÁNDEZ, Jesús. “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”. *Op. Cit.*, p. 60.

- c) Se aplica el principio de solidaridad nacional, recibándose el servicio sin importar la cotización o el pago, tratándose de actividades prestadas en interés público y sin ánimo de lucro.

En relación con la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁰² (en adelante, “TFUE”) establece, como norma general, la prohibición de restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.

No obstante, el propio TFUE prevé las siguientes limitaciones a dichas prohibiciones³⁰³:

- a) límites relacionados con actividades vinculadas al ejercicio de poder público (artículo 51 TFUE), entendidas como actividades de ejercicio de la soberanía, exigiendo una participación directa en el poder público que se relación con el poder de coerción del Estado³⁰⁴.
- b) límites justificados por razón de orden público, seguridad y salud pública (artículo 52 TFUE)³⁰⁵;
- c) límites derivados de razones imperiosas de interés general (artículo 53 TFUE).

Según VIDA FERNÁNDEZ, las condiciones para su aplicación consisten en que se haga de manera no discriminatoria entre nacionales y extranjeros, que se justifiquen por una razón imperativa de interés general y que sean realmente necesarias para garantizar la realización de objetivo que persiguen³⁰⁶.

Es más, este autor añade que de la jurisprudencia se desprende que, si bien es una cuestión puramente casuística, se han apreciado dichas limitaciones para la protección del orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la

³⁰² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 115, de 9 de mayo de 2008.

³⁰³ VIDA FERNÁNDEZ, Jesús. “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”. *Op. Cit.*, p. 111.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 113.

³⁰⁵ Sentencias del TJUE de 11 de septiembre de 2008, *Comisión/Alemania*, C-141/07, apartados 46 y 51; de 2 de junio de 2010, *Blanco Pérez y Chao Góm*, apartados 43, 44, 68 y 90; y de 11 de junio de 2014, *Spezzino y otros*, apartado 56.

³⁰⁶ VIDA FERNÁNDEZ, Jesús. “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”. *Op. Cit.*, p. 116.

preservación del equilibrio financiero del régimen de la seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, y por motivos de política social y cultural³⁰⁷.

Asimismo, en relación con la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios, la Directiva de Servicios regula el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo la facultad de los Estados miembros de definir lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y cómo deben financiarse dichos servicios (artículo 1).

Sin embargo, la propia Directiva de Servicios establece limitaciones a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. Por un lado, en su artículo 2, prevé la exclusión general de los SIGNE y, por otro, la exclusión específica del ámbito de la Directiva de los servicios sociales.

En concreto, el artículo 2 establece que ciertos servicios sociales quedan excluidos del ámbito de la Directiva por considerar que se trata de servicios especialmente sensibles cuya regulación debe recaer en los propios Estados para la satisfacción directa del interés general. Se trata de los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado.

Atendiendo a cuando se ha indicado, es posible concluir que la prestación de servicios públicos como SIG se ha configurado como un valor intrínseco a la propia Unión que debe ser garantizado por las instituciones comunitarias y sus Estados miembros, debiendo distinguir entre SIEG y SIGNE, en función de si se trata de servicios básicos que se prestan a cambio de una remuneración o de servicios de solidaridad, permitiendo estos últimos la aplicación de limitaciones a las normas sobre competencia, libertad de establecimiento y libre circulación de servicios en el mercado interior.

³⁰⁷ *Ibid.*

2. Los modelos de gestión de los servicios públicos

En el apartado anterior del presente capítulo nos hemos referido a los servicios sociales como servicios públicos cuya prestación compete a las Administraciones públicas con el fin de asegurar el acceso a dichos servicios por parte de la ciudadanía.

Sin embargo, que la prestación de estos servicios competa a las Administraciones públicas por su condición de servicios públicos (SIG en la terminología comunitaria) no significa que deban ser siempre prestados de forma directa por parte de las Administraciones con sus propios medios.

Es decir, la catalogación de determinados servicios como públicos no obsta para que puedan prestarse por la iniciativa privada a través de instrumentos de colaboración público-privada. Sobre esa premisa, podemos afirmar que la gestión de servicios públicos puede realizarse a través de dos modalidades: por un lado, la gestión directa y, por otro, la gestión indirecta.

Por gestión directa se ha venido entendiendo la prestación de servicios públicos cuando la Administración, por si o por persona interpuesta, presta el servicio, normalmente con medios propios, asumiendo el riesgo y ventura de la actividad, y ejerciendo de modo exclusivo todos los poderes de decisión y de gestión. Dicha gestión directa incluye tanto la prestada por la propia Administración a través de sus órganos administrativos y con medios propios, lo que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014³⁰⁸ (en adelante, “LCSP”) ha denominado medios propios no personificados, o mediante entidades personificadas, organismo autónomo, entidad pública empresarial o sociedad pública.

Según VILLAR ROJAS, “la gestión directa de servicios públicos consiste en su prestación con medios materiales y personales propios de la Administración competente, y ello, con independencia de la forma jurídica que se adopte, personificada o no, pública o privada”³⁰⁹.

³⁰⁸ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Boletín Oficial del Estado núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.

³⁰⁹ VILLAR ROJAS, Francisco José. “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”. *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, año 2005, p. 397.

A contrario, la gestión indirecta se da cuando la Administración encomienda la prestación a un tercero, que aporta todos o parte de los medios necesarios, trasladándole el riesgo y ventura y los poderes de decisión sobre el servicio; sin perjuicio de ostentar siempre los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio público.

Dicha prestación puede articularse mediante contratos públicos, mediante fórmulas no contractuales, acción concertada y a través de convenios de prestación conjunta de servicios públicos.

VILLAR ROJAS define la gestión indirecta de servicios públicos como “[...] aquella que se realiza con medios ajenos, mediante contrato, o, como dice la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuando se encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio de competencia administrativa con independencia de la modalidad elegida”³¹⁰.

Para que pueda darse la gestión indirecta de un servicio público, debe existir un mínimo contenido económico que lo haga susceptible de explotación por una entidad privada y, a su vez, que no se trate del ejercicio de una potestad pública³¹¹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su Auto núm. 138/1987, de 5 de febrero, cuestión de inconstitucionalidad núm. 1130/1986, avaló la gestión indirecta de los servicios públicos, admitiendo que esa fórmula no era impedimento para que un servicio público fuera gestionado por la iniciativa privada en colaboración con las administraciones públicas³¹².

Según CARAZA CRISTÍN, la gestión indirecta debe basarse “[...] en la consecución de una mayor eficacia, eficiencia, rentabilidad, sostenibilidad financiera y calidad en la prestación del servicio”³¹³.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 399.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Auto del Tribunal Constitucional núm. 138/1987, de 5 de febrero, cuestión de inconstitucionalidad 1130/1986, [ECLI:ES:TC:1987:138A](#).

³¹³ CARAZA CRISTÍN, María del Mar. *El singular modelo de gestión de los servicios sociales en Andalucía: el concierto social*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2020, p. 49.

Todas las normas autonómicas de servicios sociales regulan la colaboración privada en la prestación de servicios sociales “[...] dedicando un espacio importante a un objetivo básico de la acción social: promover, apoyar y cuidar las iniciativas de índole social de entidades, grupos y organizaciones privadas sin ánimo de lucro”³¹⁴.

A los efectos que aquí nos ocupan, nos centraremos en las cuestiones vinculadas a la gestión indirecta, puesto que en el ámbito de los servicios sociales ha sido un modelo tradicionalmente muy extendido debido a que muchas de las prestaciones que configuran los actuales sistemas públicos de servicios sociales fueron inicialmente gestionadas por parte de la propia social civil, ya fuera a título individual o a través de distintos colectivos y entidades.

En relación con esta cuestión, y aunque la Unión Europea ha declarado su neutralidad respecto a las distintas formas de prestación de los servicios públicos, el ordenamiento comunitario ha tendido a promover la colaboración pública-privada como elemento que permite la vertebración social y el impulso a un mejor crecimiento económico, con respeto a las reglas del derecho de la competencia, entendiendo que mediante una adecuada tensión competitiva se tiende a conseguir una mejor eficiencia y calidad de las distintas actividades económicas³¹⁵.

Como ha reconocido GIMENO FELIU, “ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con la gestión directa o mediante su encargo a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro”³¹⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, la normativa reguladora de la contratación pública se ha consagrado como el marco regulador de las modalidades de prestación de servicios públicos. En este sentido, para comprender cuál ha sido la reciente evolución de las modalidades de gestión de servicios públicos y su instrumentalización, conviene empezar haciendo referencia a la anterior normativa sobre contratación pública.

³¹⁴ VILLAR ROJAS, Francisco José. “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”. *Op. Cit.*, p. 396.

³¹⁵ GIMENO FELIU, José María. “La Colaboración Público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Op. Cit.*, p. 13

³¹⁶ *Ibid.*

El artículo 275 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre³¹⁷ (en adelante, “TRLCSPP”), normativa derogada por la vigente Ley de Contratos del Sector Público, establecía lo siguiente para la definición del ámbito del contrato:

“Artículo 275. Ámbito del contrato.

1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

2. El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial.”

Por su parte, el artículo 277 preveía las distintas modalidades de contratación en los siguientes términos:

“Artículo 277. Modalidades de la contratación.

La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

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

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

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

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

Dichas modalidades estaban reguladas en el propio TRLCSPP.

En concreto, el artículo 277 del TRLCSPP establecía que la concesión supone que el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura.

³¹⁷ Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Boletín oficial del Estado núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.

De ahí GIEURE LE CARESSANT extrae que los principios de la concesión se basan en “la existencia de un empresario como agente privado colaborador de la Administración, para la gestión de un servicio público bajo un régimen de riesgo y ventura para el contratista”³¹⁸.

Por su parte, SOSA WAGNER sostiene que “la concesión de servicio público es aquella que transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio público, asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad concedida”³¹⁹.

Para BALLESTEROS FERNÁNDEZ, “la concesión de servicio público es aquel título que otorga la administración competente y en virtud del cual un particular puede llegar a actuar por derecho propio en otras de las actividades originalmente reservadas a la administración”³²⁰.

Sobre esa base, GIEURE LE CARESSANT define la concesión de servicio público como el contrato mediante el que una “[...] Administración pública competente otorga a una tercera persona física o jurídica la prestación de servicio, de su competencia, otorgando al mismo amplios poderes de gestión y explotándose el mismo a su riesgo y ventura”³²¹.

Por su parte, GIMENO FELIU lo entiende como “[...] una herramienta para consolidar determinadas políticas públicas que exigen de un socio privado que coadyuve en la satisfacción del interés general”³²².

La colaboración público-privada no ha comportado, al menos de forma necesaria, una privatización de los servicios públicos, aunque se trata de un instrumento jurídico para movilizar las inversiones privadas y el *savoir faire* industrial y técnico del sector

³¹⁸ GIEURE LE CARESSANT, Javier. “Gestión indirecta: concesión de servicios” en CARBONERO GALLARDO, José Miguel. *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*. Madrid: Ed. La Ley, 2010, p. 503.

³¹⁹ SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Ed. Thomson-Civitas, 2008, p. 220.

³²⁰ BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel. *Manual de gestión de servicios públicos locales*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos, 2005, p. 332.

³²¹ GIEURE LE CARESSANT, Javier. “Gestión indirecta: concesión de servicios”. *Op. Cit.*, p. 503.

³²² GIMENO FELIU, José María. “El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado” Las novedades de la Ley 9/2017, de contratos del sector público”. *El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, núm. 74, p. 13.

privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la economía³²³.

En cuanto a la gestión interesada, el artículo 253.b) del TRLCSP la definía como negocio jurídico en el que la Administración y el empresario participan en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. Por su parte, SOSA WAGNER la define como “[...] aquella forma de gestión de un servicio público en la que el gestor, comprometido en la prestación del servicio público, cuenta, de un lado, con la colaboración de la Administración y, de otro, con una remuneración mínima en forma de interesamiento, que se concreta en una cláusula en virtud de la cual, cuando se producen beneficios por encima del mínimo asegurado, se atribuye al gestor una parte de ellos con el objeto de prestar más eficazmente el servicio”³²⁴.

Por lo tanto, se trata de una figura contractual para la gestión de servicios públicos donde se pactan con el contratista unos beneficios en función de la explotación del servicio, garantizando una retribución, de manera que no se desarrolla la prestación a riesgo y ventura, al quedar garantizada la cobertura de gastos de inversión y explotación³²⁵.

En cuanto al concierto, el artículo 277.c) del TRLCSP lo definía como la modalidad de contrato con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyan el servicio público de que se trate, siendo utilizado, según aclara el artículo 181 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre³²⁶, en aquellos supuestos en los que para el desarrollo o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tengan análogo contenido al del respectivo servicio.

De esta manera, podemos afirmar que el concierto es un contrato administrativo típico de servicio público para gestionar indirectamente un servicio público donde el contratista, que está prestando ya la actividad objeto del contrato, desarrolla su actividad sin riesgo y ventura³²⁷.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. *Op. Cit.*, p. 220.

³²⁵ GIEURE LE CARESSANT, Javier. “Gestión indirecta: gestión interesada”. *Op. Cit.*, p. 604.

³²⁶ Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Boletín Oficial del Estado núm. 257, de 26 de octubre de 2001.

³²⁷ *Ibid.*

Por su parte, las sociedades de economía mixta de servicio público son, en los términos definidos en el artículo 277 del TRLCSP, sociedades mercantiles participadas por una entidad pública y una sociedad mercantil privada, sometidas esencialmente al derecho privado pero también a importantes determinaciones de derecho administrativo debido a que parte de su capital pertenece a un socio público y que su finalidad es la prestación de un servicio público³²⁸.

En definitiva, la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta han sido las instituciones jurídicas a través de las cuales tradicionalmente se han instrumentalizado los contratos de gestión de servicios públicos.

Sin embargo, con la aprobación de la vigente LCSP se produjo una importante modificación de las modalidades de instrumentalización de la gestión indirecta. La propia exposición de motivos de la LCSP se refiere a la desaparición del contrato de gestión de servicio público y, con ella, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. En el lugar del contrato de gestión de servicio público en la LCSP surgió el contrato de concesión de servicios, que se añade a la concesión de obras, introduciendo la necesidad de que en dichos contratos de concesión se produzca la transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario.

De esta forma, según la nueva regulación de la vigente LCSP, si el riesgo operacional lo asume el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.

Además, la vigente LCSP suprime la figura del contrato de colaboración público-privada, como consecuencia de su escasa utilidad práctica.

Sobre esa base, el artículo 284 de la LCSP establece lo siguiente:

“Artículo 284. Ámbito del contrato de concesión de servicios.

1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso

³²⁸ GUIMERANS RUBIO, Juan Manuel. “Gestión indirecta: sociedad de economía mixta” en CARBONERO GALLARDO, José Miguel. *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*. Madrid: Ed. La Ley, 2010, p. 626.

podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

2. [...]”

Tal y como hemos puesto de manifiesto, la vigente LCSP ha limitado las fórmulas de gestión indirecta contractuales a los contratos de servicios y de concesión de servicios ya que supuso la supresión del contrato de gestión de servicios públicos y sus formas de instrumentalización (concesión, concierto y gestión interesada), articulando en su artículo 312 que los contratos que conlleven prestaciones directas en favor de la ciudadanía se prestarán en la modalidad de concesión de servicios, contrato de servicios ordinario –a la Administración- y contrato de servicios con prestaciones a usuarios.

Y ello, a pesar de que, como ha reconocido DARNACULLETA GARDELLA, el concierto era una fórmula contractual especialmente utilizada en el ámbito de la prestación de servicios a las personas³²⁹.

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

El artículo 17 de la LCSP definió los contratos de servicios como aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, no pudiendo implicar ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Por su parte, el artículo 284 de la LCSP estableció la posibilidad de que la Administración canalice a través de este tipo de contrato la gestión indirecta de los servicios públicos de su titularidad o competencia.

³²⁹ DARNACULLETA GARDELLA, M^a. Mercè. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2022, p. 104.

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucedía antes, con la LCSP la gestión de un servicio público deja de ser un elemento determinante para identificar una concesión administrativa de servicios en la medida en que, como hemos dicho, el TRLCSP establecía que la propia gestión de un servicio público ya determinaba que nos encontráramos ante un contrato de gestión de servicio público en su modalidad de concesión, siendo ahora lo determinante la asunción del riesgo operacional por parte del contratista³³⁰.

A la vista de lo anterior podríamos decir que, tras la aprobación de la LCSP, se ha producido una simplificación de los instrumentos contractuales reguladores de la colaboración público-privada para la prestación de servicios públicos.

Sin embargo, la gestión indirecta de servicios públicos no se agota a través de las vías contractuales previstas en la LCSP, pues existen otras modalidades de gestión indirecta no contractuales en relación con la prestación de servicios sociales³³¹. El artículo 11 de la LCSP indica lo siguiente:

“Artículo 11. Otros negocios o contratos excluidos.

[...]

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

Así las cosas, es posible concluir que los servicios públicos pueden ser gestionados de forma directa o indirecta, siendo en este último caso instrumentalizados por la vía contractual, a través de contratos de servicios o de concesión de servicio o, por otro lado, mediante instrumentos no contractuales.

Atendiendo a lo anterior, en el capítulo IV incidiremos en el análisis de la gestión indirecta de los servicios públicos mediante instrumentos contractuales y no contractuales.

³³⁰ FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. “El contrato de concesión de servicios. Un instrumento público prestacional en evolución”. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 64, 2022, p. 124.

³³¹ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica y CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017, de contratos del sector público. *Op. Cit.* p. 201.

3. La colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales

En la prestación de servicios sociales existen tres agentes relevantes: el sector público, el sector privado y el TSAS, siendo este último un protagonista creciente durante las últimas décadas del siglo XX debido a “[...] su progresiva institucionalización en las últimas tres décadas como un sector relativamente cohesionado favorecido a su vez por un contexto de redimensionamiento del Estado de bienestar y de los servicios sociales, por la revitalización de la sociedad civil y el creciente peso del voluntariado, y por el reconocimiento de su papel en la provisión de bienestar social en las sucesivas legislaciones estatales, autonómicas y municipales”³³².

Sin embargo, en lugar de una auténtica colaboración entre dichos agentes, lo cierto es que ha existido cierta dicotomía respecto a cuáles deben ser los colaboradores prioritarios para las Administraciones públicas en la prestación de servicios sociales.

En el apartado anterior hemos indicado que, en la prestación de servicios sociales, el ordenamiento comunitario ha tendido a promover la colaboración pública-privada como elemento que permita la vertebración social y el impulso a un mejor crecimiento económico, siendo los instrumentos de carácter contractual los que han venido sufriendo una mayor expansión en los primeros años de este siglo.

En el ámbito de la contratación pública existe una tensión entre empresas con fines lucrativos y entidades del TSAS, que se resuelve a favor de las entidades mercantiles con fines lucrativos ante su mayor posibilidad de realizar ofertas económicas más bajas (siendo este todavía un criterio de adjudicación muy relevante) y la poca utilización de cláusulas sociales de discriminación positiva³³³.

Y ello pone de manifiesto que es evidente que la gran competencia entre sector lucrativo y entidades del TSAS en el ámbito de la contratación pública, en cuya adjudicación suele terminar predominando la oferta económica sobre la propuesta técnica o sobre los elementos de ámbito social; competencia que también se da en la

³³² MARBÁN GALLEGU, Vicente. “El papel del tercer sector en la atención a la dependencia” en PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel y LÓPEZ SUÁREZ, Marcos. *El Tratamiento jurídico civil de la dependencia*. La Coruña: Ed. Universidade da Coruña, 2008, p. 90.

³³³ DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo; GARCÍA CAMPÁ, Santiago y MANCHA SAN ESTEBAN, Luis. “La relación entre el Tercer Sector de Acción Social y las Administraciones Públicas. Una comparativa autonómica”. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 103, 2021, p. 86.

concertación social en aquellos territorios donde no se protege a las entidades sin fines lucrativos³³⁴.

3.1. La participación de entidades del TSAS en la prestación de servicios sociales públicos en régimen de colaboración público-privada

En el Capítulo primero nos hemos referido a cómo el desarrollo del Estado de bienestar y la transición democrática española contribuyeron al surgimiento de la sociedad civil organizada en el ámbito social y cultural.

Dicho surgimiento de la sociedad civil organizada a partir de la mitad de la década de los sesenta del siglo pasado y la consolidación normativa de la prestación y desarrollo de servicios públicos en la Constitución y de los servicios sociales a través de las normas aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas contribuyó al surgimiento del TSAS, que inicialmente era cualitativamente importante aunque cuantitativamente discreto por la pretensión o expectativa que fuera el sistema público el que sufragara las necesidades de asistencia social³³⁵, hasta que en la década de los ochenta se produjo una expansión del movimiento asociativo, virando hacia una actividad más profesionalizada y prestacional³³⁶.

El surgimiento y expansión del TSAS se vio potenciado, además, por las limitaciones del sector público para dar respuesta a necesidades sociales en el ámbito de la inserción e igualdad social, por el excedente de tiempo libre que proporcionó el Estado de bienestar y que propició el voluntariado y la participación social, así como por los límites de la democracia representativa para articular y representar los intereses y demandas sociales³³⁷.

³³⁴ Ibid., pp. 90-91.

³³⁵ MARBÁN GALLEGU, Vicente y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Estado de bienestar y tercer sector social en España. El estado de la investigación social”. *Op. Cit.*, p. 120.

³³⁶ MARBÁN GALLEGU, Vicente. “Tercer sector, estado de bienestar y política social”. *Op. Cit.*, p. 157.

³³⁷ MARBÁN GALLEGU, Vicente y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Estado de bienestar y tercer sector social en España. El estado de la investigación social”. *Op. Cit.*, pp. 122-123.

En esta etapa se produjo, como decíamos, una expansión del Estado de bienestar y una transformación de los movimientos sociales en organizaciones de diferente tipo, tanto para defender derechos civiles como para prestar servicios bajo un prisma mutualista o en colaboración con los poderes públicos³³⁸.

Como ya hemos señalado en el Capítulo primero, entre finales del siglo XX y principios del siglo XXI se produjo la consolidación del TSAS con mayor visibilidad y un aumento de su tamaño, con más estructura y cohesión entre las asociaciones, ganando presencia social en la prestación de servicios sociales públicos bajo modelos de gestión indirecta³³⁹.

De esta forma, durante el presente siglo se ha producido una reinstitucionalización del TSAS a través del crecimiento de las organizaciones, su profesionalización y su articulación orgánica a través de redes, federaciones y otras fórmulas de representatividad colectiva³⁴⁰.

Por ello, las entidades que constituyen el TSAS, en tanto organizaciones regidas por el principio de solidaridad, han gozado de un papel fundamental como agentes colaboradores con la Administración en la prestación de los servicios a las personas, no sólo por la mejora continua en la atención a las personas beneficiarias, sino por la calidad de los recursos que ofertan, asegurando una respuesta eficaz a la satisfacción de las necesidades sociales y la garantía de una atención personalizada e integral³⁴¹.

En este contexto, el desarrollo del Estado de bienestar comportó la universalización de los servicios sociales como derecho subjetivo, siendo el TSAS un agente esencial en dicho reconocimiento³⁴². No obstante, este escenario varió a partir de la crisis económica

³³⁸ *Ibid.*, p. 199.

³³⁹ MARBÁN GALLEGU, Vicente. “Tercer sector, estado de bienestar y política social”. *Op. Cit.*, p. 158.

³⁴⁰ MARBÁN GALLEGU, Vicente y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Estado de bienestar y tercer sector social en España. El estado de la investigación social”. *Op. Cit.*, p. 124.

³⁴¹ MARTÍN EGAÑA, Arantza. “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha*, núm. 25, año 2021, p. 38.

³⁴² MARBÁN GALLEGU, Vicente. “Tercer sector, estado de bienestar y política social”. *Op. Cit.*, p. 158.

y financiera de 2008, pues a partir de ese momento se produjo un recorte en la inversión y en la tasa de reposición de medios humanos y materiales³⁴³.

En cuanto a qué debe entenderse por TSAS, podemos referenciar la definición de MARBÁN GALLEGO, en los siguientes términos:

“La propia denominación residual de Tercer Sector es una buena carta de presentación para definir a un sector altamente entrópico conceptual y organizativamente. El Tercer Sector es un concepto nuclearmente nítido y periféricamente confuso ya que, si bien existe un amplio acuerdo sobre la inclusión dentro del mismo de las asociaciones y fundaciones como formas jurídicas sin afán de lucro que persiguen fines de interés general (educativos, sociales, culturales, deportivos, ambientales, etc.), de las denominadas como “Entidades Singulares” (Cruz Roja, Cáritas, ONCE) (Rodríguez Cabrero y Montserrat, 1996), o de las Cooperativas, Mutualidades y Sociedades Laborales, no ocurre lo mismo con otro tipo de entidades que suelen incluirse, no con pocas reticencias, como son las Fundaciones vinculadas a Bancos o Cajas de Ahorro. El caso de la Obra Social de las Cajas de Ahorro es igualmente paradigmático. Aunque por lo general suele incluirse dentro del Tercer Sector, no son pocas las dudas que suscita”³⁴⁴.

Por su parte, ARNÁEZ ARCE lo define como “el conjunto de organizaciones de base privada y de participación voluntaria, dotadas de personalidad jurídica propia, con capacidad de autogobierno que están formalmente organizadas y que no tienen ánimo de lucro, o lo que es lo mismo, no aspiran al reparto entre sus miembros de los beneficios generados por su actividad y que tienen capacidad para autogobernarse y gestionarse de forma independiente”³⁴⁵.

Sobre esa base, dicha autora sostiene que es “[...] el espacio intermedio que existe entre la gestión y la prestación pública de los servicios sociales y las sociedades mercantiles” fruto de “[...] la transición y evolución de los sujetos económicos hacia la incorporación de valores tales como la mutualidad económica, la gratuidad, la ausencia de intereses particulares y el ánimo de lucro”³⁴⁶.

³⁴³ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Op. Cit., p. 57.

³⁴⁴ MARBÁN GALLEGO, Vicente. “El papel del tercer sector en la atención a la dependencia”. Op. Cit., p. 90.

³⁴⁵ ARNÁEZ ARCE, Vega María. “El fomento del cooperativismo a través de la compra pública sostenible”. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 133, año 2020, p. 7.

³⁴⁶ ARNÁEZ ARCE, Vega María. *El reto de la gestión sostenible de los servicios públicos. Participación ciudadana y fomento de la iniciativa social*. Madrid: Ed. Dykinson, 2023, p. 47.

De este modo, el TSAS, que en su génesis se ha relacionado con la beneficencia religiosa, debe distinguirse de las entidades de la economía social, más ligadas históricamente al cooperativismo y mutualismo obrero, así como al asociacionismo popular, más enfocado a ser un contrapeso o contrapoder a la empresa capitalista, a la que opone la democracia interna y un sistema de reparto de beneficios que no es función del capital invertido sino de criterios sociales variables. El TSAS, por su parte, está relacionado con la producción de no mercado, como sistema reactivo o paliativo ante los efectos de la desigualdad del mercado y las limitaciones redistributivas del Estado³⁴⁷.

En este contexto, se promulgó la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social³⁴⁸, que define las entidades del TSAS como organizaciones de carácter privado que surgen de la iniciativa ciudadana o social y que responden a criterios de solidaridad y de participación social, que persiguen fines de interés general y que carecen de ánimo de lucro. Su objetivo es impulsar el reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles, así como de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión social³⁴⁹.

Por su parte, el TJUE ha definido el TSAS como el conjunto de organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar funciones sociales, carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación³⁵⁰.

GÓMEZ ÁLVAREZ define el TSAS como “[...] aquel conjunto de entidades en activo cuya estructura se caracteriza por poseer una organización formal; de carácter, naturaleza y origen privado; sin ánimo de lucro; dotadas de autogobierno; con un interés general o colectivo; de carácter altruista y voluntario; de libre adhesión; que produce

³⁴⁷ MARBÁN GALLEGU, Vicente y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Sistemas mixtos de protección social. El tercer sector en la producción de bienestar”. *Presupuesto y Gasto Público* núm. 71, 2013, p. 62.

³⁴⁸ Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, Boletín Oficial del Estado núm. 243, de 10 de octubre de 2015.

³⁴⁹ ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. “El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos”. *Op. Cit.*, p. 29.

³⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2019, *Falk Rettungsdienste*, asunto C-465/17, [ECLI:EU:C:2019:234](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0465).

bienes y sobre todo servicios sin contraprestación o con una inferior al coste; y donde el beneficio económico no es utilizado como principal medida de eficiencia”³⁵¹.

Por su parte, el Observatorio del Tercer Sector de Bizkaia lo ha definido como “[...] aquel compuesto por el conjunto de iniciativas formalizadas en activo de la sociedad civil, con autonomía de gestión e independencia de carácter no lucrativo y por norma general voluntario, y que orientan su actividad a la intervención social en sentido amplio, lo cual implica que tienen por finalidad la mejora del entorno social desde campos muy variados que desarrollan su actividad en y desde un territorio en concreto”³⁵².

Históricamente, el TSAS ha tenido un papel relevante en la prestación de servicios sociales, detectando necesidades sociales y exigiendo la prestación pública de servicios de atención a determinados colectivos, para lo que propone modelos alternativos de sociedad, fomenta el debate, adelanta propuestas innovadoras, suple carencias sociales, protege la calidad de vida de sectores de población más desfavorecidos, aporta voces diferentes y actúa como grupo de presión³⁵³.

No hay duda, por lo tanto, de que las entidades sin ánimo de lucro vienen realizando un papel fundamental en la gestión de este tipo de prestaciones, tanto por su enorme aportación de recursos humanos, económicos y materiales, como por su amplia experiencia, contribuyendo, de esta forma, a la mejora continua de la atención especializada a las personas usuarias³⁵⁴.

Tanto es así que, en muchas ocasiones, el TSAS ha sido el único apoyo para la prestación de servicios a determinados colectivos³⁵⁵ dado que ha prestado servicios que daban respuesta a necesidades emergentes o ámbitos de necesidad que no estaban en el foco de las Administraciones públicas³⁵⁶.

³⁵¹ GÓMEZ ÁLVAREZ, Juan Jesús. Economía social y Tercer Sector. *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 141, año 2022, p. 8.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ MUYOR RODRIGUEZ, Jesús. “La prestación de servicios sociales públicos en España: vías para el emprendimiento desde lo local”. *Revista Equidad y Desarrollo*, núm. 31, 2018, pp.136-137.

³⁵⁴ MARTÍN EGAÑA, Arantza. “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”. *Op. Cit.*, p. 19.

³⁵⁵ MARBÁN GALLEGU, Vicente. “El papel del tercer sector en la atención a la dependencia”. *Op. Cit.*, p. 90.

³⁵⁶ JARAÍZ ARROYO, Germán. “El Tercer Sector de Acción Social como prestador de servicios”. *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 38, 2018, p. 95.

La prestación de servicios para el TSAS ha tenido vocación de trascendencia, de forma que no se limita a la propia prestación de un servicio, sino que ha pretendido incorporar “[...] contenidos como la sensibilización sobre problemáticas y necesidades, el desarrollo de estilos de cercanía, la incorporación natural de recursos no convencionales, la capacidad para innovar. Este conjunto de factores ha venido reconociendo una especie de referente genuino en la prestación de servicios acogido en la máxima calidad con calidez”³⁵⁷.

El ordenamiento jurídico ha recurrido con continuidad a la inclusión de mecanismos de colaboración del TSAS en la prestación de servicios sociales distintos de las subvenciones: contratos, convenios y acuerdos de colaboración³⁵⁸.

Aunque el grado de participación de las entidades del TSAS ha sido distinto en cada Comunidad Autónoma, lo cierto es que en todas ellas existe un modelo de *welfare mix*³⁵⁹ con una tendencia común de incremento progresivo de la participación del sector lucrativo que “[...] ha venido ganando peso en la gestión de servicios sociales públicos mediante fórmulas de contratación, sobre todo en servicios especializados para colectivos concretos (residencias de mayores, centros de día, centros de menores, etc.), en los cuales existe mayor margen de beneficio”³⁶⁰.

En relación con esta cuestión, de acuerdo con DÍAZ VELÁZQUEZ, GARCÍA CAMPÁ y MANCHA SAN ESTEBAN, debemos identificar al menos tres cuestiones clave a la hora de analizar la cooperación económica que se establece entre las Administraciones autonómicas y el TSAS para la prestación de servicios sociales:

- 1) Las formas de colaboración financiera público-privada, predominantes en cada Comunidad Autónoma. Aunque la subvención sigue siendo un instrumento de financiación muy extendido, el concierto social “[...] mejora la financiación y estabilidad de las entidades para el desarrollo de su actividad [...]” lo que

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo; GARCÍA CAMPÁ, Santiago y MANCHA SAN ESTEBAN, Luis. “La relación entre el Tercer Sector de Acción Social y las Administraciones Públicas. Una comparativa autonómica”. *Op. Cit.*, p. 85.

³⁵⁹ Entendido por parte de HERRERA GÓMEZ, en esencia, como la compatibilidad de la asistencia social entre el servicio público asistencial y la participación de la iniciativa privada en su prestación (HERRERA GÓMEZ, Manuel. “Las políticas sociales en el welfare mix”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 96, 2001, pp. 73-75).

³⁶⁰ DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo; GARCÍA CAMPÁ, Santiago y MANCHA SAN ESTEBAN, Luis. “La relación entre el Tercer Sector de Acción Social y las Administraciones Públicas. Una comparativa autonómica”. *Op. Cit.*, p.88.

favorece al TSAS al propiciar “[...] una continuidad y estabilidad en la prestación, si bien las subvenciones puedan seguir financiando proyectos innovadores o que atiendan realidades emergentes”³⁶¹.

- 2) El papel y el peso de la oferta privada lucrativa.
- 3) La influencia de la descentralización de las subvenciones del 0,7% del IRPF en la financiación del TSAS.

A pesar de que estos elementos han influido en el peso del TSAS en cada Comunidad Autónoma en la prestación de servicios sociales, podemos afirmar que, en general, ha sido un agente protagonista en la prestación de servicios sociales públicos en régimen de colaboración con las Administraciones públicas, recogiendo la tradición histórica asistencial de la iniciativa privada sin fines lucrativos a pesar de que, como detallaremos a continuación, dicho papel se está viendo perjudicado por el creciente interés de la iniciativa privada de fines lucrativas en la intervención en el mercado de los servicios sociales públicos.

3.2. La participación de la iniciativa privada de carácter lucrativo en la prestación de servicios sociales públicos

El grado de participación de la iniciativa privada con fines lucrativos en la prestación de servicios sociales públicos varía en función del tipo de servicios y el colectivo al que se le presta, dependiendo de la rentabilidad y las expectativas de lucro, así como de la Comunidad Autónoma de que se trate.

Como decíamos, es habitual que, de inicio, cuando surge la necesidad de atención social, sea el TSAS el que ofrezca una respuesta asistencial, hasta que el servicio ha adquirido rentabilidad económica, momento en el que se inicia la participación del sector lucrativo.

Así, como indican DÍAZ VELÁZQUEZ, GARCÍA CAMPÁ y MANCHA SAN ESTEBAN, “en los ámbitos con menor potencial de lucro, los que no son tan deseables y en los que no tienen una capacidad de demanda los usuarios finales, son predominantes las entidades del tercer sector de acción social”³⁶².

³⁶¹ *Ibid.*, p.88.

³⁶² *Ibid.*, pp. 90-91.

Así, la penetración del sector mercantil es diferente según los colectivos a los que se atiende, siendo más relevante en atención a mayores y menos en el caso de la discapacidad, dado que eluden el riesgo y la poca rentabilidad³⁶³.

Dicha participación del sector lucrativo se ve muy condicionada por “la fortaleza del tercer sector en un determinado territorio, su organización en entidades de segundo o tercer nivel y el arraigo histórico en la colaboración con las Administraciones públicas para la prestación de servicios sociales como en Cataluña o el País Vasco y, por supuesto, la orientación política y económica de los gobiernos autonómicos, si bien lo cierto es que la presencia del sector lucrativo crece año a año”³⁶⁴.

Esta participación de la iniciativa lucrativa en la prestación de servicios sociales parte de una alta dependencia económica de las entidades del TSAS de la financiación pública. Sin embargo, el peso de la financiación pública ha disminuido entre el período de crisis y postcrisis, del 61,3% en 2008 al 41,4% en 2018³⁶⁵.

Al mismo tiempo, debemos poner de manifiesto la dependencia de las Administraciones públicas de las entidades del TSAS para atender a necesidades sociales de determinados colectivos vulnerables o en riesgo de exclusión, pasando a ser prestados por entidades mercantiles con fines lucrativos cuando dichos servicios empiezan a tener rentabilidad económica³⁶⁶.

Pues bien, esa lucha entre TSAS y entidades con fines lucrativos se ha recrudecido en los últimos años, por ejemplo, en el ámbito de la legislación reguladora de la concertación social a cuenta de la posibilidad de reconocer formalmente el papel preferencial del TSAS como prestador de servicios o dotarle de una legitimidad como interlocutor válido con la Administración³⁶⁷.

De hecho, todas las Comunidades Autónomas se encuentran en un momento de evolución en el ámbito de la colaboración entre las Administraciones públicas y las entidades del TSAS, con el objetivo de pasar desde un modelo de financiación más

³⁶³ PÉREZ YRUELA, Manuel; NAVARRO ARDOY, Luis. El tercer sector de acción social en España. Situación y retos en un contexto de crisis. *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 23, año 2013, p. 17.

³⁶⁴ DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo; GARCÍA CAMPÁ, Santiago y MANCHA SAN ESTEBAN, Luis. “La relación entre el Tercer Sector de Acción Social y las Administraciones Públicas. Una comparativa autonómica”. *Op. Cit.*, pp. 90-91,

³⁶⁵ *Ibid.*, p.103.

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ *Ibid.*

discrecional basado en convenios y subvenciones nominativas a una financiación más racional, transparente y no discriminatoria a través de conciertos, contratos públicos y subvenciones en concurrencia competitiva. Esta evolución está comportando que en todas las Comunidades Autónomas crezca el peso del mercado en la prestación de servicios sociales³⁶⁸.

De esta forma, aunque en el momento de surgimiento de una nueva necesidad ha sido el TSAS el agente encargado de su prestación inicial, cuando esta se ha conseguido rentabilizar económicamente ha sido cuando ha despertado el interés de los agentes con finalidad lucrativa³⁶⁹.

Otro elemento clave de la participación del sector lucrativo es la fortaleza del TSAS en el territorio, así como su organización en entidades de segundo y tercer nivel, su arraigo histórico y las relaciones de colaboración con el sector público consolidadas³⁷⁰.

Asistimos, por lo tanto, a un aumento de la participación de la iniciativa con finalidad lucrativa, existiendo gran competencia con el TSAS en el ámbito de la contratación pública, lo que comporta una creciente profesionalización del TSAS ante su recurrente pérdida de participación, por resultar económicamente poco competitivos frente al sector de ámbito lucrativo³⁷¹.

A nuestro entender, la creciente participación del sector privado lucrativo en la prestación de los servicios sociales públicos está condicionando, sin duda, los modelos de gestión indirecta de dichos servicios y las condiciones de su prestación, de forma que los valores tradicionalmente defendidos por el TSAS se están viendo arrinconados durante los últimos años.

4. Recapitulación

En capítulos anteriores hemos hecho referencia a cuál ha sido la evolución histórica de la participación de la iniciativa privada en la prestación de servicios sociales, así como la naturaleza jurídica y la regulación de dicha prestación en nuestro ordenamiento jurídico.

³⁶⁸ *Ibid.*, p.104.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 90.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 91.

³⁷¹ *Ibid.*

Para completar la contextualización y estado de situación de la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública resultaba necesario hacer referencia también a la regulación de los servicios sociales como servicios públicos y el actual grado de participación de la iniciativa privada con y sin ánimo de lucro en la prestación de dichos servicios.

La regulación comunitaria de los servicios públicos, denominados SIG en el ámbito comunitario, es una pieza clave de la actual concepción jurídica de los servicios públicos. Así, estos servicios están institucionalizados en la legislación comunitaria como servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general.

No obstante, resulta relevante referir que dichos SIG se encuentran categorizados entre SIEG y SIGNE, entendidos, por un lado, como aquellos sujetos a las normas europeas de competencia y mercado interior por su relevancia económica y remuneración y, por otro lado, como servicios de solidaridad no sujetos a las reglas de la competencia y a la libre circulación de servicios al no tener estos servicios carácter económico.

En particular, en el ámbito de los servicios sociales tienen especial relevancia los SIGNE, puesto que muchos de ellos carecen de interés económico para el mercado, siendo servicios prestados en un contexto no de mercado, dado que no existe interés en su ejecución debido a la ausencia de rentabilidad económica.

Lo anterior resulta relevante para comprender cómo se ha organizado tradicionalmente la prestación de servicios sociales en España, que como servicios públicos han experimentado un crecimiento exponencial a medida que se extendía el Estado de bienestar. Así, como norma general, se ha optado por un sistema de gestión indirecta a través de la colaboración público-privada, en la que la iniciativa privada sin ánimo de lucro ha sido un agente protagonista.

Por su parte, y de acuerdo con el contenido del TFUE, aunque la Unión Europea ha declarado su neutralidad respecto a las distintas formas de prestación de los servicios públicos, el ordenamiento comunitario ha tendido a promover la colaboración pública-privada como elemento que permite la vertebración social y el impulso a un mejor crecimiento económico, siendo los instrumentos de carácter contractual los que han sufrido una mayor expansión en los primeros años de este siglo.

En concreto, ha sido habitual que la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales fuera protagonizada por entidades sin ánimo de lucro dado que estas han sido agentes que habitualmente han ofrecido una respuesta a situaciones asistenciales sin rentabilidad económica o ante nuevas necesidades acaecidas tras un episodio de emergencia social.

Sin embargo, en los últimos años se ha producido un cambio en la forma tradicional de prestación de los servicios públicos. En parte, fruto de la crisis económica y financiera de nivel mundial acaecida a partir del año 2008, que comportó un paro en el desarrollo del Estado del bienestar y en la ampliación de los servicios públicos garantizados en el ámbito de los servicios sociales, pero también por cierta mercantilización en la configuración de la gestión indirecta, de forma que se ha tendido a expandir la contratación pública para la selección de los agentes prestadores de los servicios públicos, de tal forma que el papel protagonista de las entidades sin ánimo de lucro ha disminuido fruto de su poca competitividad en términos económicos frente a las entidades mercantilizadas.

Atendiendo a cuanto hemos expuesto a lo largo del presente capítulo, puede apreciarse como en los últimos años existe una tendencia de cambio en relación con los agentes protagonistas en la prestación de los servicios sociales que se traduce en un escenario totalmente distinto respecto al modelo que ha sido constante y persistente a lo largo de la historia.

De esta forma, si bien la iniciativa privada sigue siendo esencial en la prestación de servicios sociales a través de las vías de colaboración público-privada, la variación se produce en la caracterización de esa iniciativa privada, pues, aunque tradicionalmente ha sido en términos de solidaridad, esto es, no lucrativa, en los últimos años se ha incrementado el interés comercial en la prestación de dichos servicios por parte de operadores de mercado en búsqueda de rentabilidad económica.

Dicha evolución se explica, al menos en parte, por la propia configuración de nuestro ordenamiento jurídico, con gran expansión de las normas de contratación pública como vía de regulación de la gestión indirecta de estos servicios públicos, especialmente por la influencia de la regulación comunitaria.

Sin embargo, y a pesar de que la legislación comunitaria ha reconocido los servicios públicos como elemento esencial e integrante de los valores comunitarios, también ha sostenido la diferenciación entre los servicios públicos de mercado y los de solidaridad, aplicando las normas de la libre competencia o no, según el caso, y reconociendo la

libertad de los Estados miembros para regular las formas de prestación de los servicios públicos.

En este sentido, la expansión de la contratación como vía de la gestión indirecta de estos servicios ha supuesto una relevante progresión de las entidades lucrativas frente a las de carácter no lucrativo, dado que estas últimas no son competitivas frente a las condiciones de solvencia económica de las primeras que les permite realizar ofertas económicas más agresivas.

De continuar la expansión de este modelo puede producirse un total arrinconamiento del sector no lucrativo en la prestación de servicios sociales, lo que sin duda puede suponer un perjuicio en relación con la garantía de servicios sociales públicos carentes de rentabilidad económica y, por lo tanto, de interés para el sector lucrativo, pero fundamentales en términos asistenciales.

No obstante, debe tenerse presente que, como tendremos oportunidad de exponer más detalladamente en los siguientes capítulos, existen vías de gestión indirecta distintas a las contractuales que pueden revertir la situación u ofrecer nuevas oportunidades a las entidades del TSAS.

Atendiendo a lo anterior, nos parece oportuno finalizar esta primera parte de la tesis haciendo una reflexión final en relación con la contextualización y estado actual de la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública: la actual configuración normativa de la prestación de los servicios sociales públicos ofrece oportunidades para asegurar el mantenimiento del papel de las entidades del TSAS como agente relevante y necesario para la completa configuración de un sistema de servicios sociales que ofrezca la vertiente asistencial que requiere la ciudadanía en conjunción con el papel de las distintas Administraciones públicas participes en la actividad administrativa prestacional.

**Segunda parte: Las vías no contractuales como alternativa
para la prestación de servicios sociales públicos**

Capítulo IV: Los modelos de gestión indirecta de los servicios sociales de responsabilidad pública

1. Los modelos específicos de gestión en la prestación de servicios públicos a las personas: contratos e instrumentos no contractuales

A lo largo de los capítulos que conforman la primera parte de esta tesis hemos analizado el contexto, la regulación, el estado actual de la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales y el papel del TSAS en relación con estas cuestiones.

En el capítulo anterior hemos analizado cómo la normativa comunitaria promueve los modelos de gestión indirecta para la prestación de servicios públicos, recogiendo someramente los distintos instrumentos o negocios jurídicos que componen la gestión indirecta, siendo instrumentalizada, en esencia, por vías contractuales.

En este punto, conviene vincular ambas cuestiones y analizar de forma pormenorizada los modelos específicos de gestión para la prestación de servicios a las personas y, en concreto, en la provisión de servicios sociales de responsabilidad pública.

Los servicios a las personas tienen unas características intrínsecas que hacen que los procedimientos generales regulados en la normativa de contratación pública resulten, como norma general, inadecuados para la ordenación de su prestación, de tal forma que los modelos tradicionales de gestión de servicios públicos no resultan óptimos para la prestación de estos servicios, especialmente si se basan en modelos sometidos a la normativa de contratación pública³⁷².

De hecho, en el ámbito comunitario su régimen de prestación varía mucho de un Estado miembro a otro en función de sus circunstancias históricas, sociales o culturales, de forma que es necesario que la normativa otorgue cierta libertad a los Estados miembros para regular la prestación de estos servicios³⁷³.

En esta línea, DOMÍNGUEZ MARTÍN y CHINCHILLA PEINADO sostienen que es posible admitir que existe una “[...] indiferencia del Derecho de la Unión Europea frente a la elección por los Estados miembros de la forma de gestión de los servicios públicos”, lo que supone que los Estados miembros pueden organizar sus servicios, tanto de interés económico general como servicios no económicos de interés general,

³⁷² BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “La contratación de los servicios a las personas” en GAMERO CASADO, Eduardo y GALLEGÓ CÓRCOLES, Isabel, *Tratado de contratos del sector público*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018, p. 2797.

³⁷³ *Ibid.*

para gestionarlos directamente o externalizarlos, aunque siempre bajo el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y libre circulación³⁷⁴.

En el ámbito de los servicios sociales, aunque el modelo europeo de prestación de estos servicios de interés general ha optado por la colaboración público-privada como elemento que permita la vertebración social y el impulso de un mejor crecimiento económico, no se han ordenado de forma prioritaria como actividades económicas, por lo que no les son aplicables los principios vinculados a la libertad de establecimiento y a la prestación de servicios, ni las reglas sobre competencia y ayudas públicas³⁷⁵.

De hecho, lo cierto es que parte de dichos servicios se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública.

A este respecto, debe traerse a colación el contenido de los Considerandos 5 a 7 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE sobre contratación pública³⁷⁶ (en adelante, “Directiva de Contratación”), en los que específicamente se indica lo siguiente:

“(5) Debe recordarse que ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva. Ha de quedar excluida la prestación de servicios basada en disposiciones legales o administrativas, o contratos de trabajo. En algunos Estados miembros, puede ser el caso, por ejemplo, de determinados servicios administrativos y estatales, como los servicios ejecutivos y legislativos, o la prestación de determinados servicios a la comunidad, como los servicios de asuntos exteriores o de justicia, o los servicios obligatorios de la seguridad social.

(6) Conviene recordar asimismo que la presente Directiva no ha de afectar a la legislación en materia de seguridad social de los Estados miembros. Tampoco debe tratar la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas, ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios. Ha de recordarse también que los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o de cualquier

³⁷⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica y CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017, de contratos del sector público. *Op. Cit.*, p. 199.

³⁷⁵ GIMENO FELIÚ, José María. *Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la ley de contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios locales*. Barcelona: El Consultor de los Ayuntamientos, 2018, p. 1.

³⁷⁶ Directiva 2004/18/CE sobre contratación pública. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 94, de 26 de febrero de 2014.

otro servicio, como los servicios postales, los servicios de interés económico general o los servicios no económicos de interés general, o una combinación de ambos. Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva.

(7) Por último, cabe recordar que la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales de definir, con arreglo al Derecho de la Unión, servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio que ha de prestarse, incluida cualquier condición relativa a la calidad del servicio, con objeto de perseguir sus objetivos de política general. La presente Directiva también debe entenderse sin perjuicio de la facultad de las autoridades nacionales, regionales y locales de establecer, encargar y financiar servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del TFUE y el Protocolo no 26 sobre los servicios de interés general anejo al TFUE y al Tratado de la Unión Europea (TUE). Por otra parte, la presente Directiva no trata la financiación de servicios de interés económico general ni los sistemas de ayuda concedida por los Estados miembros, en particular en el ámbito social, de conformidad con las normas de la Unión en materia de competencia.”

De lo anterior podemos extraer las conclusiones que exponemos a continuación.

En primer lugar, no se impone la necesidad de subcontratación o externalización de servicios, esto es, de que se presten en modalidad de gestión indirecta.

En segundo lugar, la prestación de servicios en la modalidad de gestión indirecta, mediante la colaboración público-privada, puede realizarse mediante contratos públicos o mediante otras vías no contractuales, siempre bajo los parámetros del Derecho de la Unión.

En tercer lugar, los Estados miembros tienen libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios, tanto los SIEG como los SIGNE, quedando estos últimos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Contratación.

Asimismo, cabe añadir que, en relación con los servicios sociales, el Considerando 114 de la Directiva de Contratación recoge tanto la posibilidad de establecer un régimen de contratación particular para los servicios sociales, dado su limitado interés transfronterizo, como la facultad de los Estados miembros de establecer la prestación de estos servicios por vías no contractuales³⁷⁷.

³⁷⁷ BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “La contratación de los servicios a las personas” *Op. Cit.*, p. 2797.

Concretamente, el referido Considerando 114 lo prescribe en los términos siguientes:

“(114) Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios.

Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos.

Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social. Al determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo no 26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar ello también puede suponer basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”

Sobre esa base, existe una convivencia entre la gestión directa e indirecta de esos servicios; gestión indirecta que puede ser, en línea con lo establecido en la Directiva de Contratación, mediante la ordenación a través de la contratación pública, o mediante vías no contractuales.

En el caso de España, existe también una clara libertad para regular la prestación de estos servicios.

A este respecto, el principio de eficacia del artículo 103 de la CE no impone una determinada forma de gestionar estos servicios³⁷⁸.

En la misma línea, en el Preámbulo de la LCSP se indica lo siguiente:

“Por otra parte, debe señalarse que los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”

Además, la Disposición adicional cuadragésima novena de la LCSP reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.

En cuanto a la legislación autonómica, algunas disposiciones normativas autonómicas reservan determinados servicios sociales a la gestión directa por parte de la propia Administración pública. A título de ejemplo, puede citarse la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales de Cantabria³⁷⁹, la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales de Euskadi³⁸⁰, Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de

³⁷⁸ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Op. Cit., pp. 247-248.

³⁷⁹ El artículo 54 indica que se gestionarán directamente por la Administración “los servicios de evaluación, valoración y orientación diagnóstica especializadas, la gestión de las prestaciones económicas garantizadas en la Cartera de Servicios y los servicios de adopción nacional e internacional, sin perjuicio del establecimiento de fórmulas de colaboración con entidades del sector público autonómico”.

³⁸⁰ El artículo 60.2 indica que se gestionarán directamente por la Administración “las prestaciones de primera acogida de las demandas, así como las directamente asociadas a la coordinación de caso como procedimiento básico de intervención, en particular la valoración, el diagnóstico y la orientación, serán siempre de gestión pública directa, tanto en el ámbito de la atención primaria como en el de la atención secundaria”.

servicios sociales de Castilla-La Mancha³⁸¹ o la Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales de Canarias³⁸².

Otras normas autonómicas, sin embargo, prevén la participación de la iniciativa privada en la prestación de servicios sociales públicos. Por ejemplo, la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales de Cantabria, la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia, la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León, o la Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura, en cuyos artículos 54, 32, 89 y 10 se establece, respectivamente, la participación de la iniciativa privada en la prestación de servicios sociales públicos.

Por consiguiente, podemos concluir que no solo nos encontramos con una diversidad de modelos en la gestión y prestación de servicios sociales públicos, existiendo una convivencia entre la gestión directa e indirecta en función de los servicios concretos que se vayan a prestar, sino que además, dentro de la gestión indirecta, se produce una absoluta libertad para que los Estados miembros y, en definitiva, las Administraciones públicas, escojan la vía para su gestión y prestación, incluso de forma ajena a la regulación de la contratación pública.

³⁸¹ El artículo 41 indica que se gestionarán directamente por la Administración “las necesidades de las personas para el acceso a cualquiera de las prestaciones recogidas en esta Ley o en su normativa de desarrollo; aquellas prestaciones que permitan la elaboración del Plan de Atención Social que corresponda; así como aquellas necesarias para la valoración y reconocimiento del grado y nivel de dependencia, del grado de discapacidad y de las situaciones de riesgo o desprotección de menores. b) Prestaciones económicas: la gestión de la Renta Básica, Emergencia Social, las prestaciones complementarias y las prestaciones económicas vinculadas a la autonomía y atención a la dependencia. c) Actuaciones: la planificación, el Registro de Centros y Entidades de Servicios Sociales, las autorizaciones administrativas, la inspección, la definición de los procesos calidad y cualquier otra relacionada con el ejercicio de las competencias de control y supervisión sobre el conjunto de los servicios sociales en la región”.

³⁸² El artículo 60.2 indica que se gestionarán directamente por la Administración “los servicios de información, evaluación, valoración, orientación y diagnóstico especializados, así como la gestión de las prestaciones previstas en el catálogo de servicios y prestaciones. 2. En todo caso, serán de gestión directa de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias los servicios de adopción nacional e internacional, la inspección, el registro de entidades, centros y servicios sociales y todas aquellas actuaciones que supongan ejercicio de autoridad”.

2. La prestación de servicios públicos a las personas bajo un régimen contractual: compra pública estratégica y configuración de un régimen específico y diferenciado

Una vez sentada la premisa de la existencia de plena libertad para que los Estados miembros escojan entre la gestión directa o indirecta y, en este último caso, entre modelos contractuales y no contractuales para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública, procede ahora hacer hincapié en analizar de forma pormenorizada cuál es la configuración actual de la prestación pública de servicios a las personas a través de modelos de gestión indirecta de naturaleza contractual.

Como indica BERNAL BLAY, “la prestación de servicios a las personas puede organizarse como un régimen de gestión directa, o bien a través de fórmulas de gestión indirecta, de entre las cuales, la gestión contractual es la más extendida, si bien no la única”³⁸³.

Esa relevancia de la contratación pública es la que justifica que deba analizarse también el régimen contractual de prestación de servicios a las personas.

En el caso de los servicios sociales esa tendencia consistente en la preponderancia de las vías contractuales para la prestación de estos servicios no es distinta, si bien bajo un régimen específico y diferenciado frente a otros servicios públicos; régimen que se puede instrumentalizar tanto a través de vías contractuales como no contractuales.

Para comprender la regulación específica de la prestación de servicios sociales a través de contratos públicos, conviene hacer referencia al concepto de compra pública estratégica, así como a la regulación normativa de dicha prestación en la ordenación de la contratación pública en los términos que expondremos a continuación.

2.1. El concepto de compra pública estratégica en el Derecho comunitario

La compra pública estratégica o socialmente responsable es una cuestión relevante para comprender cómo se configura la prestación de los servicios sociales públicos a través de la colaboración público-privada con entidades de naturaleza privada. Es decir, si bien es una concepción que incide sobre la compra pública en general, resulta ahora importante en el caso específico de la prestación pública de servicios sociales como un

³⁸³ BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “La contratación de los servicios a las personas”. *Op Cit.*, p. 2796.

elemento que impacta en cómo se articula la gestión indirecta de estos servicios en el ámbito contractual.

El concepto de compra pública estratégica o socialmente responsable ha sido definido por distintos autores.

Según PARDO LÓPEZ “el tradicional modelo de las compras públicas, entendido como una mera forma del abastecimiento al menor coste, ha ido evolucionando hasta adoptar un cariz estratégico que ahora impregna todo el *iter* contractual”³⁸⁴.

De esta forma, sigue diciendo dicha autora, la contratación pública “[...] constituye un instrumento para fomentar la consecución de objetivos sociales, medioambientales o relacionados con la innovación”³⁸⁵.

Para RAZQUIN LIZARRAGA “[...] se trata de hacer el mejor uso estratégico de la contratación con la finalidad de conseguir objetivos sociales, ambientales o de innovación; en definitiva, objetivos comunes de interés general”³⁸⁶.

Según DUQUE BOTERO, este concepto se puede entender como un mecanismo que permite “[...] introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, con el fin de adecuar la contratación pública a los nuevos requerimientos éticos y sociales”³⁸⁷.

Por su parte, GARRÁN DÍAZ definió la contratación socialmente responsable o contratación pública estratégica como la contratación que “[...] trata de reducir el impacto que en el entorno causa de forma amplia el sector público, y ser un motor que impulse a la innovación. Ambas entienden que adoptar estas medidas reporta importantes ventajas económicas, que se traducen en una mayor eficiencia en la utilización de recursos y un significativo ahorro de sus costes de funcionamiento”³⁸⁸.

³⁸⁴ PARDO LÓPEZ, María. *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos*. Pamplona: Aranzadi, 2019, p.63.

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María. *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 2017, p.79.

³⁸⁷ DUQUE BOTERO, David. *Contratación Pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*. Valencia: Ed. Tirant, 2018, p. 138.

³⁸⁸ GARRÁN DÍAZ, Julián. *El Contrato Social de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. 48, año 2018, p. 275.

Los orígenes de la contratación pública estratégica se encuentran en el Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea de 29 de mayo de 1997, en el que ya se afirmaba que la oferta más beneficiosa debería acomodarse a requerimientos sociales y responder a aspectos que, si bien no resultaban más económicos, en términos pecuniarios, sí podían representar un mayor beneficio para los gobiernos³⁸⁹.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2022, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, antes *Stagecoach Finland Oy Ab* contra *Helsingin kaupunki* y *HKL-Bussiliikene*, asunto C-513/99, determinó que el principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con el medio ambiente, avalando la valoración de las externalidades positivas de la oferta para la adjudicación del contrato³⁹⁰.

Desde un punto de vista sustantivo o material, MORENO MOLINA entiende que, a través de la contratación pública socialmente responsable o la contratación pública estratégica de carácter social, las autoridades públicas pueden promover “[...] oportunidades de empleo, trabajos dignos, inclusión social, accesibilidad, diseño para todos, comercio justo, el cumplimiento de los derechos laborales y sociales de los trabajadores, la más amplia aplicación de las normas sociales, así como compromisos voluntarios más exigentes en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas. Estas actuaciones permiten influir en el mercado e incentivar a las empresas a desarrollar una gestión socialmente responsable, por una parte, de manera directa mediante los bienes y servicios concretos que se adquieren, e, igualmente, por vía indirecta a través del ejemplo de las Administraciones públicas”³⁹¹.

Para ello, DUQUE BOTERO sostiene que las cláusulas sociales, ambientales y de innovación, son “el instrumento más poderoso con el que cuentan las Administraciones para promover el desarrollo sostenible, siempre y cuando su redacción permita garantizar las dinámicas de la libre competencia y limite las cláusulas discriminatorias”³⁹².

³⁸⁹ DUQUE BOTERO, David. *Contratación Pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*. Op. Cit., p. 125.

³⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2022, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, antes *Stagecoach Finland Oy Ab* contra *Helsingin kaupunki* y *HKL-Bussiliikene*, asunto C-513/99, [ECLI:EU:C:2022:495](https://eur-lex.europa.eu/eli/tyj/2022/495).

³⁹¹ MORENO MOLINA, José Antonio. *Compra pública socialmente responsable: la inclusión de personas con discapacidad*. Madrid: Ed. Tirant, 2022, p. 27.

³⁹² DUQUE BOTERO, David. *Contratación Pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*. Op. Cit., p. 124.

Por su parte, ARNÁEZ ARCE, entiende estas cláusulas como una herramienta para “[...] convertir la contratación pública en uno de los motores generadores del bienestar general de los ciudadanos y de la sostenibilidad”³⁹³, añadiendo que es “[...] una palanca de progreso social y ambiental [...] como nueva forma de intervención dentro de la actividad de fomento de la Administración”³⁹⁴.

En esa misma línea, se interpreta la Directiva de Contratación, que dispone, de acuerdo con las directrices de la Estrategia Europa 2020, la obligación de evaluar, dentro de la oferta, aspectos sociales, ambientales y competitivos.

Así, el Considerando 2 de la Directiva de Contratación, establece:

“La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, siendo uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos, facilitando la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública y permitiendo que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.”

Sobre esa base, el artículo 1.3 de la LCSP institucionalizó la regulación de la compra pública socialmente responsable en la normativa de contratación pública, en la que se prevé la incorporación de estas políticas secundarias a lo largo de distintas fases del procedimiento de contratación, desde la preparación del contrato, la definición de su objeto y el diseño de las especificaciones técnicas, pasando por la selección cualitativa de licitadores, los criterios de adjudicación del contrato y las condiciones especiales de ejecución³⁹⁵.

Por lo tanto, podríamos decir que la compra pública estratégica o socialmente responsable pretende valorar las externalidades positivas en el aprovisionamiento de las Administraciones y entidades públicas, considerando en la selección del proveedor no solo los aspectos vinculados al precio o características técnicas de la prestación, sino también sus efectos sobre la sociedad, el medio ambiente o la innovación.

³⁹³ ARNÁEZ ARCE, Vega María. “El fomento del cooperativismo a través de la compra pública sostenible”. *Op. cit.*, p. 5.

³⁹⁴ ARNÁEZ ARCE, Vega María. *El reto de la gestión sostenible de los servicios públicos. Participación ciudadana y fomento de la iniciativa social*. *Op. cit.*, p. 111.

³⁹⁵ PARDO LÓPEZ, María. *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos*. *Op. Cit.*, p.65.

Esta perspectiva debe ser considerada un principio general de la contratación pública de carácter esencial, como se desprende de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2020, *Tim SpA — Direzione e coordinamento Vivendi SA y Consip SpA, Ministero dell Economia e delle Finanze*, que considera que los requisitos sociales y ambientales constituyen, en la configuración general de la Directiva de Contratación, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros en virtud del propio tenor literal del artículo 18, apartado 2, de la misma norma³⁹⁶.

En definitiva, podemos concluir que la compra pública estratégica incide en el diseño del aprovisionamiento general de las entidades del sector público y, en mayor medida, en la prestación de servicios sociales públicos a través de la colaboración con la iniciativa privada. Al ser un elemento que otorga mayor importancia a las externalidades positivas de la contratación pública, puede beneficiar al TSAS como entidades que favorecen la prestación de los servicios sociales públicos en términos de solidaridad y universalidad y no de mercado.

2.2. La prestación de servicios a las personas en la normativa reguladora de la contratación pública comunitaria y estatal

La normativa comunitaria permite que los Estados miembros puedan diseñar un régimen legal *ad hoc* para la provisión de los servicios a las personas mediante sistemas singulares de contratación pública, la reserva de contratos e, incluso, permitiendo los acuerdos de adjudicación directa³⁹⁷.

En concreto, como hemos indicado en apartados anteriores del presente capítulo, la Directiva de Contratación, en su Considerando 114, establece que los servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada, prestándose en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro debido a las diferentes tradiciones culturales, por lo que debe establecerse un régimen específico para los

³⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2020, *Tim SpA — Direzione e coordinamento Vivendi SA y Consip SpA, Ministero dell Economia e delle Finanze*, asunto C-395/18, apartado 38, [ECLI:EU:C:2020:58](#).

³⁹⁷ Véase MARTÍN EGAÑA, Arantza. “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha*, núm. 25, año 2021, pp. 35-36; y GIMENO FELIU, José María. *Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la ley de contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios locales*. Barcelona: El Consultor de los Ayuntamientos, 2018, p. 1.

contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios.

Sin embargo, eso no significa que exista una libertad absoluta para regular la contratación de estos servicios. Como recuerda VAZQUEZ MATILLA “la Directiva 2014/24/UE no configura un régimen que dote de libertad ilimitada de elección sobre la utilización de fórmulas contractuales y no contractuales, sino que establece por un lado, la libertad de los Estados para organizar cómo presta estos servicios y por otro lado, los requisitos que tendrían que reunir las fórmulas contractuales, diseñando un régimen simplificado, y no contractuales, permitiéndolo cuando se garanticen los principios de igualdad de trato y transparencia”³⁹⁸.

Como decíamos, todo ello se ha materializado a través de la configuración de un régimen específico para la contratación de estos servicios mediante (i) un sistema singular de contratación pública, (ii) la reserva de contratos públicos y (iii) los instrumentos de adjudicación directa.

Los principios que justifican y articulan este régimen específico se basan en la calidad, profesionalización, solidaridad y cohesión social, al entenderse que estos servicios, dado que se destinan directamente a la ciudadanía, deben priorizar estos principios, lo que permite cierta flexibilización de la normativa general de contratación pública en su beneficio.

Así, GIMENO FELIU entiende que “la Comisión de la Unión Europea ha intervenido de forma activa en el fenómeno y establecimiento de un marco jurídico de la colaboración público-privada para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, buscando en esta fórmula el menor impacto en las cuentas públicas, así como la participación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos. En el ámbito sanitario esta colaboración, bien diseñada, y siempre desde la lógica del carácter público del modelo, puede aportar mejoras en la prestación del servicio y mayor eficiencia (al no existir ánimo de lucro). En estos casos nos encontramos ante cierta «publicación» de la actividad privada al servicio del interés general”³⁹⁹.

³⁹⁸ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier. “La regulación de las prestaciones a las personas en las directivas sobre contratación pública”. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 158, 2018.

³⁹⁹ GIMENO FELIU, José María. “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”. *Op. Cit.*, p. 40.

Según este autor, tal régimen debe prestarse bajo “[...] criterios vinculados a la mejor calidad de la prestación desde la perspectiva del ciudadano, donde el precio, *per se*, debe tener poca incidencia. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación”⁴⁰⁰.

a) El sistema singular de contratación pública para la prestación de servicios a las personas

La Directiva de Contratación establece un régimen de contratación particular para los servicios sociales y otros servicios específicos.

En concreto, en su artículo 76 se establece que los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables a la contratación de estos servicios, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión, así como la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación.

En este sentido, y en consonancia con el referido régimen singular para la contratación de servicios sociales, la LCSP establece un régimen específico para estos servicios que, si bien no está sistematizado como un régimen distinto al régimen ordinario, sí es posible dilucidar, a lo largo de su articulado, distintas excepciones aplicables a la contratación de estos servicios⁴⁰¹.

Según CARAZA CRISTÍN, “la singularidad de estas prestaciones, de eminente trascendencia social, explica que la LCSP admita el establecimiento de normas “distintas” de contratación pública en los ámbitos sanitarios y de servicios sociales”⁴⁰².

En concreto, la Disposición Adicional cuadragésimo séptima de la LCSP establece que en los contratos de carácter social, sanitario o educativo, se garantizará por parte de los órganos de contratación la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad,

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ DOMINGUEZ MARTÍN, Mónica. Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público. *Op. Cit.*, p.4.

⁴⁰² CARAZA CRISTÍN, María del Mar. *El singular modelo de gestión de los servicios sociales en Andalucía: el concierto social*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2020, p. 64.

la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, así como las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio, de tal forma que los criterios de adjudicación se pueden referir a aspectos como la experiencia del personal adscrito en la prestación de estos servicios para colectivos desfavorecidos, la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta o el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios.

Además, este régimen diferenciado se determina en el artículo 22 de la LCSP, que establece umbrales específicos de sujeción a la regulación armonizada para los servicios sociales y los servicios incluidos en el Anexo IV; en el artículo 107, que establece una posible exención de la constitución de la garantía definitiva; en el artículo 145, que exige que el precio no pueda ser el único criterio de adjudicación en la licitación de estos servicios; en el artículo 167, que habilita el procedimiento negociado para estos servicios; o en el propio Anexo IV, relativo a los servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1.c), 135.5 y la disposición adicional trigésima sexta.

b) La reserva de contratos públicos

El artículo 77 de la Directiva de Contratación permite que los Estados miembros reserven a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de servicios sociales, culturales y de salud⁴⁰³.

Sobre esa base, la Disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP prevé que los órganos de contratación de los poderes adjudicadores podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud, debiendo cumplir todas y cada una de las condiciones siguientes⁴⁰⁴:

⁴⁰³ GIMENO FELIU, José María. “La Colaboración Público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Op. Cit.*, p. 24.

⁴⁰⁴ En concreto, los contratos cuyo código CPV sea alguno de los siguientes: 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

- a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público.
- b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.
- c) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.
- d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

Por lo tanto, esta reserva se basa en el artículo 77 de la Directiva de Contratación para organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal participe activamente en la dirección, y a organizaciones existentes tales como cooperativas que participen en la prestación de dichos servicios a los usuarios finales⁴⁰⁵.

c) El régimen de adjudicación directa

Los acuerdos de adjudicación directa son aquellos instrumentos jurídicos que, con la consideración de contratos, constituyen un instrumento específico de adjudicación bajo los principios de la Directiva de Contratación.

Para comprender la naturaleza y encaje de estos acuerdos en el ámbito del Derecho comunitario, es necesario reseñar la esencial contribución de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con esta cuestión.

En primer lugar, debemos hacer referencia a la Sentencia del TJUE de 17 de junio de 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl contra Regione Lombardia*, asunto C-70/95⁴⁰⁶, en la que, por primera vez, se admitió la

⁴⁰⁵ CORNET HERRERA, David. “La nueva reserva de contratos públicos de servicios sociales, culturales y sanitarios en España a cooperativas de trabajo asociado, sociedades laborales y asociaciones”. CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, núm. 106/2022, p.13.

⁴⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl contra Regione Lombardia*, asunto C-70/95, párrafos 32-35, [ECLI:EU:C:1997:301](#).

posibilidad de establecer limitaciones al principio de libre competencia en la prestación de servicios vinculados al sistema de la seguridad social de los Estados miembros a través de la reserva de la prestación de estos servicios a entidades sin ánimo de lucro. En dicha Sentencia, el TJUE admitió que el Derecho comunitario no se opone a que un Estado miembro permita únicamente a los operadores privados que no persigan un fin lucrativo contribuir a la ejecución de su sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario⁴⁰⁷.

En el mismo sentido, la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros contra San Lorenzo Soc. coop. sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, asunto C-113/13⁴⁰⁸, cuyo objeto versa sobre una cuestión prejudicial planteada por una autoridad administrativa local encargada de la gestión del servicio de salud en relación con varias decisiones relativas a la organización, en los ámbitos regional y local, de los transportes sanitarios de urgencia y de extrema urgencia, estableció que podía resultar conforme a Derecho la adjudicación directa de convenios a asociaciones de voluntariado que presten un servicio para servir un interés general sin ánimo de lucro y bajo los principios de universalidad y de solidaridad, eficiencia económica y adecuación, excluyendo a las entidades que no persiguen una finalidad de voluntariado, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan.
- b) Que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros.
- c) Que, si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional.

⁴⁰⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl contra Regione Lombardia*, asunto C-70/95, párrafos 32-35, [ECLI:EU:C:1997:301](#).

⁴⁰⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros contra San Lorenzo Soc. coop. sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, asunto C-113/13, párrafos 55-57, [ECLI:EU:C:2014:2440](#).

- d) Que se respete el principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho entendido como una utilización indebida de esta habilitación legal para inaplicar principios como la igualdad de trato o de libre concurrencia o favorecer a determinadas empresas nacionales.

Por lo tanto, en dicha Sentencia el TJUE señaló que el Derecho comunitario no limita el derecho de los Estados miembros a organizar sus sistemas de salud pública y seguridad social sin introducir restricciones injustificadas a las libertades fundamentales en uso de dichas competencias, pero pudiendo establecer medidas adecuadas para alcanzar el nivel de protección de la salud pública y de seguridad social, bajo los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica, y adecuación.

Posteriormente, la Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2016, *Conorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros contra Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea y Regione Piemonte*, asunto C-50/14⁴⁰⁹, resolvió una cuestión prejudicial en relación con la adjudicación, sin licitación, del servicio de transporte de las personas en tratamiento de diálisis a diferentes centros sanitarios.

En esta Sentencia, el TJUE admitió que, en casos de servicios sanitarios a personas, es posible que una normativa nacional habilite la adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, contribuyendo por un lado, al acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad y, por otro lado, derive de la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos. Es decir, debe contribuir efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan⁴¹⁰.

Por lo tanto, en las Sentencias *Spezzino* y *Casta*, el TJUE entendió que no resulta disconforme a Derecho y, en concreto, no infringe la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, la normativa que permita la adjudicación directa y sin publicidad a una entidad sin ánimo de lucro de un contrato para la prestación de

⁴⁰⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016, *Conorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros contra Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea y Regione Piemonte*, asunto C-50/14, párrafos 56-65, [ECLI:EU:C:2016:56](#).

⁴¹⁰ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier. “La regulación de las prestaciones a las personas en las directivas sobre contratación pública”. *Op. Cit.*

servicios a las personas siempre que, como señala el Tribunal, la prestación de servicios contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

A este respecto, BERNAL BLAY ha reconocido que, aunque “es cierto que, en abstracto, la adjudicación directa de contratos que tuvieran por objeto servicios a las personas incluidos dentro del ámbito objetivo de las Directivas de contratos públicos constituiría una evidente infracción del principio de igualdad de trato que preside el derecho europeo de contratos [...] sí que cabría el establecimiento de restricciones a ese principio de igualdad cuando, a la luz del Derecho europeo, estuvieran justificadas por razones objetivas. En este sentido, es necesario tener en cuenta que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros, que disponen de una facultad de apreciación, decidir qué nivel de protección social y de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel⁴¹¹.

Según este autor, el TJUE ha validado que los Estados puedan, atendiendo a la protección de la salud pública, “[...] considerar el riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social y el objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, como razón imperiosa de interés general y excepción por razones de salud pública, respectivamente, para justificar una restricción a la libre prestación de servicios”⁴¹².

De todo ello, entendemos que, bajo determinados requisitos y con distintos grados de intensidad, la regulación de la prestación contractual de servicios a las personas goza de un régimen regulatorio específico, justificado por sus propias características intrínsecas, que alcanza incluso los acuerdos de adjudicación directa en favor de entidades sin finalidad lucrativa, siempre que dichos acuerdos de adjudicación directa sirvan para la prestación de servicios de interés general bajo un régimen de solidaridad y contribuyan a la eficiencia de los recursos presupuestarios destinados a la prestación de dichos servicios.

⁴¹¹ BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “La contratación de los servicios a las personas”. *Op. Cit.*, p. 2799.

⁴¹² *Ibid.*, p. 2799.

3. La acción concertada como instrumento para la prestación de servicios a las personas

En el apartado anterior hemos visto como la jurisprudencia del TJUE ha validado los acuerdos de adjudicación directa como instrumentos para la configuración de servicios públicos a las personas, compatibles con el Derecho comunitario siempre que la prestación de estos servicios contribuya realmente a una finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

Asimismo, la Directiva de Contratación ayudó también a la configuración de la acción concertada como instrumento para la prestación de servicios a las personas en régimen de colaboración público-privada. En concreto, ya hemos dicho que el Considerando 114 de la Directiva de Contratación recoge tanto la posibilidad de establecer un régimen de contratación particular para los servicios sociales, dado su limitado interés transfronterizo, como la facultad de los Estados miembros de establecer la prestación de estos servicios por vías no contractuales. Además, el Considerando 6 de la Directiva de Contratación establece que los SIGNE deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

Todo este *corpus* normativo dio pie a la actual configuración de los conciertos sociales o acción concertada como figura clave en la gestión indirecta de estos servicios y bajo la finalidad de favorecer la participación de TSAS en su prestación⁴¹³.

Atendiendo al extendido y relativamente reciente desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas de esta figura como elemento innovador en la gestión indirecta de servicios a las personas y, en concreto, de servicios sociales, y considerando su incidencia en la organización del sector, realizamos a continuación un análisis pormenorizado de la acción concertada.

3.1. Antecedentes normativos de la acción concertada

En relación con los antecedentes normativos del concierto social, GARRIDO JUNCAL refiere que “la figura del concierto aparece aludida, por primera vez, en el ámbito del Derecho local y, concretamente, en materia de beneficencia”, a modo de instrumento a través del cual ayuntamientos y diputaciones provinciales convenían

⁴¹³ LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario. “La naturaleza jurídica de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas”, en DARNACULLETA GARDELLA, M^a. Mercè, y VV.AA. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2022, p. 147.

con establecimientos sociales públicos o privados servicios concretos de carácter benéfico⁴¹⁴.

Estas primeras manifestaciones se produjeron en el año 1924, al reconocer el artículo 210 del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 la posibilidad de que los presupuestos recogieran partidas de servicios benéficos reconocidos en conciertos entre ayuntamientos y establecimientos públicos de prestaciones de servicios sociales y, con posterioridad, en el artículo 127 del Estatuto Provincial, aprobado por el Real Decreto-Ley de 20 de marzo de 1925, en el que se reconocía que las diputaciones podían concertar con establecimientos públicos o privados de la misma provincia servicios de beneficencia⁴¹⁵.

El reconocimiento del concierto como instrumento de colaboración público-privada se mantuvo en la normativa reguladora del régimen local. Así, en el artículo 247 del texto refundido de la Ley de Régimen Local de 1955, aprobado por el Decreto de 24 de junio de 1955⁴¹⁶, se establecía que las “[...] Diputaciones locales podrán concertar con establecimientos públicos o privados, a ser posible de la misma provincia, los servicios de reclusión manicomial, de leprosería, y antituberculoso”.

Esta previsión fue desarrollada en los artículos 143 a 147 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955⁴¹⁷, constituyendo, a juicio de GARRIDO JUNCAL, “la primera regulación básica del concierto e inspirando la institución jurídica del mismo nombre prevista en la Ley de Contratos del Estado, con la particularidad de que el legislador estatal no contemplaba explícitamente la posibilidad de celebrar los mencionados conciertos entre distintas Administraciones”⁴¹⁸.

Más allá de la normativa de régimen local, y como ampliamente hemos expuesto en el Capítulo III, las cuatro modalidades del contrato de gestión de servicio público (a saber, la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta)

⁴¹⁴ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales. en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación. Op. Cit.*, pp. 202-203.

⁴¹⁵ LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario. “La naturaleza jurídica de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas”. *Op. Cit.*, p. 141.

⁴¹⁶ Texto refundido de la Ley de Régimen Local de 1955, aprobado por el Decreto de 24 de junio de 1955. Boletín Oficial del Estado núm. 191, de 10 de julio de 1955.

⁴¹⁷ Boletín Oficial del Estado núm. 196, de 15 de julio de 1955.

⁴¹⁸ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales. en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación. Op. Cit.*, p. 203.

han permanecido vigentes desde la Ley de Contratos del Estado, aprobada mediante el Decreto Legislativo 293/1965, de 8 de abril⁴¹⁹, y hasta la aprobación de la LCSP, de forma que el concierto ha persistido en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas⁴²⁰; el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio⁴²¹; la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público⁴²²; y su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre⁴²³.

Como decimos, los instrumentos contractuales de gestión de servicio público se mantuvieron generalmente constantes durante décadas, hasta la entrada en vigor de la cuarta generación de Directivas de contratación pública⁴²⁴.

Así, la LCSP solo prevé la concesión de servicios y el propio contrato de servicios como instrumentos de gestión indirecta de servicios públicos, en función de la existencia de traslación del riesgo operacional al adjudicatario, pero sin incluir referencia alguna a los conciertos.

Sin embargo, GIMENO FELIU sostiene que, aunque la LCSP solo prevé la concesión como forma de gestión indirecta, no se impide la acción concertada ni la creación de empresas mixtas como instrumentos para la gestión indirecta de servicios⁴²⁵.

Sobre esa base, no existiría, a nuestro entender, impedimento para la prestación de servicios a las personas a través de conciertos aun sin la previsión expresa de la LCSP, más teniendo presente que muchas de las normas de servicios sociales de las distintas

⁴¹⁹ Ley de Contratos del Estado, aprobada mediante el Decreto Legislativo 293/1965, de 8 de abril. Boletín Oficial del Estado núm. 97, de 23 de abril de 1965.

⁴²⁰ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado núm. 119, de 19 de mayo de 1965.

⁴²¹ Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio. Boletín Oficial del Estado núm. 148, de 21 de junio de 2000.

⁴²² Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Boletín Oficial del Estado núm. 261, de 31 de octubre de 2007.

⁴²³ Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Boletín Oficial del Estado núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.

⁴²⁴ LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario. “La naturaleza jurídica de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas”. *Op. Cit.*, p. 143.

⁴²⁵ GIMENO FELIU, José María. Las sociedades de economía mixta. En SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Ed. Thomson-Civitas, 2008.

Comunidades Autónomas prevén el concierto como instrumento de colaboración público-privada para la prestación de servicios sociales.

3.2. Concepto de concierto social

Respecto a qué debe entenderse por concierto social, distintos autores han realizado diversas propuestas para su definición o conceptualización.

Así, ALMEIDA CERREDA y SANTIAGO IGLESIAS lo definen como “[...] una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos en la que la Administración pública, por razones de eficacia o economía, encarga a cambio del pago de una contraprestación económica, la erogación de un servicio público de su competencia, a una personas física o jurídica, la cual, por el hecho de venir ofreciendo en el mercado la actividad material que integran el objeto de dichos servicios dispone de la experiencia de gestión y de los medios personales y materiales necesarios para garantizar la adecuada prestación del citado servicio”⁴²⁶.

Por su parte, MORELL OCAÑA lo define como “[...] un convenio entre la Administración titular de un servicio público y una entidad pública o privada que sea propietaria de las instalaciones idóneas, cediendo ésta a la Administración la utilización de tales instalaciones a cambio del pago de un tanto alzado; esto es, una cantidad resultante de la estimación de diversos factores: valor de la utilización de las instalaciones, de los servicios personales, de la amortización de las mejoras o nuevas inversiones acordadas, etc.”⁴²⁷.

Para PAJA BURGOA, es “[...] un convenio o contrato entre dos partes, el contratante y el concertado o gestor del servicio (otra entidad pública o particular), por el cual este último se compromete a la prestación de un servicio público a cambio de un precio justo. Necesario es, sin embargo, que los servicios contratados estén ya instalados y en funcionamiento”⁴²⁸.

Según SOSA WAGNER, debe entenderse como el instrumento para convenir con una persona natural o jurídica la prestación de un servicio público, siempre que esa

⁴²⁶ ALMEIDA CERREDA, Marcos y SANTIAGO IGLESIAS, Diana. “A xestión indirecta dos servizos sociais de titularidade autonómica e Galicia, en especial o concerto”. *Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 17, año 2008, p. 77.

⁴²⁷ MORELL OCAÑA, Luis. La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años”. *Revista de Administración Pública*, núm. 150, año 1999. p. 405-406.

⁴²⁸ PAJA BURGOA, José Antonio. “La gestión de los servicios públicos locales”. *Revista de Administración Pública*, núm. 37, año 1993, p. 328.

persona realice como propio de su giro o tráfico las prestaciones caracterizadoras de ese servicio⁴²⁹.

En términos parecidos, VERDIER FERNÁNDEZ refiere que el concierto se caracteriza por el hecho de que la Administración, para prestar determinados servicios de su competencia, acude a otra persona, natural o jurídica, que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el objeto de dicho servicio y que, por lo tanto, dispone ya de las instalaciones y medios precisos para ello, recibiendo como contraprestación un precio alzado⁴³⁰.

Por su parte, CODES CALATRAVA lo describe como la modalidad contractual en virtud de la cual se adjudica un contrato a una persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. Esta figura se utiliza en aquellos servicios públicos que se prestan en régimen de concurrencia con los particulares y en los que la prestación que ofrece las Administraciones puede ser insuficiente, utilizándose especialmente en la sanidad y la educación⁴³¹.

Para BLANQUER CRIADO es un contrato administrativo en el que un particular utiliza sus propias infraestructuras e instalaciones para atender a los usuarios, y asume la prestación de un servicio al público a cambio de recibir de la Administración una remuneración económica por una cuantía fija⁴³².

Más recientemente, GARRIDO JUNCAL ha definido el concierto social como el instrumento que “[...] permite convenir con una entidad pública o una entidad privada la erogación de unas prestaciones relacionadas con un servicio público, los servicios sociales, a cambio de la compensación de los costes que genere el desarrollo de las actividades concertadas. Si bien el concierto social puede formalizarse en ocasiones con

⁴²⁹ SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Ed. Civitas, 2008, p. 311.

⁴³⁰ VERDIER FERNÁNDEZ, Sergio. “El contrato de gestión de servicios públicos”. En ROMERO HERNÁNDEZ, Salvador. *Contratos del Sector Público. Ley 30/2007, de 30 de octubre. Su aplicación en las entidades locales. Análisis jurídico y económico. presupuestario*. Barcelona: Ed. Bosch, 2008, pág. 418.

⁴³¹ CODES CALATRAVA, José María, y CODES CALATRAVA, Gerardo. “Técnicas contractuales de colaboración Público-privada (III): El contrato de gestión de servicios públicos”. En DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco. *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público, aspectos administrativos y financieros*. Madrid: Ed. La Ley, 2008, p. 337.

⁴³² BLANQUER CRIADO, David Vicente. *Los contratos del sector público*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 819.

una entidad pública, lo cierto es que su propósito primordial no es regular las relaciones entre dos sujetos públicos, sino entre un sujeto público y otro privado, pero sin tener que acudir a la técnica de la subvención, el convenio o el contrato, o, al menos, no de una forma íntegra y excluyente”⁴³³.

Tomando en consideración todas estas definiciones doctrinales, nosotros definimos el concierto social como un instrumento jurídico de naturaleza contractual destinado a regular la colaboración público-privada para la prestación de servicios sociales públicos por parte de un operador privado que viene prestando ya servicios de dicha naturaleza y que, por consiguiente, dispone ya de medios humanos y materiales para ello, todo ello a cambio de la retribuciones de sus costes de explotación.

A pesar de que nos decantemos por ofrecer una definición del concierto social como un instrumento de naturaleza contractual, la existencia de otras definiciones que lo caracterizan como un convenio exige analizar la cuestión relativa a su naturaleza jurídica de forma pormenorizada; análisis que realizaremos en el apartado siguiente.

3.3. Naturaleza jurídica del concierto social

Una de las cuestiones que ha suscitado mayor debate en relación con la acción concertada es cuál es su naturaleza jurídica y si debe ser considerado un instrumento de carácter contractual o, por el contrario, de naturaleza no contractual.

En la doctrina española ha existido cierta controversia sobre esta cuestión⁴³⁴.

En concreto, autores como ALMEIDA CERREDA Y SANTIAGO IGLESIAS⁴³⁵, MORELL OCAÑA⁴³⁶, PAJA BURGOA⁴³⁷, CODES CALATRAVA⁴³⁸ o BLANQUER CRIADO⁴³⁹ lo categorizan como un contrato público, mientras que, por el contrario,

⁴³³ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales. en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Op. Cit., p. 236.

⁴³⁴ MARTÍN EGAÑA, Arantza. “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”. Op. Cit., p. 18.

⁴³⁵ ALMEIDA CERREDA, Marcos y SANTIAGO IGLESIAS, Diana. “A xestión indirecta dos servizos sociais de titularidade autonómica e Galicia, en especial o concerto”. Op. Cit., p. 77.

⁴³⁶ MORELL OCAÑA, Luis. La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años”. Op. Cit., p. 405-406.

⁴³⁷ PAJA BURGOA, José Antonio. “La gestión de los servicios públicos locales”. Op. Cit., p. 328.

⁴³⁸ CODES CALATRAVA, José María, y CODES CALATRAVA, Gerardo. “Técnicas contractuales de colaboración Público-privada (III): El contrato de gestión de servicios públicos”. Op. Cit., p. 337.

⁴³⁹ BLANQUER CRIADO, David Vicente. *Los contratos del sector público*. Op. Cit., p. 819.

otros como GIMENO FELIU⁴⁴⁰ o BERNAL BLAY⁴⁴¹ entienden que es un instrumento de gestión indirecta de carácter no contractual.

Los citados autores que consideran que el concierto social no tiene naturaleza contractual sostienen que el contenido del Considerando 114 de la Directiva de Contratación validó su posicionamiento, entendiendo que tras su aprobación se consolidaba el encaje del concierto social como vía no contractual a través de su reconocimiento normativo.

Lo cierto es que, como norma general, las distintas Comunidades Autónomas procedieron a la regulación del concierto social o acción concertada para la prestación de servicios a las personas mediante instrumentos no contractuales y, por consiguiente, no sometidos a la LCSP⁴⁴².

En concreto, las Comunidades Autónomas que han regulado los conciertos sociales como instrumentos no contractuales o, cuanto menos, no le otorgan naturaleza contractual, son las siguientes:

1. Aragón: Ley 11/2016, de 15 diciembre, de acción concertada para prestación de servicios de carácter social y sanitario de Aragón y la Orden CDS/2042/2017, de 30 de noviembre, por la que se regula la acción concertada en materia de prestación de servicios sociales en Aragón⁴⁴³.
2. Asturias: Ley 3/2019, de 15 de marzo, acción concertada con entidades de iniciativa social para la prestación de servicios de carácter social⁴⁴⁴.
3. Islas Baleares: Ley 12/2018, de 15 noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ GIMENO FELIU, José María. “Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la ley de contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios locales” en *La gestión de los servicios públicos locales. Op. Cit.*, p. 8.

⁴⁴¹ BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “La contratación de los servicios a las personas” en GAMERO CASADO, Eduardo y GALLEGU CÓRCOL, Isabel, *Tratado de contratos del sector público. Op. Cit.*, p. 2813.

⁴⁴² MARTÍN EGAÑA, Arantza. “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”. *Op. Cit.*, p. 48, y DARNACULLETA GARDELLA, M^a. Mercè. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales. Op. Cit.*, p. 107.

⁴⁴³ Boletín Oficial de Aragón núm. 243, de 20 de diciembre de 2016.

⁴⁴⁴ Boletín Oficial del Estado núm. 108, de 6 de mayo de 2019.

⁴⁴⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 94, de 6 de diciembre de 2018.

4. Canarias: Ley 16/2019, de 2 de mayo, de servicios sociales de Canarias⁴⁴⁶.
5. Cataluña: Decreto-Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública⁴⁴⁷.
6. Comunidad Valenciana: Ley 3/ 2019, de 18 febrero, de servicios sociales⁴⁴⁸.
7. Extremadura: Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitaria en Extremadura⁴⁴⁹.
8. Murcia: Decreto 10/2018, de 14 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia en los servicios sociales especializados en los sectores de personas mayores y personas con discapacidad; y Decreto 62/2019, de 3 de mayo, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia, en materia de protección y reforma del menor⁴⁵⁰.
9. Navarra: Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales de Navarra⁴⁵¹.
10. País Vasco: Decreto 168/2023, de 7 de noviembre, por el que se regulan el régimen de concierto social y los convenios en el Sistema Vasco de Servicios Sociales⁴⁵².
11. La Rioja: Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de servicios sociales de La Rioja (modificada por la Ley 2/2018, de 30 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de La Rioja para el año 2018)⁴⁵³.

⁴⁴⁶ Boletín Oficial del Estado núm. 141, de 13 de junio de 2019.

⁴⁴⁷ Boletín Oficial del Estado núm. 188, de 5 de agosto de 2016.

⁴⁴⁸ Diario Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 8491, de 21 de febrero de 2019.

⁴⁴⁹ Boletín Oficial del Estado núm. 5, de 9 de febrero de 2019.

⁴⁵⁰ Boletín Oficial de la Región de Murcia núm. 49 de 28 de febrero de 2018 y núm. 105 de 9 de mayo de 2019.

⁴⁵¹ Boletín Oficial de Navarra núm. 231, de 30 de noviembre de 2017.

⁴⁵² Boletín Oficial del País Vasco núm. 222, de 21 de noviembre de 2023.

⁴⁵³ Boletín Oficial del Estado núm. 14, de 16 de enero de 2018.

Por el contrario, la Comunidad Autónoma de Andalucía fue la única que reguló el concierto social como un instrumento de naturaleza contractual. En concreto, en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía⁴⁵⁴ y en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales⁴⁵⁵, se establece que el concierto social tiene naturaleza de contrato administrativo especial⁴⁵⁶.

En este sentido, GARRIDO JUNCAL expone que “la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha posicionado a favor de la identificación del concierto social como contrato administrativo especial, mientras que los restantes territorios son partidarios de que el concierto social se catalogue como una modalidad de prestación de los servicios sociales no contractual”⁴⁵⁷.

De hecho, a pesar de que el artículo 100.1 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía, caracteriza el concierto social como una fórmula distinta de la gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público⁴⁵⁸, el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, identifica el concierto social como un contrato administrativo especial⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía. Boletín Oficial del Estado núm. 18, de 21 de enero de 2017.

⁴⁵⁵ Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales. Boletín Oficial de Andalucía núm. 39, de 23 de febrero de 2018.

⁴⁵⁶ El posicionamiento de la Comunidad Autónoma de Andalucía al regular el concierto social dentro de un régimen contractual fue objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina. A este respecto, podemos citar al profesor GIMENO FELIU, quien afirmó: “La acción concertada no es un contrato público. Sorprende, por ello, a nivel autonómico, la previsión adoptada en Andalucía en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero” (GIMENO FELIU, José María. “La Colaboración Público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2018, p. 45).

⁴⁵⁷ GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Op. Cit., pp. 228-229.

⁴⁵⁸ Asimismo, el artículo 101.3 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía expresa que “el concierto social se establece como una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público, siendo necesario establecer condiciones especiales, dadas las especificidades de los servicios sociales debiendo cumplir los principios informadores de la normativa europea en materia de concertación”.

⁴⁵⁹ CARAZA CRISTÍN, María del Mar. *El singular modelo de gestión de los servicios sociales en Andalucía: el concierto social*. Op. Cit., pp. 115 y 128.

Tal regulación se ha justificado bajo la premisa de que un contrato administrativo no típico encuentra amparo en la posibilidad que enuncia la LCSP de articular instrumentos no contractuales, dándose a entender, además, que el concierto social que se regula no es el concierto social que menciona el artículo 100.1 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía, sino una forma de gestión en el marco de la normativa de contratación del sector público⁴⁶⁰.

En nuestra opinión, este debate respecto a la naturaleza jurídica del concierto social en cuanto a si debe ser considerado un instrumento contractual sometido a la Directiva de Contratación o no, ha sido resuelto por el TJUE.

En concreto, en su Sentencia de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20⁴⁶¹, el TJUE resolvió que la acción concertada debe ser considerada un contrato de servicios sometidos a la Directiva de Contratación puesto que supone la prestación de un servicio a cambio de un precio, constituyendo una actividad económica a través de una relación sinalagmática retribuida, sin que resulte relevante que se preste por una entidad sin ánimo de lucro o que pretenda la consecución de una finalidad social bajo el principio de solidaridad.

El recurso que dio pie a la referida Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022 fue promovido por la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) al impugnar, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la normativa autonómica valenciana reguladora de la acción concertada, por considerar que resultaba contraria a Derecho en la medida en que excluía a las entidades con ánimo de lucro del régimen de concertación.

Ante el recurso de ASADE, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial para dilucidar si era compatible con el Derecho comunitario suscribir conciertos con cualquier ente privado sin ánimo de lucro y no solo asociaciones de voluntariado, para la prestación de cualquier tipo de servicios sociales a cambio del reembolso de costes, sin acudir a los procedimientos previstos en la Directiva de contratación y sea cual fuere el valor estimado.

⁴⁶⁰ NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “El concierto social para la prestación de los servicios sociales”. *Revista Andaluza de Administración*, núm. 101, año 2018, pp.503-504.

⁴⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20, [ECLI:EU:C:2022:559](https://eur-lex.europa.eu/eli/jb/2022/559).

El TJUE resolvió las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su Sentencia de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20⁴⁶², concluyendo que el Derecho comunitario no se opone a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, siempre y cuando este régimen contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, y que se respete el principio de transparencia.

Dicha conclusión se basa en que el TJUE entiende que los servicios sociales pueden considerarse una actividad económica a efectos del artículo 49 del TFUE, de tal forma que es irrelevante la naturaleza jurídica de las entidades que los prestan y el mecanismo de solidaridad que se aplique para su prestación, de manera que estos acuerdos de acción concertada son contratos públicos, entendidos como contratos onerosos que generan obligaciones sinalagmáticas legalmente vinculantes para ambas partes del contrato, celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto es la prestación de estas actividades económicas. Por lo tanto, en la acción concertada concurren las características esenciales de todo contrato público⁴⁶³.

A este respecto, en esta Sentencia de 14 de julio de 2022 el TJUE recordó que resulta irrelevante para la consideración de la existencia de contrato público que la retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio. Es decir, la ausencia de beneficio para las entidades prestadoras es un hecho que no incide al apreciar la existencia de onerosidad⁴⁶⁴.

Además, en dicha Sentencia el TJUE entendió que el hecho de que el concierto social implique la elección de uno o varios operadores económicos por parte de uno o varios poderes adjudicadores constituye un elemento definitorio de los contratos públicos de conformidad con el artículo 1, apartado 2, de la Directiva de Contratación. Por el

⁴⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20, [ECLI:EU:C:2022:559](#).

⁴⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2020, *Tax-Fin-Lex*, asunto C-367/19, apartados 25 y 26, [ECLI: EU:C:2020:685](#).

⁴⁶⁴ Sentencias de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti y otros*, asunto C-399/98, apartado 77, [ECLI: EU:C:2001:401](#), y de 18 de enero de 2007, *Auroux y otros*, asunto C-220/05, apartado 45, [ECLI:EU:C:2007:31](#).

contrario, el mero hecho de financiar servicios sociales o de conceder licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones fijadas por el poder adjudicador, sin establecer límites o cuotas, no constituye contratación a efectos de la Directiva⁴⁶⁵.

En definitiva, en la referida Sentencia, el TJUE estableció que la acción concertada supone la prestación de un servicio a cambio de un precio, constituyendo una actividad económica a través de una relación sinalagmática retribuida, sin que resulte relevante que se preste por una entidad sin ánimo de lucro o que la consecución de una finalidad social bajo el principio de solidaridad impida que la actividad sea considerada como económica.

Por todo ello, y bajo ese razonamiento, el TJUE dictaminó que la acción concertada es un contrato de servicios sometido a la Directiva de Contratación.

Este posicionamiento se vio reforzado por el propio TJUE mediante el Auto de 31 de marzo de 2023, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) y Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón*, asunto C-676/20⁴⁶⁶, en el que resolvió una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón tras la impugnación por parte de la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE), de la normativa aragonesa reguladora de los acuerdos de acción concertada en materia de servicios sociales.

En este procedimiento, el Tribunal doméstico planteó una cuestión prejudicial cuestionando si el Derecho comunitario permite eludir el régimen de la Directiva de Contratación a través de la acción concertada, no por razones de idoneidad técnica para la adecuada prestación del servicio, sino para la consecución de concretos objetivos de

⁴⁶⁵ La cuestión de la elección se abordó por primera vez en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit*, C-410/14, [ECLI:EU:C:2016:399](#). En ese asunto, concerniente a la Directiva 2004/18, el Tribunal de Justicia resolvió que la no designación por el poder adjudicador de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tiene como consecuencia que no haya necesidad de delimitar la acción de dicho poder adjudicador para que cumpla con las normas específicas establecidas en dicha Directiva. (62) En consecuencia, el Tribunal de Justicia recalcó que la elección de una oferta y, por tanto, de un adjudicatario es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos que se establece mediante la referida Directiva. Tras la citada sentencia, en su Sentencia de 1 de marzo de 2018, *Tirkkonen*, asunto C-9/17, [ECLI:EU:C:2018:142](#), el Tribunal de Justicia declaró que, cuando la entidad adjudicadora no ha mencionado ningún criterio de adjudicación del contrato que permita comparar y clasificar las ofertas admisibles, no puede haber un contrato público en el sentido de la Directiva.

⁴⁶⁶ Auto de 31 de marzo de 2023, asunto C-676/20, [ECLI:EU:C:2023:289](#).

política social que afectan al modo de prestación o que se exigen al agente encargado de prestarlo para su elección, y ello aun cuando se mantenga la vigencia de los principios de publicidad, competencia y transparencia.

Al respecto, el TJUE, en el indicado Auto de 31 de marzo de 2023, reiteró que el Derecho comunitario no se opone a que a una normativa nacional que reserve a las entidades sin ánimo de lucro la facultad de celebrar acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales o sanitarios de interés general, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios. En este sentido, el TJUE solo exige que se respeten los principios de publicidad, de competencia y de transparencia, y que tales acuerdos persigan satisfacer objetivos de solidaridad, sin mejorar necesariamente la adecuación o la eficiencia presupuestaria de la prestación de dichos servicios respecto del régimen de aplicación general a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

Por lo tanto, a través del Auto de 31 de marzo de 2023, el TJUE confirmó la doctrina fijada en la previa Sentencia de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20⁴⁶⁷, estableciendo que la acción concertada tiene la naturaleza jurídica de un contrato de servicios sometido a la Directiva de Contratación por suponer la prestación de un servicio a cambio de un precio, constituyendo así una actividad económica.

Atendiendo a lo anterior, y a pesar de lo que ha defendido parte de la doctrina científica durante los últimos años, lo cierto es que debemos afirmar que, en atención a la jurisprudencia del TJUE, la acción concertada tiene naturaleza jurídica contractual.

3.4. Concertación social reservada a entidades sin ánimo de lucro

En el apartado anterior nos hemos referido a que, a excepción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el resto de Comunidades Autónomas han regulado la acción concertada como un instrumento no contractual para la prestación, bajo un régimen de gestión indirecta, de servicios a las personas.

⁴⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20, [ECLI:EU:C:2022:559](https://eur-lex.europa.eu/eli/ju/c/2022/559).

Algunas de dichas normas autonómicas se limitan a regular la prestación de servicios sociales y otras también prevén que mediante la acción concertada puedan instrumentalizarse servicios de carácter sanitario, como es el caso de Aragón y Extremadura⁴⁶⁸.

Pero, incluso, algunas Comunidades Autónomas han establecido en sus normas reguladoras de la concertación social o acción concertada, que dicho régimen se reserve a las entidades del TSAS como agentes que, bajo un régimen de colaboración público-privada, tienen encomendada la prestación de servicios a las personas⁴⁶⁹.

Esa reserva venía a dar respuesta al hecho de que, si bien se ha reconocido una prioridad a las entidades sin ánimo de lucro en el acceso a los conciertos cuando existiesen análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, dicha medida se ha mostrado insuficiente para reconocer el valor social y la función que realizan las entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de los servicios a las personas⁴⁷⁰.

Por lo tanto, algunas de las normas autonómicas reguladoras de la concertación social establecieron una reserva de dichos conciertos en favor de entidades sin ánimo de lucro, de forma que entendían que, cuando la prestación del servicio se configuraba excluyendo los fines lucrativos, debían articularse mediante el concierto social y, en cambio, cuando implicara lucro para el prestador, debía articularse mediante las vías contractuales previstas en la normativa reguladora de la contratación pública.

En concreto, dichas Comunidades Autónomas son: Aragón, Asturias, la Comunidad Valenciana, Extremadura y Navarra⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Ley 11/2016, de 15 diciembre, de acción concertada para prestación de servicios de carácter social y sanitario de Aragón y la Orden CDS/2042/2017, de 30 de noviembre, por la que se regula la acción concertada en materia de prestación de servicios sociales en Aragón. Boletín Oficial de Aragón núm. 243, de 20 de diciembre de 2016.

Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura. Boletín Oficial del Estado núm. 5, de 9 de febrero de 2019.

⁴⁶⁹ DARNACULLETA GARDELLA, M^a. Mercè. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Op. Cit., p. 125.

⁴⁷⁰ BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “La contratación de los servicios a las personas”. Op. Cit., p. 2813.

⁴⁷¹ Ley 11/2016, de 15 diciembre, de acción concertada para prestación de servicios de carácter social y sanitario de Aragón y la Orden CDS/2042/2017, de 30 de noviembre, por la que se regula la acción concertada en materia de prestación de servicios sociales en Aragón. Boletín Oficial de Aragón núm. 243, de 20 de diciembre de 2016.

En este sentido, GIMENO FELIU, aunque caracterizándolo como un instrumento no contractual, ha considerado que este régimen “[...] puede ser una estrategia muy adecuada para conseguir una mejor y más eficiente prestación de servicios de salud a las personas” si bien, como sigue afirmando, aunque “estas fórmulas no contractuales están fuera del ámbito de la LCSP [...] en su regulación y aplicación deben respetarse los principios de transparencia y no discriminación (la preferencia es admisible a favor de las entidades que cumplan los requisitos fijados por el TJUE y su dimensión concreta no falsee la competencia)”⁴⁷².

Por lo tanto, sigue diciendo dicho autor, la concertación social no puede suponer la habilitación de prácticas abusivas por parte de las organizaciones de voluntariado, debiéndose garantizar la ausencia de finalidad lucrativa.

Y añade: “la jurisprudencia comunitaria establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda que el principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho, no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros” y, a su vez, que “en cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones”⁴⁷³.

La compatibilidad de la reserva de los conciertos sociales a entidades sin ánimo de lucro ha sido cuestionada por parte de la iniciativa con finalidad lucrativa al entender que resultaba discriminatoria y contraria a los principios de igualdad de trato y a la libre

Ley 3/2019, de 15 de marzo, acción concertada con entidades de iniciativa social para la prestación de servicios de carácter social. Boletín Oficial del Estado núm. 108, de 6 de mayo de 2019.

Ley 3/ 2019, de 18 febrero, de servicios sociales. Diario Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 8491, de 21 de febrero de 2019.

Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitaria en Extremadura. Boletín Oficial del Estado núm. 5, de 9 de febrero de 2019.

Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales de Navarra. Boletín Oficial de Navarra núm. núm. 231, de 30 de noviembre de 2017.

⁴⁷² GIMENO FELIU, José María. “Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la ley de contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios locales” en *La gestión de los servicios públicos locales. Op. Cit.*, p. 8.

⁴⁷³ *Ibid.*

prestación de servicios, pues supone, a su juicio, una injustificada barrera de entrada para estas entidades.

Sin embargo, la cuestión ha sido resuelta por el TJUE mediante la Sentencia de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20⁴⁷⁴, al resolver la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el marco de la impugnación de la normativa autonómica valenciana reguladora de la acción concertada por parte de la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE).

Adicionalmente a las cuestiones a las que nos hemos referido en el apartado anterior del presente capítulo, la cuestión prejudicial versaba sobre si el Derecho comunitario se opone a que los poderes públicos pudieran suscribir conciertos con entes privados sin ánimo de lucro -no solo asociaciones de voluntariado- para la prestación de cualquier tipo de servicios sociales a cambio del reembolso de costes, sin acudir a los procedimientos previstos en la Directiva de contratación y sea cual fuere el valor estimado.

La Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20⁴⁷⁵, resolvió que la normativa comunitaria no se opone a tal reserva siempre que con ello se contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa.

El TJUE alcanza esta conclusión sobre la base de que la prestación de servicios sociales bajo los principios de universalidad y de solidaridad, propios de un sistema de asistencia social, y de eficiencia económica y adecuación, toda vez que permite que esos servicios de interés general sean prestados en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario y de forma reservada a entidades sin ánimo de lucro, no es contraria al principio de igualdad, siempre y cuando dicha exclusión contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan ese sistema⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20, [ECLI:EU:C:2022:559](#).

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales”. *Op. Cit.*, p. 188.

Asimismo, en la referida Sentencia de 14 de julio de 2022, el TJUE estableció que el principio de transparencia exige que la convocatoria de conciertos armonizados sea también publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea y no solo en el boletín oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Esta doctrina fue refrendada por el propio TJUE en el Auto de 31 de marzo de 2023, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) y Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón*, asunto C-676/20⁴⁷⁷, en el que resolvió la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón tras la impugnación por parte de ASADE de la normativa aragonesa reguladora de los acuerdos de acción concertada en materia de servicios sociales.

En dicho Auto, el TJUE concluyó, de nuevo, que la exclusión de las entidades privadas con ánimo de lucro de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos que tienen por objeto la prestación de tales servicios no es contraria al principio de igualdad, siempre y cuando dicha exclusión contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan ese sistema.

Además, el TJUE añadió que la eficiencia presupuestaria, en el contexto de la prestación de estos servicios, debe valorarse a la luz de las particularidades inherentes a esa prestación relativas a la necesidad de garantizar que la exclusión de las entidades con ánimo de lucro contribuya efectivamente a la finalidad social y a los objetivos de solidaridad perseguidos por ese poder adjudicador. De esta forma, la exclusión de las entidades privadas con ánimo de lucro de estos procedimientos de adjudicación no contraviene el Derecho de la Unión solo porque un procedimiento de adjudicación en el que hubieran podido participar habría podido eventualmente permitir la prestación del mismo servicio de ayuda a las personas con un menor coste para el poder adjudicador.

Atendiendo a lo anterior, el recurso exclusivo a las entidades privadas sin ánimo de lucro para garantizar la prestación de los servicios sociales y sanitarios que pueden ser objeto de un acuerdo de acción concertada parece estar motivado tanto por los principios de universalidad y de solidaridad, propios de un sistema de asistencia social, como por razones de eficiencia económica y de adecuación, toda vez que permite que esos servicios de interés general sean prestados, en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario, por entidades constituidas esencialmente para servir al

⁴⁷⁷ Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 de marzo de 2023, *Asade*, asunto C-676/20, [ECLI:EU:C:2023:289](https://eur-lex.europa.eu/eli/juc/2023/289).

interés general y cuyas decisiones no se guían por consideraciones puramente comerciales.

Por consiguiente, el TJUE declaró conforme a Derecho la reserva de los conciertos sociales a entidades sin ánimo de lucro cuando dicha reserva sirva para garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de estos servicios, así como las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, concluyendo que dicha reserva no es contraria al principio de igualdad, siempre y cuando la exclusión de entidades con fines lucrativos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan ese sistema.

Adicionalmente, cabe mencionar que, en relación con la reserva del concierto social a las entidades del TSAS, el artículo 7 de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social⁴⁷⁸, establece la obligación del Gobierno de aprobar un programa de impulso de estas entidades, que reflejará, entre otras medidas, la potenciación de los mecanismos de colaboración entre la Administración General del Estado y las entidades del TSAS para el desarrollo de programas de inclusión social de personas o grupos vulnerables en riesgo de exclusión social y de atención a las personas con discapacidad o en situación de dependencia, con especial atención al uso de los conciertos y convenios⁴⁷⁹.

De esta forma, en nuestra opinión, se otorga carta de naturaleza para el fomento de los conciertos sociales reservados a entidades del TSAS como instrumentos para la configuración de la gestión indirecta de dichos servicios en régimen de colaboración público-privada para el desarrollo de programas de inclusión social de personas o grupos vulnerables en riesgo de exclusión social y de atención a las personas con discapacidad o en situación de dependencia, dando así cumplimiento a los requisitos exigidos en el TJUE para entender que no existe vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

Todo este análisis nos lleva a concluir que, a pesar de la expansión del desarrollo normativo de la acción concertada como un régimen de prestación indirecta de servicios sociales públicos por operadores privados como alternativa al régimen regulado en la

⁴⁷⁸ Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, Boletín Oficial del Estado núm. 243, de 10 de octubre de 2015.

⁴⁷⁹ CARRODEGUAS MÉNDEZ, Roberto. “Reflexión crítica sobre el «outsourcing» de los servicios sociales dirigidos a nuestros mayores en tiempos de Covid”. El Consultor de los Ayuntamientos, mayo 2020, p. 12.

normativa de contratación pública, en su regulación actual, y con independencia de su denominación o calificación por la referida normativa autonómica, la actual acción concertada debe calificarse como de carácter contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de esa categorización contractual de la acción concertada por parte de la jurisprudencia comunitaria, es posible que, bajo determinadas condiciones, la acción concertada pueda quedar reservada a entidades sin ánimo de lucro.

4. Vías no contractuales para la prestación de servicios a las personas

En apartados anteriores nos hemos referido a como la propia naturaleza de los servicios a las personas ha supuesto que en la normativa de contratación pública exista un régimen singular para su prestación. Y, además, hemos dicho también que a dicho régimen contractual, deben sumarse las vías no contractuales como alternativa para la prestación de servicios a las personas.

En concreto, el Considerando 114 de la Directiva de Contratación permite tanto la posibilidad de establecer un régimen de contratación particular para los servicios sociales, como que los Estados miembros puedan establecer la prestación de estos servicios por vías no contractuales.

De esta manera, la propia Directiva reconoce que las fórmulas contractuales no son las únicas para regular la gestión indirecta de servicios a las personas, haciendo referencia a que existen otras fórmulas no contractuales para la gestión de estos servicios. Este régimen no contractual, no sometido a la Directiva de Contratación, está basado en la libertad de organizar los servicios sociales públicos mediante la mera financiación de estos servicios a través de la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos sin límites ni cuotas⁴⁸⁰.

Sobre esa base, el artículo 11.6 de la LCSP reconoce que las Administraciones públicas tienen libertad para prestar por sí mismos los servicios a las personas, incluyendo los servicios sociales, educativos y sanitarios, u organizarlos de manera que no sea necesario recurrir a la contratación pública, por ejemplo mediante la simple

⁴⁸⁰ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier. “La regulación de las prestaciones a las personas en las directivas sobre contratación pública”. *Op. Cit.*

financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan determinados requisitos⁴⁸¹.

Por lo tanto, lo que pone de manifiesto la normativa de contratación pública es que, si bien dichos servicios sociales pueden articularse a través de la vía contractual, no existe una obligación que exija que necesariamente deban contratarse mediante un contrato público, siendo posible acudir a vías no contractuales en los términos del artículo 11.6 LCSP⁴⁸².

Pero, ¿a qué nos referimos por vías no contractuales?

Para responder a dicha cuestión, debemos tener presente que, como hemos indicado en el apartado anterior, si bien en esta categoría no se incluiría la acción concertada en los términos actualmente regulados por parte de las distintas Comunidades Autónomas, ello no obsta para que existan otras alternativas.

De hecho, nuestra propuesta se formula a través de la hipótesis de que es posible una revisión de la acción concertada para que se configure como un instrumento para la prestación de servicios sociales alternativo al sistema contractual competitivo, y que esté reservado a entidades del TSAS, bajo un sistema dual de libertad de elección y de asignación directa de operadores de servicios sociales.

Esta cuestión no resulta baladí, pues como hemos dicho en capítulos anteriores, la aplicación de la normativa de contratación pública no permite que el TSAS permanezca como agente colaborador principal en la prestación de servicios sociales públicos debido a la pérdida de relevancia de la valoración de la calidad asistencial frente al aumento de la puntuación otorgada a los aspectos económicos vinculados al coste del servicio, lo que provoca una creciente mercantilización del sector en detrimento del servicio prestado a la ciudadanía.

Es por ello por lo que, adicionalmente a la propuesta de revisión de la acción concertada que desarrollaremos en capítulos posteriores, son varias las figuras jurídicas de naturaleza no contractual que podrían ser instrumentos adecuados para la regulación de la prestación indirecta de servicios sociales. A continuación, las analizamos de forma individualizada.

⁴⁸¹ A este respecto, véase, BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “La contratación de los servicios a las personas”. *Op. Cit.*, p. 44.

⁴⁸² GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales. en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. *Op. Cit.*, p. 234, y DARNACULLETA GARDELLA, M^a. Mercè. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. *Op. Cit.*, p. 108.

4.1. Los contratos *open-house*

En relación con los distintos instrumentos jurídicos de carácter no contractual para la prestación de servicios sociales, debemos referirnos al estudio de los denominados “contratos *open house*”⁴⁸³ realizado por la profesora DÍAZ SASTRE, como instrumento jurídico originario de Alemania usado para la adquisición de medicamentos, donde “[...] todos los operadores económicos que cumplen los requisitos fijados por el poder adjudicador celebran un contrato idéntico para el suministro de ciertos productos; posteriormente, el médico, el farmacéutico o el paciente eligen el medicamento del proveedor que prefieran [...]”, sin selección del proveedor por el ente contratante ni limitación al número de participantes, y sin que se presente ninguna oferta, solo la acreditación del cumplimiento de requisitos⁴⁸⁴.

Como indica dicha autora, “[...] esta forma de adquirir bienes en el mercado no constituye un contrato público en la medida en que no entraña la selección de un operador económico frente a los demás. No hay decisión de adjudicación en exclusiva, en consecuencia, este tipo de compras no se somete a las Directivas de contratación pública, sin perjuicio de su posible sujeción a las reglas generales del Derecho primario”⁴⁸⁵.

Este instrumento jurídico fue declarado compatible con el Derecho comunitario en la Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit*, asunto C-410/14, en la que se resolvió una cuestión prejudicial instada por un tribunal alemán en relación con el sistema de contratos de rebaja en el precio con farmacéuticas que comercializaban medicamentos cuyo principio activo fuese la mesalazina⁴⁸⁶.

En concreto, se planteó al TJUE si existía un contrato público cuando un poder adjudicador organiza un procedimiento que conduce a celebrar uno o varios contratos sin seleccionar a uno o varios operadores económicos y, en segundo lugar, cuáles eran

⁴⁸³ Respecto a cómo debe denominarse a estos instrumentos jurídicos., la profesora DIEZ SASTRE se refiere a los contratos no exclusivos o abiertos; “terminología que entronca con la denominación de contrato «in-house» tan arraigada en el Derecho de los Estados miembros a partir de la jurisprudencia Teckal del TJUE” · DÍEZ SASTRE, Silvia. “Contratos «open-house»: comprar sin licitar”. *Revista de Estudios de la Administración (REALA)*, núm. 15, 2021, p. 15.

⁴⁸⁴ DÍEZ SASTRE, Silvia. “Contratos «open-house»: comprar sin licitar”. *Revista de Estudios de la Administración (REALA)*, núm. 15, 2021, p. 5.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit*, asunto C-410/14, [ECLI:EU:C:2016:399](https://eur-lex.europa.eu/eli/jb/2016/399).

los requisitos procedimentales que deben concurrir para no seleccionar a uno o varios operadores económicos en el marco del procedimiento de este tipo.

Relacionada con esta cuestión prejudicial, la Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2018, *Tirkonnen*, asunto C-9/17⁴⁸⁷, resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Finlandia en el marco de un procedimiento para seleccionar a los prestadores de servicios de asesoramiento a explotaciones agrarias donde los agricultores que cumplían ciertos requisitos podían acudir a cualquiera de los asesores que formaban parte del sistema y, posteriormente, el Estado retribuía al asesor por el trabajo realizado en función de las horas de servicio. En este caso, el sistema no estaba abierto de forma permanente, sino que se cerraba durante un tiempo tras la adopción de la resolución de adjudicación definitiva.

En ambos casos, el TJUE concluyó que no existía un contrato público y que, por lo tanto, no se aplican las reglas del Derecho de la contratación pública, admitiendo su utilización en cualquier sector siempre que se reúnan las condiciones que permitan su exclusión de dicha normativa, lo que implica que la prestación pueda llevarse a cabo de forma igual por un número indeterminado de operadores.

Según el TJUE, estos contratos no quedan sometidos a la normativa reguladora de la contratación pública, si bien sí resultan aplicables “[...] las normas del Derecho primario bajo determinadas circunstancias. Del mismo modo que sucede con los contratos públicos no sometidos o parcialmente sometidos al Derecho europeo, en el caso de que pueda identificarse un interés transfronterizo cierto, habría que aplicar los principios del Derecho primario vinculados a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. Si ese interés transfronterizo no existiera, habría que remitirse a las normas del Derecho interno”⁴⁸⁸.

Es decir, el TJUE entendió que solo cuando el objeto del contrato tenga interés transfronterizo deberán aplicarse las normas fundamentales del TFUE como son los principios de igualdad, no discriminación y transparencia.

A partir de la doctrina del TJUE, la profesora DÍAZ SASTRE extrae los elementos que caracterizan estos instrumentos jurídicos, identificando los tres siguientes⁴⁸⁹:

⁴⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2018, *Tirkonnen*, asunto C-9/17, [ECLI:EU:C:2018:142](#).

⁴⁸⁸ DÍEZ SASTRE, Sílvia. “Contratos «open-house»: comprar sin licitar”. *Op. Cit.*, p. 16.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, pp. 13-15.

1. La onerosidad, no solo en términos de precio, sino también entendida como existencia de derechos y obligaciones recíprocos entre las partes.
2. La ausencia de selectividad, como inexistencia de selección de un único proveedor u operador económico, de manera que no existe exclusividad del adjudicatario frente a sus competidores. Para el TJUE la existencia de selección y exclusividad es intrínseca a la figura del contrato, por lo que su ausencia comporta la inexistencia de un contrato público y, además, ausencia de riesgo de discriminación o afección a la competencia.
3. La apertura permanente, pues de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE en la Sentencia *Tirkonnen*⁴⁹⁰, no existe impedimento para que el plazo de presentación de solicitudes por parte de los operadores económicos para participar como proveedores se encuentre temporalmente cerrado durante el periodo de vigencia del acuerdo marco.

Bajo las anteriores premisas, y a pesar de su caracterización por parte de la doctrina como instrumentos no contractuales, los conciertos sociales se asemejan más a los contratos, pues “los sujetos, el objeto y el carácter oneroso son los propios de un contrato público; el hecho de que estas acciones concertadas se reserven a entidades sin ánimo de lucro no obsta para poder considerarlos, en su caso, contratos públicos. De manera que solo se tratará de «instrumentos no contractuales», en el sentido de que no son contratos públicos, si no hay una decisión de selección de unos operadores frente a otros”⁴⁹¹.

Así, dado que la mayoría de la legislación autonómica prevé dos fases diferenciadas: una primera fase de cumplimiento de requisitos previos y una segunda fase de valoración de las distintas entidades, en la que se prefiere a unas entidades frente a otras⁴⁹², DÍEZ SASTRE afirma que “en los casos en que exista una decisión de selección de unos proveedores frente a otros, no puede hablarse de una forma de contrato *open house* y tampoco, por tanto, de un instrumento no contractual”⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2018, *Tirkonnen*, asunto C-9/17, [ECLI:EU:C:2018:142](#).

⁴⁹¹ DÍEZ SASTRE, Sílvia. “Contratos «open-house»: comprar sin licitar”. *Op. Cit.*, p. 21.

⁴⁹² DÍEZ SASTRE, Sílvia. “La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios”, en AGULLÓ AGÜERO, Antonia. *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*. Valencia: Ed. Tirant, 2020, p. 258.

⁴⁹³ DÍEZ SASTRE, Sílvia. “Contratos «open-house»: comprar sin licitar”. *Op. Cit.*, p. 21.

4.2. Las subvenciones públicas

En la prestación de servicios sociales públicos por parte de entidades privadas en régimen de colaboración público-privada ha sido muy frecuente la financiación de dichos servicios a través de la convocatoria de subvenciones públicas.

Como bien es sabido, las subvenciones públicas establecen una relación entre Administraciones públicas y beneficiarios de las subvenciones que se aleja de cualquier relación de carácter contractual o prestacional, pues su naturaleza está configurada, de conformidad con la normativa reguladora de las subvenciones públicas, como el ejercicio de una potestad de fomento de actividades de la iniciativa privada con interés general⁴⁹⁴.

A pesar de ello, como decíamos, ha sido frecuente la tramitación de subvenciones para la compensación y promoción de servicios sociales. Lo cierto es que esta forma de proceder no choca, al menos de manera frontal, con la normativa de aplicación a las subvenciones, más enfocada a la garantía de la igualdad de trato y la regulación del procedimiento de otorgamiento, en el caso de la normativa española, y a la protección de la libre competencia y la regulación de las ayudas de Estado, en el caso de la normativa comunitaria⁴⁹⁵.

El artículo 2.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones⁴⁹⁶, entiende por subvención toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos que conforman el sector público, a favor de personas públicas o privadas, siempre que:

- a) La entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) La entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, o la concurrencia de una situación.
- c) El proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

⁴⁹⁴ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales”. *Op. Cit.*, p. 190.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 217.

⁴⁹⁶ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Boletín Oficial del Estado núm. 276, de 18 de noviembre de 2003.

Por lo tanto, si el importe entregado por la entidad que otorga la subvención no es correlativo a la prestación recibida, puede operar la subvención como instrumento para satisfacer las necesidades de la Administración pública. Es decir, no existe una actividad prestacional, sino de fomento.

De esta forma, no siempre resulta sencillo identificar cuando se financia un servicio social de responsabilidad pública o cuando se financia una actuación social de la iniciativa privada que debe ser apoyada y fomentada.

A este respecto, existen dos notas que, a juicio de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, son definitorias para identificar si nos encontramos ante un contrato o ante una subvención, y que, en esencia, atienden, por un lado, a si se cubre o no el coste total del servicio o si existe un sistema de gestión directa o indirecta de la prestación por parte de la Administración pública y, por el otro, si se trata del fomento de una actividad privada de forma complementaria al sistema propio de gestión directa o indirecta de servicios públicos⁴⁹⁷.

Considerando lo anterior, podemos afirmar que en muchas ocasiones la financiación de la prestación de servicios sociales se articula a través de subvenciones, retribuyéndose el servicio prestado como fuente exclusiva para sufragar los costes de la prestación de un servicio que se realiza por encargo de una Administración pública o cuya prestación compete a dicha Administración pública como parte de la cartera de servicios sociales de su competencia; circunstancia que, como hemos indicado, debería suponer su caracterización como prestación de naturaleza contractual.

Así las cosas, lo cierto es que, de forma reiterada, se vehicula como una subvención, a nuestro juicio, en fraude de ley, la financiación completa de servicios sociales incluidos en la cartera de servicios públicos, lo que claramente supone una alteración del fin que justifica el otorgamiento de una ayuda o subvención pública.

En definitiva, y en nuestra opinión, consideramos que la subvención no constituye un instrumento jurídico válido para la articulación de la prestación de servicios sociales públicos por parte de operadores privados.

⁴⁹⁷ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales”. *Op. Cit.*, pp. 219-220.

4.3. Los convenios administrativos

Los convenios se han empleado, tradicionalmente, como una fórmula más para la atención de ciertas necesidades sociales al igual que ha sucedido con las subvenciones y ayudas públicas. Sin embargo, a diferencia del caso de las subvenciones, bajo la figura de los convenios para la prestación de servicios sociales lo que subyace son auténticos contratos públicos.

Cuando nos referimos a los convenios podemos entender incluidos en este concepto dos tipologías de convenios distintos, los convenios administrativos y los convenios sociales regulados en la normativa de servicios sociales, si bien dicha diferenciación, en realidad, no se basa en una categorización de dos instrumentos jurídicos distintos, sino en la especialidad de su propia configuración.

Así, en primer lugar, existe la categoría general de convenios administrativos en los términos recogidos en los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, “LRJSP”)⁴⁹⁸, esto es, como acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, o las universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común.

La suscripción de estos convenios deberá, según la misma Ley, mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, sin poder tener por objeto prestaciones propias de los contratos.

Adicionalmente, cuando nos referimos a los convenios para la prestación de servicios sociales, reseñamos como una categoría diferenciada de los convenios de carácter general a aquellos incluidos en las normas de servicios sociales para poner en marcha programas innovadores o nuevas iniciativas, de forma que requieren que ambas partes contribuyan económicamente al convenio y se equiparan, en ocasiones, a subvenciones o ayudas públicas.

La prestación de servicios sociales a través de convenios ha sido reconocida en varias de las normas autonómicas de servicios sociales. Para citar solo alguna, cabe referir que el artículo 60 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales del País

⁴⁹⁸ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Boletín Oficial del Estado núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

Vasco⁴⁹⁹, establece que las Administraciones públicas vascas, en el ámbito de sus competencias, podrán organizar la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, régimen de concierto, gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las administraciones públicas, y convenios con entidades sin ánimo de lucro en aquellos supuestos en los que la singularidad de la actividad de la entidad o de la prestación o servicio del que se trate, su carácter urgente o su carácter innovador y experimental, aconsejen la no aplicación del régimen de concierto en los términos en los que el mismo se regule y así se motive.

Por lo tanto, esta norma articula la ordenación de la prestación de estos servicios a través de convenios con entidades sin ánimo de lucro siempre que concurren los referidos requisitos de singularidad, urgencia o su carácter innovador o experimental. En concreto, según dicha Ley, el convenio será un instrumento válido para aquellos supuestos en los que la singularidad de la actividad de la entidad o de la prestación o servicio del que se trate, su carácter urgente o su carácter innovador y experimental, aconsejen la no aplicación del régimen de concierto en los términos en los que el mismo se regule y así se motive.

En esta misma línea, el artículo 79 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña⁵⁰⁰, prevé la posibilidad de formalizar convenios entre entidades privadas de servicios sociales acreditadas y la Administración competente en materia de servicios sociales para prestar servicios sociales de responsabilidad y financiación pública.

Un ejemplo más de la utilización de los convenios para articular la prestación de servicios sociales públicos en colaboración con operadores privados lo encontramos en el artículo 93 de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana⁵⁰¹, que establece que las Administraciones públicas valencianas podrán subscribir con la iniciativa social convenios y acuerdos de colaboración que tengan por objeto las actuaciones relacionadas con la provisión de las prestaciones del Sistema Público Valenciano de Servicios Sociales que, por razón de las personas

⁴⁹⁹ Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales del País Vasco. Boletín Oficial del estado núm. 242, de 7 de octubre de 2011.

⁵⁰⁰ Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña. Boletín Oficial del Estado núm. 266, de 6 de noviembre de 2007.

⁵⁰¹ Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana. Boletín Oficial del Estado núm. 61, de 12 de marzo de 2019.

jurídicas, objeto o causa, no son susceptibles de sujetarse a las normas sobre contratación del sector público o sobre acción concertada.

Sin embargo, más allá de estas referencias normativas que permiten el uso de los convenios como instrumentos para la articulación de servicios sociales públicos incluidos en la cartera de servicios por parte de operadores económicos privados, lo cierto es que, en nuestra opinión, su adecuación como instrumento válido para el desarrollo de servicios estables o de prestación generalizada es exigua, pues tienen una seguridad jurídica limitada debido a la escasa transparencia en el procedimiento de selección del operador económico privado y a la habitual ausencia de libre concurrencia en dicha selección.

De esta forma, resulta frecuente una total confusión entre los convenios para la prestación de servicios sociales e instrumentos jurídicos que, bajo la denominación de convenios, esconden auténticos contratos. Es decir, bajo la apariencia de convenios para la prestación de servicios sociales se ocultan contratos públicos carentes del preceptivo procedimiento de selectividad del operador económico privado conforme a las reglas recogidas en la normativa comunitaria de contratación pública.

A este respecto, debe recordarse que, como hemos indicado anteriormente, los convenios deben tener por finalidad la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, sin poder tener por objeto prestaciones propias de los contratos.

A nuestro juicio, la referida distinción o categorización entre lo que hemos denominado convenios de carácter general y los convenios especiales para la prestación de servicios sociales no es más que el fruto de la existencia de un mismo y único instrumentos jurídico en la normativa sectorial.

Por lo tanto, lo que a nuestros efectos resulta relevante en relación con los convenios cuyo objeto consiste en la prestación de servicios sociales, es la correcta identificación y diferenciación entre dicho instrumento jurídico y los contratos públicos.

Al objeto de delimitar cuándo nos encontramos ante un auténtico convenio, debemos referirnos a lo establecido en los artículos 6.2 LCSP y 47 de la LRJSP, que definen los convenios como acuerdos con efectos jurídicos para las partes para un fin común y cuyo objeto no es el de los contratos públicos, de tal forma que su utilización debe quedar circunscrita a la necesidad de suscribir un acuerdo para la consecución de un fin de

interés general que no responda a una mera prestación o aprovisionamiento para la ejecución de una obra o suministro, ni para la prestación de un servicio a través de una relación onerosa y sinalagmática de naturaleza contractual.

Por su parte, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ defiende que “debe atenderse al único elemento distintivo entre ambas figuras, esto es, que los convenios tengan un objeto distinto del de los contratos del sector público, tal y como exigen el apartado 2 del artículo 6 de la LCSP respecto de los convenios entre administraciones y sujetos privados, así como el artículo 47 de la LRJSP”⁵⁰².

Es decir, según sostiene dicho autor, de acuerdo con el artículo 47 de la LRJSP, los convenios son aquellos acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las partes para un fin común. En su virtud, cada una de las partes se obliga a realizar una determinada prestación, pero a diferencia del contrato, esta prestación no la percibe la otra parte. No hay intercambio de prestaciones, sino puesta en común de ellas para un objetivo en el que concurre el interés de las partes⁵⁰³.

En definitiva, de forma sintetizada, podríamos concluir que cuando no exista contraprestación entre las partes ni relación sinalagmática, no estaremos ante un contrato, sino ante un convenio administrativo, siendo la existencia de precio, retribución o compensación un elemento definitorio esencial de la caracterización como contrato de los acuerdos que puedan suscribirse con los poderes públicos.

4.4. Los conciertos

El concierto es una forma de gestión de servicios con una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁰⁴. La normativa sobre sanidad, educación o servicios sociales, de naturaleza fundamentalmente autonómica, lo contempla como una alternativa a la gestión directa de dichos servicios⁵⁰⁵.

⁵⁰² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales”. *Op. Cit.*, p. 213.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 214.

⁵⁰⁴ DARNACULLETA GARDELLA, M^a. Mercè *Op. Cit.*, p. 188.

⁵⁰⁵ BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “La contratación de los servicios a las personas” en GAMERO CASADO, Eduardo y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, *Tratado de contratos del sector público*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018, p. 2816.

Como indicábamos en el apartado anterior, algunas de las normas autonómicas de servicios sociales prevén la colaboración público-privada a través de la suscripción de conciertos de servicios sociales como instrumentos distintos a los contratos públicos y a la propia acción concertada.

Respecto a qué debemos entender por concierto, el antiguo artículo 277.c) del TRLCSP definía el concierto como aquella modalidad de contrato con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyan el servicio público de que se trate. Por lo tanto, en la normativa reguladora de la contratación pública anterior a la vigente, el concierto era un contrato administrativo típico de servicio público para gestionar indirectamente un servicio público donde el contratista, que ya prestaba la actividad objeto del contrato, desarrolla su actividad sin riesgo y ventura⁵⁰⁶.

Sin embargo, la vigente LCSP ya no entiende el concierto como instrumento para la gestión indirecta de servicios públicos por lo que, en el ámbito de la prestación de servicios sociales, su prestación ya no se configura a través del concierto. La única referencia que tenemos al concierto la encontramos en las normas autonómicas de servicios sociales que, en esencia, han servido de base para el desarrollo normativo y material de la acción concertada o concierto social en los términos en los que nos hemos referido anteriormente⁵⁰⁷.

Atendiendo a lo anterior, a nuestro juicio, no existe un concierto para la prestación de servicios sociales distinto a lo que se ha entendido por concierto social o acción concertada, de forma que tales conciertos tienen naturaleza contractual, como así ha dictaminado el TJUE.

De hecho, la naturaleza contractual del concierto sí se ha visto claramente reflejada en el ámbito sanitario y educativo, donde existe un mayor desarrollo normativo.

En estos ámbitos se han utilizado durante décadas, y de forma extendida, los conciertos para la organización de la prestación de estos servicios, entendiéndolos como instrumentos adecuados para la articulación de la colaboración público-privada, sin que,

⁵⁰⁶ GIEURE LE CARESSANT, Javier. “Gestión indirecta: gestión interesada” en CARBONERO GALLARDO, José Miguel. *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*. Madrid: Ed. La Ley, 2010, p. 604.

⁵⁰⁷ A título de ejemplo, puede citarse el artículo 60 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales del País Vasco (Boletín Oficial del Estado núm. 242, de 7 de octubre de 2011), o el artículo 75 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña (Boletín Oficial del Estado núm. 266, de 6 de noviembre de 2007).

a diferencia de lo que ha sucedido con el concierto social, haya surgido una excesiva controversia respecto a su naturaleza jurídica y conformidad a Derecho. Aunque autoras como DARNACULLETA GARDELLA entienden que su viabilidad singular se encuentra en vías de extinción, debiéndose reconducir a un instrumento de naturaleza contractual típica, nada impide que la normativa los articule como instrumentos contractuales con una regulación normativa propia para contratos de servicios a las personas o para contratos administrativos especiales⁵⁰⁸.

En el ámbito educativo, tradicionalmente se ha utilizado el concierto como mecanismo jurídico para la financiación pública de los centros privados de enseñanza⁵⁰⁹, de tal forma que el concierto educativo se ha definido como el instrumento para el sostenimiento de centros privados con fondos públicos, teniendo por objeto garantizar la enseñanza como servicio público en condiciones de gratuidad⁵¹⁰.

De hecho, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de mayo de 1994, estableció que “el concierto educativo tiene un sustrato negocial, en que el acuerdo de voluntades constituye el soporte jurídico del mismo; lo que quiere decir que, firmado el convenio por ambas partes, su contenido vincula a las mismas, con el alcance jurídico de todo pacto que no sea contradictorio a las norma legal y reglamentos de aplicación”⁵¹¹.

Esa naturaleza contractual comporta que exista una colaboración público-privada en la prestación del servicio público de enseñanza, pero manteniendo el centro su naturaleza privada y con una mayor autonomía de funcionamiento respecto a los centros públicos.

⁵⁰⁸ DARNACULLETA GARDELLA, M^a. Mercè. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Op. Cit., p. 105.

⁵⁰⁹ El régimen de conciertos fue implantado por la Ley 14/1970, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa (Boletín Oficial del Estado núm. 187, de 6 de agosto de 1970), consolidándose en Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 1985).

A partir de su reconocimiento legal, el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos, aprobado por el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, desarrolló el régimen de los conciertos educativos (Boletín Oficial del Estado núm. 310, de 27 de diciembre de 1985).

En relación con esta idea, véase DÍAZ LEMA, José Manuel. *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derechos nacional, y en el derecho comparado*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 1992, p. 79.

⁵¹⁰ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio. “La financiación de la enseñanza. El centro privado concertado”. *Anales de Derecho*, núm. 22, año 2004, p. 300.

⁵¹¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, núm. 1879, de 18 de mayo de 1994, [ECLI:ES:TS:1994:3839](#).

Asimismo, la gestión indirecta de la sanidad puede configurarse a través del concierto, como así prescribe el artículo 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁵¹². En concreto, el precepto dispone que “las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas. A tales efectos, las distintas Administraciones públicas tendrán en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios”.

De ello se desprende que, en principio, el concierto sanitario solo procede en los casos en que queda constatada la insuficiencia de los recursos propios, atribuyéndole una naturaleza suplementaria⁵¹³. No obstante, el concierto supone que las entidades públicas fomenten la cooperación con actores privados para garantizar la asistencia sanitaria, no mediante una decisión unilateral, sino por una relación de cierta reciprocidad, dialogando con los agentes económicos y sociales privados y, por tanto, buscando un balance entre los respectivos intereses⁵¹⁴.

Por consiguiente, y en relación con esta figura jurídica, a los efectos que nos ocupan, resulta relevante destacar cómo los conciertos educativos y sanitarios se han constituido como instrumentos de naturaleza contractual no sometidos a las normas de libre competencia y de contratación pública al no comportar una selectividad o exclusividad del centro en la prestación de servicios de enseñanza o sanitarios, al existir libertad por parte de sus usuarios en la elección del centro educativo o sanitario al que asistir, y sin que ello haya suscitado discusión o controversia sobre su naturaleza o legalidad⁵¹⁵.

4.5. Las corporaciones de derecho público

Aunque sea de forma meramente testimonial, no podemos finalizar este análisis de las figuras no contractuales para la gestión indirecta de servicios sociales sin hacer

⁵¹² Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Boletín Oficial del Estado núm. 102, de 29 de abril de 1986.

⁵¹³ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, Victoria. “El recurso a la iniciativa privada en la gestión sanitaria. Algunas consideraciones críticas”. *Revista del Tercer Sector Social- CEF* núm. 381, año 2014, p. 106.

⁵¹⁴ DOMINGUEZ MARTÍN, Mónica. “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público”. *Revista General de Derecho Administrativo, Iustel*, núm. 50, año 2019, p. 17.

⁵¹⁵ ROMEA SEBASTIÁN, Ángel. *Régimen jurídico de los centros concertados*. Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 2003, p. 111.

referencia a la utilización de corporaciones de Derecho público para la prestación de servicios sociales.

Estas corporaciones, como entidades asociativas de iniciativa privada e interés general, tienen atribuidas algunas funciones o potestades públicas, como la emanación de ciertas normas sectoriales con efectos sobre terceros, o la potestad sancionadora en relación con los miembros de la corporación.

En la categorización de las corporaciones de Derecho público podemos identificar aquellas que cumplen intereses sociales o generales. Entre ellas, resulta paradigmático el caso de la Organización Nacional de Ciegos españoles (ONCE), como Corporación de Derecho Público de carácter social, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar y de autoorganización, cuyos fines sociales se dirigen a la consecución de la autonomía personal y plena integración de las personas ciegas y con deficiencia visual grave.

Es decir, este recurso se basa en la propia iniciativa de la sociedad civil para la prestación de servicios públicos, de tal forma que los poderes públicos realizan una delegación en virtud de dichas asociaciones de iniciativa privada para que puedan encargarse de la prestación de servicios públicos bajos las directrices y regulación de los poderes públicos.

En otras palabras, nos encontramos antes instituciones surgidas de la delegación de potestades públicas en favor de una base asociativa privada para promover y reglar la prestación de los servicios sociales públicos.

A pesar de que este es un instrumento válido y eficaz para la prestación de determinados servicios públicos, lo cierto es que se trata de una alternativa muy excepcional y que no representa una solución que se pueda plantear con carácter general, puesto que las corporaciones de derecho público se dan en supuestos muy concretos y específicos, siendo una excepción en el mapa de instituciones jurídicas existentes y, por lo tanto, teniendo un papel meramente residual.

4.6. Sistemas de selección por el usuario a través de presupuestos personales

Como hemos indicado ya de forma reiterada, el Considerando 114 de la Directiva de Contratación excluye de su ámbito de aplicación los sistemas de financiación de servicios a las personas o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder

adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

A su vez, el artículo 11.6 LCSP excluye de su ámbito de aplicación estos mismos regímenes al establecer que no se somete a dicha ley la prestación de servicios sociales cuando no exista un contrato público y el servicio se articule a través de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación,

A este respecto, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, entiende que ni la Directiva ni la LCSP mencionan el elemento que resulta más relevante para excluir esta operativa de la normativa sobre contratación pública, circunstancia que seguramente ha llevado a la confusión sobre su naturaleza jurídica: se trata de que la elección del operador que en cada caso concreto prestará los servicios no corresponde a la Administración, sino al usuario final⁵¹⁶.

Así las cosas, como hemos indicado en apartados anteriores, la falta de selección del prestador por parte de la Administración pública implicaría que no se dieran los requisitos para la concurrencia de un contrato público en los términos establecidos por el TJUE⁵¹⁷.

Por lo tanto, en esta modalidad, es la Administración pública quien otorga una ayuda o prestación a los usuarios de servicios sociales a fin de que sean las propias personas usuarias las que seleccionen la entidad o centro de la que recibirán los servicios entre aquellos que previamente se encuentra acreditados por la Administración pública.

De esta forma, la selectividad se produce por parte del usuario y no por parte de la propia Administración pública, configurándose una relación prestacional entre el proveedor y la persona beneficiaria pero no, al menos de forma directa, entre la Administración pública y el proveedor de los servicios sociales.

⁵¹⁶ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales”. *Op. Cit.*, p. 227.

⁵¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit*, C-410/14, [ECLI:EU:C:2016:399](#) y Sentencia de 1 de marzo de 2018, *Tirkkonen*, C-9/17, [ECLI:EU:C:2018:142](#).

Sin embargo, como recuerda GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “debe repararse en que tanto la Directiva como la LCSP precisan que debe tratarse de la simple financiación, lo que exige descartar que la administración o la norma que establece el sistema, además de disponer la financiación de la prestación, puedan establecer también un sistema de elección de los prestadores”⁵¹⁸.

Es decir, en este caso no existe un contrato al no existir relación sinalagmática de carácter onerosa al no concurrir una relación ni obligaciones entre Administración pública y prestador del servicio, de forma que se constituye una relación entre Administración pública y ciudadanos con naturaleza de ayuda o subvención pública⁵¹⁹.

Este modelo supone que el beneficiario tiene libertad para elegir al proveedor que desee en función de sus preferencias o posibilidades y se estimula la libre competencia entre los proveedores de servicios, aunque puede generar riesgos económicos para el prestador del servicio por la discontinuidad de los beneficiarios, de la actividad o la financiación insuficiente.

Tanto la Directiva de Contratación como la LCSP se refieren a la simple financiación de las entidades prestadoras sin existencia de contrato público como un supuesto excluido de la normativa de contratación pública. Por lo tanto, no se trata del otorgamiento de ayudas o subvenciones públicas, pues como indica GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, en ese caso “[...] se tratará del otorgamiento de subvenciones conforme a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones⁵²⁰, entonces, ya no existiría “simple financiación”, sino un sistema de selección de los beneficiarios de aquellas que también estaría excluido de la LCSP”⁵²¹.

A este respecto, como hemos indicado anteriormente, con la subvención se financia una actividad que no es responsabilidad de la Administración pública y, en cambio, el contrato articula la gestión indirecta de una prestación que corresponde o es competencia de la Administración pública contratante, de tal forma que en este caso,

⁵¹⁸ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales”. *Op. Cit.*, p. 228.

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Boletín Oficial del Estado núm. 276, de 18 de noviembre de 2023.

⁵²¹ *Ibid.* p. 229.

dado que se estaría encomendado la prestación de servicios a prestar por la propia Administración pública, no se podría categorizar como una subvención o ayuda⁵²².

A lo largo del presente apartado hemos recogido de forma sucinta algunos instrumentos jurídicos de carácter no contractual para la configuración de la gestión indirecta de servicios sociales. Sin embargo, lo cierto es que, en nuestra opinión, ninguno de ellos se presenta, por el momento, como una alternativa plenamente válida, real y adecuada para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública en régimen de colaboración público-privada. En concreto, o son figuras que no responden a la realidad del actual marco prestacional en España o, simple y llanamente, en su configuración actual tienen un difícil encaje en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, su estudio y análisis es relevante a los efectos de elaborar una propuesta de régimen no contractual para la prestación de servicios sociales, pues son la base que permite discernir qué elementos de los actuales instrumentos no atienden a las razones que motivarían un régimen alternativo adecuado para la conservación del rol del TSAS en la ejecución de servicios sociales públicos y, además, permiten identificar elementos válidos que puedan ser tenidos en cuenta en la propuesta de revisión de la acción concertada hacia un modelo de naturaleza no contractual válido para los fines perseguidos.

5. Recapitulación

A pesar del claro dominio del modelo de gestión indirecta para la prestación de servicios públicos sociales, a lo largo del presente capítulo hemos puesto de manifiesto la libertad de los poderes públicos para gestionar y prestar los servicios sociales públicos, tanto a través de la gestión directa, como a través de la gestión indirecta mediante la colaboración con operadores privados.

A su vez, dentro de la gestión indirecta, existe una total libertad para hacerlo mediante instrumentos contractuales, pero también a través de instrumentos de carácter no contractual.

En el caso de la vía contractual, hemos detallado como los servicios a las personas gozan de un régimen regulatorio singular debido a su menor interés transfronterizo a causa de las propias características intrínsecas de este tipo de servicios. Dicho régimen singular prevé que el umbral para su consideración como contratos armonizados sea superior al umbral aplicado como norma general para el resto de servicios y la

⁵²² *Ibid.*

posibilidad de reservar dichos contratos a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción.

Además, la jurisprudencia comunitaria no solo ha reconocido este régimen contractual singular para la prestación de servicios a las personas, sino que incluso ha permitido la adjudicación directa de la prestación de estos servicios bajo determinadas condiciones, justificadas por el hecho de que estos servicios se dirigen a las personas, de manera que permiten una aplicación distinta de las normas de competencia en beneficio de los principios de solidaridad y universalidad.

Adicionalmente a este régimen contractual, hemos puesto de manifiesto que tanto la normativa como la jurisprudencia aplicable a la prestación de servicios públicos por parte de operadores privados recogen la posibilidad de prestar servicios sociales de responsabilidad pública a través de fórmulas no contractuales.

De hecho, en los últimos años la gestión indirecta de servicios sociales a través de vías no contractuales ha experimentado un notable desarrollo a través del reconocimiento normativo de la acción concertada como instrumento no contractual para la prestación de estos servicios por parte de operadores privados en colaboración con las Administraciones públicas; configuración que ha permitido su desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas en uso de sus competencias propias e, incluso, el establecimiento de un modelo reservado a entidades sin ánimo de lucro a fin de garantizar su permanencia en el sector.

La acción concertada como figura de referencia y de carácter innovador en los últimos años, configurada, como decíamos, por la mayoría de Comunidades Autónomas y por parte de la doctrina científica como un régimen de carácter no contractual, finalmente ha sido calificada por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como de carácter contractual.

Esta recategorización de la acción concertada como un instrumento contractual no resulta baladí a los efectos de la articulación de instrumentos no contractuales para la gestión indirecta de servicios sociales, pues ha supuesto la pérdida del instrumento más relevante e innovador para aquellos que defendemos la necesidad de un régimen no contractual para la prestación de servicios a las personas.

Es decir, la reconducción de la acción concertada a una forma de contrato público ha supuesto una auténtica estocada a la línea de flotación de este instrumento jurídico como alternativa al régimen de contratación pública para la prestación de servicios sociales públicos en colaboración con operadores privados.

La cuestión no es menor, pues como hemos indicado a lo largo del presente capítulo, en la actualidad no existen alternativas reales no contractuales que ofrezcan una solución óptima para la ordenación de la prestación de servicios sociales públicos en colaboración con operadores privados.

En concreto, algunos de los instrumentos jurídicos analizados, como es el caso de las subvenciones públicas o las corporaciones de derecho público, carecen de los elementos necesarios para resultar una alternativa real y adecuada al régimen de contratos públicos al tener un objetivo ajeno a la gestión indirecta de un servicio de titularidad pública.

Por su parte, otros instrumentos tradicionales para la gestión de servicios sociales públicos, como el convenio administrativo o el concierto, o bien son un instrumento sin encaje en la actual regulación del convenio, o bien tienen naturaleza contractual.

Finalmente, los contratos *open-house* o los sistemas de selección por el usuario resultan alternativas adecuadas para la prestación de estos servicios, pero en un escenario de ausencia de selectividad del operador económico privado por parte de las Administraciones públicas.

De todo el análisis realizado a lo largo del presente capítulo se desprende que, a pesar de la existencia de un régimen singular para la contratación de servicios a las personas, este régimen se muestra insuficiente para colmar las necesidades del TSAS. A su vez, la acción concertada, en su configuración actual, no ha resultado adecuada como alternativa real a la contratación pública pues, en la práctica y con base en la jurisprudencia comunitaria, se ha equiparado a un régimen de carácter contractual.

Frente a ello, no existen, por el momento, otras vías que supongan una solución óptima para la prestación por parte de operadores privados de servicios públicos a las personas en colaboración con las Administraciones públicas.

Sobre esa base, persiste un potencial riesgo de extinción del sector no lucrativo en la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública. Y ello a pesar de que el TJUE ha declarado conforme a Derecho la reserva de los conciertos sociales a entidades sin ánimo de lucro cuando dicha reserva sirva para garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de estos servicios, así como las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, concluyendo que dicha reserva no es contraria al principio de igualdad, siempre y cuando la exclusión de entidades con fines lucrativos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan ese sistema.

Por lo tanto, el impacto de la consideración contractual de la acción concertada por parte del TJUE resulta especialmente relevante sobre aquellas regulaciones que establecían una acción reservada a entidades sin ánimo de lucro, pues esta era una vía adecuada para garantizar la presencia de estas entidades en la prestación de estos servicios ante la paulatina pérdida de presencia derivada de su baja competitividad en procesos de contratación pública; objetivo que parece ahora frustrado.

Tras el análisis de los modelos de gestión de servicios sociales públicos, debemos concluir que éstos siguen sin ofrecer una solución óptima para las entidades del TSAS como agentes que tradicionalmente se han hecho cargo de estos servicios bajo principios de solidaridad y universalidad, cuando carecían de rentabilidad económica, siendo necesario analizar a continuación qué elementos deberían concurrir para configurar un instrumento jurídico adecuado para tal fin conforme con el Derecho comunitario.

**Capítulo V: Elementos, principios y modelos para la
configuración de un sistema alternativo para la prestación de
servicios sociales públicos**

1. El concepto de contrato público

La configuración de modelos alternativos para la prestación de servicios sociales públicos requiere de la consideración y definición de ciertos instrumentos y conceptos jurídicos a fin de que puedan ser tenidos en cuenta al realizar los planteamientos que sirvan de apoyo a la hipótesis que se defiende a lo largo de esta tesis.

La primera de estas cuestiones es qué debe entenderse por contrato público y cuáles son los elementos que lo constituyen.

La definición de contrato público se desprende de la propia normativa comunitaria reguladora de la contratación pública, así como de la normativa estatal de contratación del sector público.

El concepto de contrato público recogido en la normativa y jurisprudencia comunitaria difiere del establecido en el artículo 2.1 LCSP. El artículo 2 de la Directiva de Contratación define los contratos públicos como los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto es la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios.

Por su parte, el artículo 2.1 de la LCSP los define como contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades del sector público o sus poderes adjudicadores y que generen algún tipo de beneficio económico al contratista.

Por lo tanto, en la Directiva de Contratación se define el contrato público atendiendo a la existencia de un interés económico directo para el poder adjudicador, mientras que en la LCSP se centra en la obtención de un beneficio económico por el contratista⁵²³.

Tomando como referencia la definición contenida en la Directiva de Contratación, para que un contrato sea calificado como contrato público debe haberse celebrado entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, tener carácter sinalagmático, haberse celebrado a título oneroso y, además, que la entidad

⁵²³ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco. “Comentario de urgencia de la STJUE 04/06/2020, C-429/19, *Remondis*: distinción entre contrato público – cooperación horizontal transferencias de competencias”, *Crisis y contratación pública*, junio de 2020, pp. 3-4.

pública contratante reciba una prestación que comporte un interés económico directo para ese poder adjudicador⁵²⁴.

La cuestión relevante no es tanto subjetiva, esto es, qué sujetos celebran el contrato, sino de carácter objetivo, es decir, qué elementos tiene ese contrato para ser considerado un contrato público⁵²⁵.

Como decíamos, para que se considere un contrato público, la relación debe tener carácter oneroso, entendido como un acuerdo en virtud del cual cada una de las partes se compromete a realizar una prestación en contrapartida de otra⁵²⁶, que debe comportar un interés económico directo para el poder adjudicador⁵²⁷.

Así, un contrato que establezca un intercambio de prestaciones estará incluido en el concepto de contrato público, aunque la retribución prevista se limite al reembolso parcial de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado⁵²⁸. Asimismo, para la existencia de un contrato público debe concurrir selectividad de un operador económico para la ejecución de la prestación en exclusiva en los términos que analizaremos más adelante⁵²⁹.

En este punto, conviene referirnos a la distinción entre contratos y convenios, pues estos últimos suelen ser un instrumento recurrente para la articulación de la prestación de servicios sociales públicos por parte de operadores privados.

⁵²⁴ MORENO MOLINA, José Antonio. “Concepto de contrato público y acuerdos de cooperación entre entidades públicas. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 28 de mayo de 2020, C-796/18”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 169, año 2020.

⁵²⁵ GIMENO FELIU, José María. “Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: A propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)”. *Observatorio de los contratos públicos*, 2020, p. 32.

⁵²⁶ MORENO MOLINA, José Antonio. “Suministro de medicamentos. Concepto de contrato onerosos. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Octava, Sentencia de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 161, año 2019.

⁵²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15, apartado 43, [ECLI:EU:C:2016:985](#).

⁵²⁸ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, C-159/11, apartado 29, [ECLI:EU:C:2012:817](#), y de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock*, C-386/11, apartado 31, [ECLI:EU:C:2013:385](#).

⁵²⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica; CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. “La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”. *Derecho y Salud*, Vol. 29 núm. 1, año 2019, p. 187.

El concepto y el régimen jurídico de los convenios administrativos se encuentra regulado en el título preliminar, capítulo VI, de la LRJSP. Según el artículo 47.1 de dicha ley, se entiende por convenio administrativo el acuerdo de voluntades, por escrito, entre dos o más sujetos de derecho público, o entre uno de ellos y uno o varios sujetos de derecho privado, para un fin común de interés público, que no genere obligaciones recíprocas de contenido económico.

Los convenios administrativos no tienen por objeto una contraprestación económica, sino una colaboración o coordinación entre las partes para la consecución de un fin público.

De conformidad con dicha norma, los requisitos de los convenios administrativos son los siguientes:

- a) Deben tener un objeto lícito, posible, determinado o determinable, y de interés público, que no pueda ser alcanzado de forma unilateral por las partes o mediante un contrato administrativo.
- b) Deben respetar el principio de legalidad, el ordenamiento jurídico y las competencias de las partes, sin que puedan alterar o eludir las normas que regulan el procedimiento o el control administrativo.
- c) Deben contener, al menos, los siguientes extremos: la identificación de las partes, el objeto y finalidad del convenio, los compromisos y obligaciones asumidos por cada parte, el plazo de vigencia y las causas de extinción, el régimen de modificación, seguimiento, control y evaluación del convenio, y la solución de las controversias que puedan surgir en su aplicación o interpretación.

Por su parte, estamos de acuerdo con SANTIAGO IGLESIAS cuando sostiene que el elemento determinante de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico es la causa y no el objeto⁵³⁰.

De esta forma, aun cuando el objeto del convenio pueda resultar análogo al de un contrato típico sometido a la normativa de contratación pública, tendrá naturaleza de convenio cuando sus fines estén vinculados a una finalidad de coordinar, cooperar o

⁵³⁰ SANTIAGO IGLESIAS, Diana. “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015, p.31.

auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común de interés público.

Esta afirmación se encuentra alineada con la doctrina del TJUE, que admite la posibilidad de articular acuerdos de colaboración a través de convenios sin la consideración de contratos públicos si se constituyen como fórmulas organizativas y no contractuales y concurren los siguientes tres requisitos: (i) que tenga un objetivo o fin de interés público, (ii) que la prestación no tenga naturaleza comercial y (iii) que existan derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución⁵³¹.

Por lo tanto, cuando no se den las referidas condiciones, el negocio jurídico deberá entenderse como un contrato a pesar de que haya sido denominado convenio, pues no es admisible una extensión del concepto de convenio que permita englobar otros negocios jurídicos que generen derechos y obligaciones recíprocas alejados de la finalidad de servir a principios de interés general instrumentalizados a través de un acuerdo de cooperación.

En definitiva, para la definición de modelos alternativos para la prestación de servicios sociales públicos debe valorarse si dicho régimen alternativo tiene la naturaleza de contrato y, en su caso, si puede ser considerado un contrato público en los términos anteriormente expuestos, pues ello resultará relevante para la determinación de la normativa que le resulte de aplicación.

2. El concepto de selectividad del contrato

En el apartado anterior hemos hecho referencia al concepto de contrato público, definido como contrato oneroso celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto es la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios.

Por lo tanto, un contrato público se caracteriza, como decíamos, por ser sinalagmático, oneroso e incluir una prestación con interés económico para el poder adjudicador.

Una característica adicional que hemos referido anteriormente es la selectividad de dichos contratos.

⁵³¹ Sentencias del TJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, asunto C-324/07, apartados 48 y 49, [ECLI:EU:C:2008:621](#), y de 9 de junio de 2009, *Comisión vs. República Federal de Alemania*, asunto C-480/08, apartado 47, [ECLI:EU:C:2009:357](#).

Procede ahora analizar de forma pormenorizada esta cuestión por su relevancia en relación con la cuestión que ahora nos ocupa.

Podemos definir la selectividad como el elemento que supone que, a través del contrato público, uno o varios poderes adjudicadores otorgan la exclusividad de la prestación de un servicio, suministro u obra a uno o varios operadores económicos. Es decir, el contrato implica la selección del operador u operadores económicos que ejecutarán la prestación como único proveedor de ese o esos poderes adjudicadores.

La selectividad, como característica intrínseca de los contratos para su categorización como contratos públicos, ha sido reconocida por la jurisprudencia comunitaria⁵³².

En concreto, la Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit*, asunto C-410/14⁵³³, sostiene que cuando una entidad pública pretenda celebrar contratos de suministro con todos los operadores económicos que deseen prestar el servicio en las condiciones indicadas por dicha entidad, la no designación de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tendrá como consecuencia la no necesidad de aplicar la normativa de contratación pública. De esta forma, se concluye que la elección de una oferta, y, por tanto, de un adjudicatario, es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos y, por consiguiente, al concepto de contrato público en el sentido de la normativa de contratación.

En esta misma línea, la Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2018, *Tirkonnen*, asunto C-9/17⁵³⁴, reiteró que la elección de una oferta, y, por tanto, de un adjudicatario, es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos, de tal forma que la no designación de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tendrá como consecuencia que no haya necesidad de aplicar la normativa de contratación pública.

Atendiendo a dichas sentencias, es posible afirmar que el TJUE ha concluido que la finalidad de los procedimientos de contratación pública es otorgar una exclusividad, bajo principios de igualdad de trato y no discriminación, siendo este elemento de

⁵³² MORENO MOLINA, José Antonio. Suministro de medicamentos. “Concepto de contrato onerosos. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Octava, Sentencia de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17”. *Op. Cit.*, p. 31.

⁵³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit*, asunto C-410/14, apartados 37-38, [ECLI:EU:C:2016:399](#).

⁵³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2018, *Tirkonnen*, asunto C-9/17, apartados 30 y 31, [ECLI:EU:C:2018:142](#).

elección una característica intrínseca de los contratos públicos, de tal forma que la no designación de un operador económico al que se conceda tal exclusividad tendrá como consecuencia que no haya necesidad de aplicar la normativa de contratación pública.

De esta forma, los procedimientos no sometidos a los principios de selectividad y de concurrencia, por cuanto se admite como proveedor a todo operador económico que cumpla los requisitos previamente establecidos, quedan excluidos de la normativa de contratación pública⁵³⁵.

Así ha sido refrendado por el profesor HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, al afirmar que “no existe contrato cuando una entidad pública adquiere bienes en el mercado contratando con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en las condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo selección de operadores”⁵³⁶.

Por lo tanto, en aquellos casos en que todos los operadores pueden concurrir en condiciones de transparencia e igualdad de trato y, además, que la admisión o selección se sustente en la apreciación de la aptitud de los operadores y no en criterios de adjudicación que lleve a competir entre ellos, la adquisición se formalizará mediante un contrato que, por su caracterización no selectiva ni concurrencial, quedaría excluido del ámbito de la normativa de contratación pública⁵³⁷.

3. Principios para la configuración de un sistema alternativo para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública

De la misma forma que es necesario entender qué debe entenderse por contrato público o cuáles son los elementos característicos de un contrato público para poder plantear un instrumento jurídico alternativo para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública, es también necesario analizar bajo qué principios es posible configurar esa alternativa.

A continuación procedemos al análisis de dichos principios.

⁵³⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica; CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. “La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”. *Op. Cit.*, p. 201.

⁵³⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco. “Comentario de urgencia de la STJUE 04/06/2020, C-429/19, Remondis: distinción entre contrato público – cooperación horizontal transferencias de competencias”. *Op. Cit.*, pp. 3-4.

⁵³⁷ ARRATIBEL ARRONDO, José Antonio. “Análisis de la naturaleza jurídica de la acción concertada sanitaria de las CC.AA”. *Op. Cit.*, p. 145.

1.1. El principio de igualdad de trato y la discriminación positiva

El principio de igualdad de trato, que forma parte de los principios fundamentales del Derecho de la Unión, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones desiguales, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado⁵³⁸. Por lo tanto, el principio de igualdad de trato es un modulador del ejercicio de las libertades de los individuos.

La jurisprudencia del TJUE ha establecido que la libertad de los Estados miembros en cuanto a la elección de la modalidad de gestión que consideran más adecuada para la ejecución de obras o la prestación de servicios no tiene el carácter de absoluta o ilimitada, por cuanto debe respetar las normas fundamentales del TFUE, y en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia⁵³⁹.

En esta línea, y en relación con los servicios sociales, el Considerando 114 de la Directiva de Contratación afirma que los Estados miembros pueden organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos siempre que se garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación. En concreto, se reconoce la libertad de los Estados miembros y sus poderes públicos para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

A su vez, el artículo 76 de la Directiva de Contratación establece que los Estados miembros son libres de determinar las normas de procedimiento aplicables a la contratación de estos servicios, siempre que tales normas respeten los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos.

⁵³⁸ Sentencia de 17 de diciembre de 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros*, asunto C-336/19, [ECLI:EU:C:2020:1031](#), apartado 85 y Sentencia de 6 de octubre de 2021, *Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (Conacee) contra Diputación Foral de Guipúzcoa y Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (Feacem)*, asunto C-598/19, apartado 36, [ECLI:EU:C:2021:810](#).

⁵³⁹ Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, *Irgita*, asunto C-285/18, apartado 48, [ECLI:EU:C:2019:829](#).

Por lo tanto, los principios de transparencia e igualdad de trato constituyen un elemento esencial de obligado respeto en la configuración de los modelos de prestación de servicios a las personas.

Todo ello resulta conforme con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios consagradas en el TFUE.

En este sentido, los artículos 49 a 62 del TFUE prescriben la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el marco de la Unión, de tal forma que se impide cualquier forma de discriminación por razón de nacionalidad, instando a las instituciones a que ejecuten las medidas para favorecer el ejercicio de estas libertades de establecimiento y prestación de servicios en el conjunto de la Unión.

El derecho de establecimiento incluye el derecho a emprender y ejercer actividades profesionales por cuenta propia, y a establecer y administrar empresas para ejercer actividades permanentes y de carácter estable y continuado, en las mismas condiciones previstas para los nacionales de un Estado miembro.

Por su parte, la Directiva de Servicios consagra la libertad de prestar servicios dentro de la Unión, creando en su conjunto un mercado de servicios único y abierto.

Sobre esa base, como decíamos al inicio de este apartado, el ordenamiento comunitario prohíbe cualquier clase de discriminación o restricción en el marco del mercado comunitario para el establecimiento o la prestación de servicios. La excepción a dicha regla deriva del ejercicio de potestades de poder público o de la existencia de razones de orden público, seguridad o salud pública⁵⁴⁰.

En relación con lo anterior, cabe tener presente que una de las características que conforman muchos de los modelos alternativos para la prestación de servicios a las personas es la reserva de acceso a entidades sin ánimo de lucro.

Pues bien, tal reserva de contratos a entidades sin ánimo de lucro podría resultar contraria a dichos principios de igualdad de trato y no discriminación, publicidad y transparencia, que derivan de las libertades de establecimiento y prestación de servicios reconocidos en los citados artículos 49 y 56 del TFUE, al constituir un posible trato de favor a estas entidades frente a las de finalidad lucrativa.

⁵⁴⁰ Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 2019, *Anica Milivojević vs. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGenl* objet, asunto C-630-17, fundamento jurídico 4, [ECLI:EU:C:2019:123,C-630/17](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TJUE/?uri=CELEX:2019:123:C-630/17).

No obstante, el propio TJUE ha validado esta posibilidad de reserva a entidades sin ánimo de lucro cuando la prestación se basa en una actividad asistencial a las personas ejercida bajo los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia económica, eficacia y equilibrio presupuestario, constitutivos todos ellos de razones imperiosas de interés general que excluyen las reglas de competencia y libre prestación de servicios y, además, cuando se prestan con total ausencia de ánimo de lucro y de obtención de beneficio alguno de las entidades prestadoras, aun aceptando que se vean recompensadas por los costes variables, fijos y permanentes vinculados a la prestación del servicio asistencial⁵⁴¹.

Así, para el caso concreto de los servicios sociales, conviene referirnos a la Sentencia del TJUE de 17 de junio de 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl contra Regione Lombardia*, asunto C-70/95⁵⁴², en la que se declaró compatible con el Derecho comunitario la reserva de la prestación de estos servicios a entidades sin ánimo de lucro, al concluir que una limitación a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios no resultaba contraria al Derecho comunitario en el caso concreto de la prestación de servicios sociales.

Más explícito fue el TJUE en su Sentencia de 11 de diciembre de 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros contra San Lorenzo Soc. coop. sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, asunto C-113/13⁵⁴³, al sostener que un sistema de prestaciones basado en la gestión indirecta mediante convenios adjudicados de forma directa y prioritaria a las organizaciones de voluntariado que excluya a las entidades que no persiguen una finalidad de voluntariado, podía resultar conforme a Derecho sobre la base de que los Estados miembros y sus poderes públicos disponen de libertad para definir qué nivel de protección a la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel, siempre que con ello se contribuya al acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad bajo

⁵⁴¹ Véase ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. “El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos”. *Revista IUS ET VERITAS*, núm. 62, año 2021, p. 30; y MARTÍN EGAÑA, Arantza. “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha*, núm. 25, año 2021, p. 41.

⁵⁴² Sentencia del TJUE de 17 de junio de 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl contra Regione Lombardia*, asunto C-70/95, apartados 33 y 34, [ECLI:EU:C:1997:301](#).

⁵⁴³ Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros contra San Lorenzo Soc. coop. sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, asunto C-113/13, apartados 56 y 57, [ECLI:EU:C:2014:2440](#).

la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos.

En esta misma línea, en la Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2016, *Consortio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros contra Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea y Regione Piemonte*, asunto C-50/14⁵⁴⁴, el tribunal consideró que no infringe la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios una normativa que permita la adjudicación directa y sin publicidad a una entidad sin ánimo de lucro de un contrato para la prestación de servicios sanitarios siempre que, como señala el Tribunal, la prestación de servicios contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

Sobre esa base, en dicha Sentencia el TJUE entendió que “un Estado miembro puede considerar, dentro del margen de apreciación del que dispone para decidir el nivel de protección de la salud pública y organizar su sistema de seguridad social, que el recurso a las asociaciones de voluntariado corresponde a la finalidad social del servicio de transporte sanitario y puede contribuir a controlar los costes ligados a ese servicio”, siempre que responda a una finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria⁵⁴⁵.

Al respecto, el TJUE estableció los límites en los que podía aceptarse esa adjudicación directa, fijando que cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no pueden obtener ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionar ningún beneficio a sus miembros. Por otra parte, si bien admitió el recurso a trabajadores, el TJUE concluyó que la aplicación de esa normativa no podría extenderse hasta cubrir prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo podría ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal.

Finalmente, en cuanto al reembolso de los costes, a juicio del TJUE debería procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso

⁵⁴⁴ Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2016, *Consortio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros contra Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea y Regione Piemonte*, asunto C-50/14, apartados 62 a 65, [ECLI:EU:C:2016:56](#).

⁵⁴⁵ *Ibid.*

de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones.

Por lo tanto, el TJUE admitió la limitación a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios mediante la adjudicación directa a entidades sin ánimo de lucro, cuando tal limitación contribuya al cumplimiento de una finalidad social y a la consecución de objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria.

En este sentido, como recuerdan DOMÍNGUEZ MARTÍN y CHINCHILLA PEINADO, el fundamento de esta decisión del TJUE se basa en que la colaboración con entidades sin ánimo de lucro se presenta como un instrumento para la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, controlando los costes de los servicios a las personas, siempre que estas entidades no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y los permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros. El Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que permita a las autoridades atribuir la prestación de servicios mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de estos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria⁵⁴⁶.

Este criterio fue ratificado por el TJUE en la Sentencia de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20⁵⁴⁷, en relación con la normativa autonómica valenciana reguladora de la acción concertada, al indicar que la prestación de servicios sociales de forma reservada a entidades sin ánimo de lucro no es contraria al principio de igualdad, siempre y cuando dicha exclusión contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan ese sistema.

En dicha Sentencia, el TJUE concluyó que los Estados miembros pueden reservar el derecho a participar en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de servicios sociales de asistencia a las personas a las entidades privadas sin ánimo de lucro, incluidas las que no son estrictamente entidades de voluntariado, siempre que los

⁵⁴⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica.; CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. “La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”, *Op. Cit.*, p. 201.

⁵⁴⁷ Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, *Asade*, C-436/20, apartados 94 y 95, [ECLI:EU:C:2022:559](#).

eventuales beneficios que se deriven de la ejecución de dichos contratos sean reinvertidos por dichas entidades con el fin de alcanzar el objetivo social de interés general que persiguen, admitiendo la reserva, aunque no sea posible que tales contratos públicos puedan adjudicarse directamente, sin un proceso competitivo, a una entidad sin ánimo de lucro que no sea una entidad de voluntariado.

Por lo tanto, el TJUE sostiene que los principios de libertad de establecimiento y de prestación de servicios, y los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, deben ser principios rectores de aplicación obligatoria en el ejercicio de las libertades de los poderes públicos para la definición de los modelos de gestión de servicios públicos, incluso cuando los Estados miembros disponen de libertad para definir el modelo de gestión de servicios públicos bajo objetivos de política social. Así se recoge en su Sentencia de 6 de octubre de 2021, *Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (Conacee) contra Diputación Foral de Guipúzcoa y la Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (Feacem)*, asunto C-598/19⁵⁴⁸.

De las referidas sentencias se desprende una clara doctrina del TJUE que permite la reserva de acceso a los conciertos sociales a entidades sin ánimo de lucro siempre que dicha reserva contribuya a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan ese sistema.

Sin embargo, como recuerda ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, no existe ninguna previsión normativa comunitaria que establezca esa exclusión, por lo que la privación de participación de las entidades mercantiles en los conciertos sociales no tiene un carácter general y, mucho menos, al margen de los estrictos requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia comunitaria⁵⁴⁹.

De todo ello se deduce la necesidad de que se defina un marco jurídico que delimite las condiciones que facultan la reserva a entidades sin ánimo de lucro de estos contratos a fin de que la exclusión de las normas de competencia y de la libre prestación de servicios resulta compatible con el Derecho comunitario y no constituya un elemento discriminatorio contrario al principio de igualdad.

⁵⁴⁸ Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021, *Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (Conacee) contra Diputación Foral de Guipúzcoa y la Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (Feacem)*, asunto C-598/19, apartado 33, [ECLI:EU:C:2021:810](#).

⁵⁴⁹ ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. “El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos”. *Op. Cit.*, p. 30.

1.2. El principio de transparencia

En el apartado anterior, hemos indicado que, en virtud del Considerando 114 y del artículo 76 de la Directiva de Contratación, los poderes públicos pueden establecer normas para la adjudicación de los servicios a las personas al margen del régimen de contratación pública, siempre que se hagan respetando los principios de igualdad de trato y transparencia.

El artículo 15 del TFUE establece que las instituciones de la Unión Europea tienen la obligación de actuar públicamente y garantizar que los ciudadanos, o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un país de la Unión Europea, pueda acceder a los documentos que obran en poder de las Administraciones públicas.

Por lo tanto, de nuevo, y como sucedía en relación con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, a pesar de que los Estados miembros tienen plena libertad para configurar el modelo de gestión de los servicios a las personas, dicho modelo debe respetar los principios básicos del TFUE, siendo uno de ellos el principio de transparencia⁵⁵⁰.

Asimismo, la transparencia está definida como una manifestación del derecho a una buena administración reconocido en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁵⁵¹.

En este sentido, la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, asunto C-196/08⁵⁵², estableció la relación entre libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y transparencia, concluyendo que la transparencia favorece la igualdad de trato y la concurrencia, facilitando una competencia empresarial sana y efectiva, lo que, en definitiva, redundará en una mejora de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

⁵⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros contra Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea y Regione Piemonte*, [ECLI:EU:C:2016:56](#).

⁵⁵¹ GIMENO FELIU, José María. La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia. *Observatorio de Contratación pública*, 12 de mayo de 2014.

⁵⁵² Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, C-196/08, [ECLI:EU:C:2009:628](#).

Asimismo, en su Sentencia de 16 de septiembre de 2013, *Comisión contra Reino de España*, asunto T-402/06⁵⁵³, el TJUE recogía la relevancia del principio de transparencia como manifestación del principio de igualdad de trato y como mecanismo para hacer frente a la arbitrariedad y a la discriminación.

En el ámbito de la contratación y colaboración con operadores privados para la prestación de servicios públicos, el principio de transparencia supone, según la jurisprudencia del TJUE, que se otorgue publicidad a los procedimientos de contratación a fin de favorecer la concurrencia de los operadores interesados y, a su vez, que se permita el control y verificación de los procesos de selección de los proveedores públicos⁵⁵⁴.

Por consiguiente, sea cual sea el régimen configurado, éste deberá ser compatible con el principio de transparencia en cuanto principio fundamental de la Unión, de tal forma que se otorgue la publicidad suficiente al proceso de contratación a fin de que se fomente la concurrencia de operadores en la prestación de servicios públicos a las personas.

1.3. Principios comunes de los modelos alternativos a la contratación pública para la prestación de servicios públicos por parte de operadores privados

La prestación de servicios a las personas requiere, en palabras de GIMENO FELIU, de la aplicación de criterios de adquisición “[...] vinculados a la mejor calidad de la prestación desde la perspectiva del ciudadano, donde el precio, *per se*, debe tener poca incidencia. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación”⁵⁵⁵.

Esta afirmación se sostiene, sin duda, sobre la base de la jurisprudencia del TJUE, que reiteradamente ha entendido que dichos principios se aplican a la prestación de servicios de interés general para las personas⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2013, *Comisión contra Reino de España*, T-402/06, [ECLI:EU:T:2013:445](#).

⁵⁵⁴ Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20, apartado 97, [ECLI:EU:C:2022:559](#).

⁵⁵⁵ GIMENO FELIÚ, José María. *Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la ley de contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios locales*. Op. Cit., p. 7.

⁵⁵⁶ Sentencias del TJUE de 17 de junio de 1997, *Sodemare*, asunto C-70/95, [ECLI:EU:C:1997:301](#), de 11 de diciembre de 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros contra San Lorenzo*

Los servicios a las personas se definen como todas aquellas actividades de interés general, que son esenciales para satisfacer las necesidades básicas de la población y para garantizar el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales, contribuyendo a la mejora continua de la atención especializada a las personas usuarias, y favoreciendo elevados niveles de protección social⁵⁵⁷.

Se trata, por tanto, de servicios que tienen como eje central a la persona, y en cuya organización y prestación priman los criterios de solidaridad y cohesión social frente al de eficiencia económica. Por ello, deben responder a los principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad en la atención, transparencia y calidad⁵⁵⁸.

Para cumplir con dicha premisa, es necesario que la configuración de los modelos de colaboración público-privada de servicios a las personas alternativos al régimen de contratación pública se articulen sobre la base de los principios que analizamos a continuación.

1.3.1. El principio de universalidad

El principio de universalidad ha estado tradicionalmente vinculado a la prestación de servicios sociales.

De hecho, la Comunicación de la Comisión COM (2006) 177 final, de 26 de abril de 2006, sobre servicios sociales de interés general en la Unión Europea, sostenía que los servicios sociales y sanitarios de interés general deben tener garantizada su universalidad, calidad y financiación al resultar fundamentales para la sociedad y economía de la Unión.

Dicho principio se define en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico como el principio que define la cobertura total de un servicio público, incluyendo todas las contingencias sociales y todos los habitantes o residentes⁵⁵⁹.

Por su parte, TORNOS MAS lo define como “[...] el principio que supone el reconocimiento de un derecho a todos los sujetos [...]”⁵⁶⁰ y MOIX MARTÍNEZ lo

Soc. coop. sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus, asunto C-113/13, [ECLI:EU:C:2014:2440](#); y de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20, [ECLI:EU:C:2022:559](#).

⁵⁵⁷ MARTÍN EGAÑA, Arantza. “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”. *Op Cit.*, p. 22.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ [Definición de principio de universalidad - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE](#) (última consulta 15 de abril de 2025).

identifica con “[...] el principio según el cual los servicios sociales deben ser accesibles gratuitamente a todos los ciudadanos, con independencia de sus ingresos”⁵⁶¹.

La universalidad, por lo tanto, permite reforzar la unidad social como principal garantía de que los usuarios potenciales de los servicios sociales puedan acceder a ellos al ofrecerse a todos bajo un régimen de igualdad y sin discriminación⁵⁶².

En definitiva, el principio de universalidad pretende garantizar la prestación de los servicios a las personas a todo el conjunto de la sociedad sin que resulte relevante, como expondremos en relación con el principio de solidaridad, el grado de contribución de cada una de ellas a la financiación o sostenimiento del concreto servicio recibido.

1.3.2. El principio de solidaridad

En el caso de servicios sociales, es habitual entender que estos servicios se prestan bajo el principio de solidaridad. Pero, ¿qué debemos entender por principio de solidaridad?

Lo cierto es que, hasta donde conocemos, no existe una definición normativa de principio de solidaridad en relación con la prestación de servicios sociales. Asimismo, la jurisprudencia tampoco ha definido de manera concreta qué podemos entender por principio de solidaridad.

Desde un punto de vista estrictamente semántico, según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, el principio de solidaridad consiste en el compromiso ético o, en su caso, legal, de atender las situaciones de precariedad o necesidad, preferentemente mediante servicios de titularidad pública⁵⁶³.

Dicha definición, llevada a la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública, puede entenderse como el deber de los poderes públicos de atender a las situaciones de precariedad y necesidad mediante la prestación de servicios sociales públicos destinados a paliar o aminorar dichas situaciones.

⁵⁶⁰ TORNOS MAS, Joaquín. 2007. *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Op. Cit., p. 50.

⁵⁶¹ MOIX MARTÍNEZ, Manuel “Universalidad versus selectividad en los servicios sociales. La discriminación positiva”. *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 2, 1993, p. 187.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 191.

⁵⁶³ [Definición de solidaridad - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE](#) (última consulta 15 de abril de 2025).

No obstante, a nuestro juicio, tal definición del principio de solidaridad está más vinculada con la finalidad social de los servicios sociales públicos, condición inherente a dichos servicios por su propia naturaleza intrínseca, que con una auténtica manifestación del principio de solidaridad.

Las referencias al principio de solidaridad como elemento relevante en la prestación de servicios públicos las encontramos recogidas en la jurisprudencia comunitaria, que si bien no ha llegado a definir qué debemos entender por dicho principio, sí que ha apreciado la existencia de este principio en algunos casos concretos.

Las principales referencias al principio de solidaridad por parte del TJUE las encontramos en relación con los regímenes de protección y seguridad social.

Así, en su Sentencia de 17 de febrero de 1993⁵⁶⁴, el TJUE dictaminó que un régimen de seguridad social debe ser considerado una actividad no económica basada en el principio de solidaridad y sin finalidad lucrativa, siendo las prestaciones fijadas independientemente de la cuantía de las cotizaciones, de tal forma que se produce una redistribución de ingresos entre los afiliados más ricos y aquellas personas que, de no existir tal régimen, y habida cuenta de sus medios económicos y condiciones de salud, se verían privadas de la necesaria cobertura social.

Por su parte, en su Sentencia de 11 de junio de 2020⁵⁶⁵, el TJUE sostenía que los elementos para apreciar si una actividad puede ser considerada una actividad económica son: el fin social, la aplicación del principio de solidaridad, la ausencia de ánimo de lucro y el control de la actividad por el Estado.

Sobre esa base, y en relación con los regímenes de Seguridad Social, en esta última Sentencia, el TJUE entiende que los servicios incluidos en este régimen son servicios que no pueden ser categorizados como actividades económicas por cuanto su prestación se basaba en el principio de solidaridad, al desvincularse el servicio recibido del precio abonado o de las cotizaciones del usuario beneficiario, de su capacidad económica o de su rentabilidad para la compañía aseguradora, con independencia del importe de las cotizaciones abonado por cada uno de ellos, y mediante un mecanismo de compensación de los costes y los riesgos en el que los regímenes excedentarios

⁵⁶⁴ Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 1993, *Poucet y Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, apartados 7 a 12, [ECLI: EU:C:1993:63](#).

⁵⁶⁵ Sentencia del TJUE de 11 de junio de 2020, *Comisión y República Eslovaca/Dóvera zdravotná poisťovna*, asunto C-262/2018, apartados 31-32, [ECLI: EU:C:2020:450](#).

participan en la financiación de los regímenes que presentan dificultades financieras estructurales.

De hecho, en su Sentencia de 16 de marzo de 2004⁵⁶⁶, el TJUE ya había indicado que no son actividades económicas cuando existe “[...] subordinación a una finalidad no lucrativa, el desarrollo de una actividad de carácter social y la sujeción a una normativa estatal que prevé exigencias de solidaridad.

Por otra parte, en relación con los servicios sociales, podemos citar la Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20⁵⁶⁷, que de forma coherente con la doctrina mantenida en relación con los regímenes de Seguridad Social, concluye que, a pesar de concurrir una finalidad social, si existe fin lucrativo y no se relaciona con el ejercicio de poder público, dichos servicios deben ser considerados como actividades económicas.

A pesar de que, en general, la jurisprudencia del TJUE se ha referido más a la aplicación del principio de solidaridad en el ámbito de regímenes de Seguridad Social que en la prestación de servicios sociales, dichas referencias jurisprudenciales son válidas para apreciar que el principio de solidaridad se encuentra más vinculado con la prestación de servicios bajo parámetros no económicos o lucrativos, que la finalidad de su prestación, que es lo que anteriormente hemos denominado como finalidad social de los servicios y que, en el caso de los servicios sociales, es inherente a su propia naturaleza.

Atendiendo a todo lo anterior, en nuestra opinión, el principio de solidaridad se encuentra vinculado con la naturaleza solidaria del servicio, entendida como aquella que no puede ser caracterizada como una actividad económica por carecer de interés para el mercado. Por lo tanto, el principio de solidaridad se basa en la falta de equivalencia entre cotizaciones y prestaciones, sin considerar contraprestación, beneficios y riesgos⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2004, *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK)*, asunto C-264/2001, apartado 49, [ECLI:EU:C:2004:150](#).

⁵⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20, apartados 65 y 66, [ECLI:EU:C:2022:559](#).

⁵⁶⁸ GIMENO FELIU, José María. “La Colaboración Público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Op. Cit.*, p. 24.

A tal efecto, el TJUE ha considerado como no económicas actividades de carácter puramente asistencial, dirigidas estrictamente a la protección social de personas, familias o grupos vulnerables, gestionadas directa o indirectamente por la Administración, financiadas con cargo a los presupuestos públicos⁵⁶⁹ y bajo el objetivo de satisfacer los principios de cohesión social y solidaridad⁵⁷⁰.

En cambio, sí serían actividades económicas todas aquéllas que consisten en la oferta en un mercado a cambio de una remuneración que actúa a modo de contrapartida por la prestación, y ello aun cuando tal remuneración no corra a cargo de los beneficiarios o usuarios del servicio, e incluso en los casos en que dichas actividades revistan los caracteres propios de una prestación social y se desarrollen por una entidad pública o por una organización sin ánimo de lucro⁵⁷¹.

En definitiva, el principio de solidaridad se identifica con actividades prestadas sin ánimo de lucro, con una finalidad social o de interés general, bajo la regulación de la Administración, y sin que exista una correlación entre el servicio recibido por los usuarios y su contribución al sistema de financiación de dichos servicios.

1.3.3. Los principios de eficiencia y adecuación

La eficiencia ha sido reconocida en el artículo 31.2 de la CE como el criterio que utiliza la economía política o pública para valorar la racionalidad en la asignación de recursos e ingresos⁵⁷², estableciendo dicho artículo que “[...] el gasto público realizará

⁵⁶⁹ Así, la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 7 de diciembre de 1993, *Wirth*, asunto C-109/92, apartados 15 y 16, [ECLI:EU:C:1993:916](#), afirma que incluso cuando hubiera una contribución económica por parte de los beneficiarios del servicio podría entenderse que no existe remuneración del servicio dado que su importe sería siempre inferior al precio del servicio y no se dirigiría, en sentido estricto, a pagar la prestación que se recibe.

⁵⁷⁰ Así, la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 17 de febrero de 1993, asuntos C-159/91 y *Poucet y Pistre*, C-160/91, apartado 18, [ECLI:EU:C:1993:63](#), considera que unas entidades gestoras de un seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social desempeñan una actividad no económica, por basarse en el principio de solidaridad nacional, carecer de toda finalidad lucrativa y, además, por resultar las prestaciones independientes de la cuantía de las cotizaciones. En el mismo sentido también la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 22 de enero de 2002, *Cisal*, asunto C-218/00, apartados 44 a 46, [ECLI:EU:C:2002:36](#), y la STJCE de 17 de junio de 1997, *Sodemare*, asunto C-70/95, apartado 29, [ECLI:EU:C:1997:301](#).

⁵⁷¹ Así, la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 2001, *Glöckner*, asunto C-475/99, apartado 20, [ECLI:EU:C:2001:577](#), considera como actividad económica el servicio de transporte urgente y de transporte de enfermos a cargo de una organización que carece de ánimo de lucro.

⁵⁷² Véase VAQUER CABALLERÍA, Marcos. “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011, p. 97; y GIMENO FELIU,

una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.

Como recuerda GALLEGO CÓRCOLES, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, impone el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos⁵⁷³.

El criterio de la eficiencia en el gasto público se recoge también en el artículo 1 de la LCSP y en el artículo 8.c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones⁵⁷⁴.

La referencia al principio de eficiencia es, por lo tanto, constante. en relación con la prestación de servicios públicos⁵⁷⁵. Así, en el ámbito específico de los servicios sociales, el TJUE entiende que son los principios de eficiencia y adecuación los que sostienen las condiciones de equilibrio económico de los servicios de interés general⁵⁷⁶.

Cuando se trata de este tipo de servicios, MARTÍN EGAÑA considera que la eficiencia no puede ser interpretada exclusivamente en clave económica, sino que debe velarse por garantizar un adecuado estándar de calidad en su prestación⁵⁷⁷.

Por lo tanto, el concepto de eficiencia debe relacionarse con el adecuado uso de los recursos públicos para la consecución de los objetivos de calidad en la prestación de los servicios públicos a las personas.

José María. *El principio de eficiencia* en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2011, p. 1259.

⁵⁷³ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. "Principio de eficiencia y recuperación de la gestión directa de un servicio público". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 176, año 2021, Wolters Kluwer, p. 1.

⁵⁷⁴ VAQUER CABALLERÍA, Marcos. El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*. *Op. Cit.*, p. 111.

⁵⁷⁵ GIMENO FELIÚ, José María. *Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la ley de contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios locales*. Barcelona: El Consultor de los Ayuntamientos, 2018, p. 6.

⁵⁷⁶ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros contra San Lorenzo Soc. coop. sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, asunto C-113/13, apartado 53, [ECLI:EU:C:2014:2440](#) y de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20, apartado 90, [ECLI:EU:C:2022:559](#).

⁵⁷⁷ MARTÍN EGAÑA, Arantza. “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha*, núm. 25, año 2021, p. 22.

Por su parte, y de forma vinculada al de eficiencia, el principio de adecuación supone una manifestación del principio de proporcionalidad, entendido este último como el principio según el cual las medidas adoptadas por los poderes públicos deben ser idóneas, necesarias y proporcionadas para la consecución de los fines legítimos que persiguen, sin causar una restricción excesiva o desmesurada de los derechos o intereses afectados.

El principio de proporcionalidad se manifiesta a través de tres elementos: (i) los medios que permiten valorar la adecuación de las medidas a los fines, (ii) la necesidad de las medidas en relación con otras alternativas menos gravosas y (iii) la proporcionalidad en sentido estricto, que implica una ponderación entre los beneficios y los costes de las medidas.

El principio de adecuación, a su vez, implica que las medidas adoptadas por los poderes públicos sean aptas o idóneas para la consecución de los objetivos perseguidos, es decir, que exista una relación de causalidad entre las medidas adoptadas y los objetivos pretendidos⁵⁷⁸.

Por consiguiente, en la prestación de servicios a las personas, el principio de adecuación debe manifestarse, en nuestra opinión, como una correlación entre las medidas adoptadas para la configuración del modelo prestacional, con las limitaciones o externalidades negativas que intrínsecamente comportan, y la consecución de la calidad en la prestación de los servicios a las personas.

4. Los acuerdos de adjudicación directa de medicamentos como precedente para configurar una alternativa al sistema contractual en competencia para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública

La posibilidad de establecer un régimen alternativo a la contratación pública en competencia para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública no es una propuesta artificiosa o extraña para el caso de servicios y suministros vinculados directamente a las personas, puesto que existen precedentes y propuestas asimilables para el caso de suministro de medicamentos.

La regulación del suministro de medicamentos a las entidades que forman parte del sistema público de salud posee un conjunto de elementos que, en nuestra opinión, son fácilmente extrapolables a la cuestión que ahora nos ocupa, de forma que puede

⁵⁷⁸ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 178/1989, de 2 de noviembre. Boletín Oficial del Estado núm. 290, de 4 de diciembre de 1989.

constituir un modelo válido sobre el que articular un eventual régimen de adquisición de servicios sociales alternativo al régimen recogido en la normativa de contratación pública.

A juicio de GIMENO FELIU, la compra pública de medicamentos no encaja fácilmente con la naturaleza de un contrato de suministro, dado que en este ámbito “[...] forzar una inadecuada tensión competitiva puede traducirse en una peor calidad asistencial, al limitarse la oferta terapéutica, que es (y debe ser) el principio rector en la toma de decisiones, pues prima en todo caso el fin de la mejor asistencia a los pacientes”⁵⁷⁹.

GARCÍA ÁLVAREZ añade que el mercado de los medicamentos presenta unas características sumamente peculiares, tanto desde un punto de vista fáctico como desde la perspectiva de su regulación jurídica, por darse una intervención administrativa especialmente intensa ligada a las necesidades del Sistema Nacional de Salud, en un caso peculiar de organismo regulador no personificado que es también cabeza de un “sindicato de compradores”⁵⁸⁰.

En nuestra opinión, esta idea es trasladable al caso de la prestación de servicios sociales públicos, puesto que para estos servicios tampoco es adecuada la contratación pública en competencia.

A este respecto, cabe tener presente que los servicios farmacéuticos y el suministro de medicamentos pueden ser considerados como servicios a las personas en los que no existe selectividad, dado que todas las oficinas de farmacia actúan como centros de dispensación de medicamentos para el Sistema Nacional de Salud en las mismas condiciones y con la misma compensación, no existiendo un cierre del mercado, de manera que, como ha reconocido GARCÍA ÁLVAREZ, pueden contratarse al margen de la LCSP, “[...] siempre que no haya selectividad, el poder público asuma la financiación por vía de subvención y la entidad del sector social sólo sea compensada por sus gastos, en línea con la línea jurisprudencia iniciada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 17 de junio de 1997, Sodemare”⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ GIMENO FELIU, José María. “Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: A propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)”. *Op. Cit.*, p. 35.

⁵⁸⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. “Regulación y compra pública de medicamentos”. *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 205, año 2020, p. Rrr-3.2.

⁵⁸¹ GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. “Compra pública de medicamentos: regulación, realidad y alternativas”. *Diario La Ley*, núm. 10172, noviembre de 2022, p. 7.

Este autor defiende que en estos casos no nos encontramos ante “[...] una adquisición que formalmente realiza el paciente, sino una asunción de costes, lo que permite excluir la aplicación de la normativa contractual”⁵⁸².

Por lo tanto, es un régimen en el que se produce una ausencia de selectividad por parte de los poderes públicos.

Adicionalmente, en el caso del suministro de medicamentos, se produce una decisión administrativa sobre su incorporación al Sistema Nacional de Salud con la correspondiente financiación a cargo de dicho sistema público y sobre el precio del medicamento, como así establece en el artículo 94 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio⁵⁸³.

De esta forma, la asunción del medicamento por parte del Sistema Nacional de Salud se basa en criterios vinculados a la gravedad de la patología, al valor terapéutico, a la existencia de alternativas, a la innovación o a la racionalización del gasto público en los términos prescritos en el artículo 92 del referido texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

En el caso de los medicamentos incluidos en el marco del Sistema Nacional de Salud, el precio se fija a través del procedimiento recogido en el Real Decreto 271/1990, de 23 de febrero, sobre la reorganización de la intervención de precios de las especialidades farmacéuticas de uso humano⁵⁸⁴, constituyendo una regulación del mercado a fin de garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario público, el acceso de la ciudadanía a los medicamentos, la calidad asistencial y, en definitiva, el derecho constitucional a la protección de la salud⁵⁸⁵. La Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos es la que procede a la fijación de precios de los medicamentos dispensados en oficinas de farmacia o a través de las farmacias hospitalarias a pacientes no ingresados, como prescribe el artículo 94 del texto refundido de la Ley de garantías y

⁵⁸² GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. “Regulación y compra pública de medicamentos”. *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 205, año 2020, p. Rrr-3.5.

⁵⁸³ Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, Boletín Oficial del Estado núm. 177, de 25 de julio de 2015.

⁵⁸⁴ Real Decreto 271/1990, de 23 de febrero, sobre la reorganización de la intervención de precios de las especialidades farmacéuticas de uso humano, Boletín Oficial del Estado núm. 53, de 2 de marzo de 1990.

⁵⁸⁵ GIMENO FELIU, José María. “Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: A propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)”. *Op. Cit.*, pp.36-37.

uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. En el referido Real Decreto 271/1990, se establece que la determinación del precio de los medicamentos se produce a través de un proceso de negociación entre Administración pública y laboratorios farmacéuticos.

Esta limitación en la libertad de fijación de precios, si bien constituye una limitación de la actividad económica de los operadores privados, es aceptable en términos jurídicos al tratarse de un servicio público esencial, que requiere preservar la calidad de la prestación.

Así lo han reconocido GIMENO FELIU y GARCÍA ÁLVAREZ, al afirmar que la fijación de los precios de los medicamentos es “[...] una marcada política pública instrumental, destinada al desarrollo de la mejor calidad en la prestación asistencial y, por lo tanto, vinculada al derecho constitucional a la protección de la salud (artículo 43 de la CE), de forma que se garantice el derecho de todos los ciudadanos al acceso a los medicamentos”⁵⁸⁶.

Extrapolando este modelo al caso de los servicios sociales, nos encontramos como, de manera similar, para la prestación de servicios sociales públicos se produce una decisión administrativa previa destinada a la aprobación de la prestación de un determinado servicio en la cartera de servicios sociales públicos y la fijación de un módulo económico para la financiación y retribución de los servicios ejecutados por los operadores privados dentro de la cartera de servicios sociales públicos.

La ausencia de selectividad y la fijación administrativa previa de los precios es lo que justifica la no aplicación de la normativa de contratación.

En este sentido, el Considerando 41 de la Directiva de Contratación valida que se inapliquen las reglas de contratación en beneficio del interés general, estableciendo que ninguna disposición de la Directiva debe impedir la imposición o ejecución de medidas necesarias para proteger el orden, la seguridad y la moralidad públicos, la salud, la vida humana y animal, y la conservación de las especies vegetales o de otras medidas medioambientales, siempre que dichas medidas sean conformes con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁵⁸⁶ GIMENO FELIU, José María, GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: Eficiencia y creación de valor*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 2020, p. 30.

Sobre esa base, GIMENO FELIU entiende que “en virtud de la doctrina del TJUE recogida en la Sentencia *Falk Pharma*, la compra pública no tiene que sujetarse siempre y en todo caso a la legislación de contratos ni tiene que suponer la selección de un único proveedor”⁵⁸⁷.

Así, debe reputarse como compatible con el ordenamiento jurídico vigente un sistema de adquisición de medicamentos sin licitación al existir ya un precio determinado mediante un procedimiento administrativo negociado entre Administración y laboratorio farmacéutico, que se aplicará a las adquisiciones por las entidades integradas en el Sistema Nacional de Salud⁵⁸⁸.

De esta forma, fijado administrativamente el precio, debería ser posible la adquisición directa o establecer sistemas de adquisición que tomen como referencia ese precio fijado administrativamente, estableciendo condiciones adicionales de suministro sin necesidad de seleccionar proveedores únicos⁵⁸⁹.

Esta propuesta, elaborada por GIMENO FELIU y GARCÍA ÁLVAREZ debería ser, *mutatis mutandis*, válida también para la prestación de servicios sociales, de tal forma que, existiendo una decisión administrativa de incorporación de un determinado servicio a la carretera de servicios sociales públicos, fijándose un módulo económico para su retribución y no existiendo selectividad o exclusividad en el operador económico privado encargado de la prestación, debe ser también posible la contratación de servicios sociales públicos al margen de la normativa reguladora de la contratación pública en competencia.

Más allá de los planteamientos teóricos, existen precedentes en la aplicación de este modelo regulatorio para el suministro de medicamentos.

En concreto, esta posibilidad se recogió en la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes

⁵⁸⁷ GIMENO FELIU, José María, GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: Eficiencia y creación de valor*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 2020, pp. 72 y 87.

⁵⁸⁸ GIMENO FELIU, José María. “Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: A propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)”. *Observatorio de los contratos públicos*, 2020, p. 40.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 74.

Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la Covid-19⁵⁹⁰, en cuya exposición de motivos se indicaba que para la adquisición de medicamentos de uso hospitalario se establecía un sistema en el que no se licita por el hecho de que ya existe un precio determinado mediante un procedimiento administrativo negociado entre la Administración y el laboratorio farmacéutico, con el que se regulan por lo tanto las condiciones de la adquisición, que se aplicará a las adquisiciones de las entidades integradas en el Sistema Nacional de Salud que constituyan el poder adjudicador.

A su vez, el artículo 16 de dicha Ley establecía que los medicamentos con precios de venta de laboratorio fijados administrativamente para el Sistema Nacional de Salud o con precios de referencia, en tanto que ya ha existido negociación con una instancia pública y fijación administrativa del precio, podrán ser adquiridos por el sistema hospitalario público al margen de los procedimientos de contratación pública.

Esta regulación fue finalmente derogada, una vez superada la crisis ocasionada por la Covid-19, mediante la Ley 5/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2022.

Por su parte, la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre⁵⁹¹, introdujo una disposición adicional vigesimoprimera en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, aplicable a la adquisición pública de medicamentos⁵⁹², que establecía que los medicamentos con precios de venta de laboratorio fijados para el Sistema Nacional de Salud, en tanto que ya había existido negociación con una instancia pública y fijación administrativa del precio, podrían ser adquiridos directamente por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea sin necesidad de licitación⁵⁹³.

⁵⁹⁰ Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la Covid-19, Boletín Oficial del Estado núm. 177, de 25 de julio de 2015.

⁵⁹¹ Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, por la que se modifica la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, Boletín Oficial del Estado núm. 270, de 11 de noviembre de 2021.

⁵⁹² Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, Boletín Oficial del Estado núm. 108, de 4 de mayo de 2018.

⁵⁹³ Esta disposición fue recurrida por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional, siendo admitido a trámite mediante la providencia de 14 de septiembre de 2022, dando lugar al recurso de inconstitucionalidad núm. 5671-2022, contra el artículo único de la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, que modifica la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, en sus apartados dos [añade letras l) y m) al artículo 7.1] y sesenta y cinco (añade nueva disposición adicional vigesimoprimera).

Asimismo, se permitía la adquisición de medicamentos con protección de patente directamente por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, tomando como referencia máxima el precio determinado por el Ministerio de Sanidad para las adquisiciones de medicamentos genéricos, biosimilares y medicamentos originales, pudiendo elegir bajo criterios de eficiencia en la gestión cualquiera de estos medicamentos de entre los ofertados por los proveedores que asuman las condiciones que previamente hubiera establecido el órgano competente para adquirirlos, que serán de cumplimiento obligado.

Dicho régimen no sigue vigente, dado que fue modificado a través de la Disposición Final segunda de la Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023⁵⁹⁴.

Estos ejemplos, si bien no se encuentran ya en vigor, sí demuestran que es posible establecer un modelo alternativo a la contratación pública en términos competitivos, de tal forma que, considerando las características del procedimiento de incorporación de los medicamento al Sistema Nacional de Salud y la fijación administrativa de precios de dichos medicamentos, es compatible con la normativa de aplicación que el suministro de medicamentos no se base en un modelo contractual competitivo, siendo posible la adjudicación directa de contratos de suministro sobre la base del precio fijado administrativamente, sin exclusividad en la adjudicación y respetando los principios de no discriminación y transparencia.

Además, este modelo favorece que la tensión competitiva se produzca en los elementos que determinan la calidad de la prestación y no en el precio⁵⁹⁵.

Todo lo anterior, permite concluir que existen modelos de aprovisionamiento de la Administración pública que resultan compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario y que permiten configurar un modelo no contractual competitivo, trasladando tal competitividad a la mejora de la calidad del servicio o suministro, lo cual puede resultar especialmente relevante cuando nos referimos a servicios a las personas.

⁵⁹⁴ Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023, Boletín Oficial del Estado núm. 16, de 19 de enero de 2023.

⁵⁹⁵ GIMENO FELIU, José María, GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: Eficiencia y creación de valor. Op. Cit.*, p. 88.

5. Recapitulación

A lo largo de distintos capítulos hemos venido reiterando que, de conformidad con el Derecho comunitario, los Estados miembros gozan de libertad para establecer el modelo de gestión de sus servicios públicos.

En el caso de los servicios a las personas, dadas sus propias características intrínsecas, parece justificado que dichos servicios puedan prestarse en un marco de colaboración público-privada alternativo al modelo competitivo de contratación pública, pues puede resultar adecuado ladear la competencia entre operadores en términos económicos y fomentar que la tensión competitiva se focalice en aspectos cualitativos y asistenciales o, directamente, que no exista tal tensión competitiva.

Desde un punto de vista jurídico, resulta obvio que para que los modelos para la prestación de servicios sociales públicos alternativos a los contratos públicos sean una opción realmente viable, deben resultar compatibles con la normativa de aplicación. Para realizar tal juicio de compatibilidad es necesario establecer el marco conceptual sobre el que deben configurarse dichos modelos alternativos.

Sobre esa base, a lo largo del presente capítulo hemos analizado los distintos elementos que deben ser considerados para elaborar un modelo de gestión indirecta de servicios sociales públicos alternativo al régimen de los contratos públicos acorde con la normativa y con los criterios fijados por la jurisprudencia comunitaria. Es decir, hemos definido qué cuestiones deben ser consideradas para la correcta definición de un régimen jurídico diferenciado de gestión de servicios sociales públicos en colaboración con entidades privadas conforme al Derecho comunitario, pero que a su vez constituya una alternativa real al régimen de contratos públicos.

En este sentido, hemos referido qué debe entenderse por contratos públicos con el fin de comprender cuáles son los límites conceptuales de dicho instrumento jurídico, y para poder identificar cuándo un determinado modelo de gestión y colaboración público-privada está realmente fuera de las fronteras propias de los contratos públicos.

Según lo que hemos indicado, cuando exista una relación de carácter oneroso en la que cada una de las partes se compromete a realizar una prestación en contrapartida de otra, siendo alguno de los sujetos intervinientes una Administración pública o entidad del sector público, deberemos entender que nos encontramos ante un contrato sometido a la normativa de contratación pública.

Adicionalmente, hemos expuesto que, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria, cuando no existe selectividad del operador privado que prestará el servicio, no nos encontramos ante un contrato público, sino ante una simple relación contractual que no puede equipararse a la concepción de contrato sometido a la normativa de contratación pública, pues esta última se configura en términos de competencia y exclusividad en la prestación.

Por lo tanto, aun encontrándonos ante una relación de carácter oneroso en la que cada una de las partes se compromete a realizar una prestación en contrapartida de otra, siendo alguna de ellas una entidad del sector público, no estaremos ante un contrato público cuando el contrato no implica exclusividad en la prestación frente a la entidad contratante.

De esta forma, una vez definidos los términos en los que debe enmarcarse una relación contractual competitiva sometida a la normativa de contratación pública, es posible explorar modelos alternativos ajenos a dicho concepto de contrato, siempre que, como decíamos, se dé pleno cumplimiento a los requisitos normativos y jurisprudenciales para que resulten conformes con el Derecho comunitario.

Precisamente, esa necesidad de cumplimiento de los criterios normativos y jurisprudenciales justifica que hayamos analizado los principios que categorizan los acuerdos de suministro y prestación de servicios ajenos a la contratación pública y que resultan compatibles con la normativa de aplicación.

Los principios fundamentales que han sido identificados por la jurisprudencia comunitaria y que hemos detallado a lo largo del presente capítulo son: la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, la igualdad de trato, la no discriminación, la transparencia y la proporcionalidad.

La limitación a estos principios queda entonces justificada por la naturaleza de los servicios (servicios a las personas) y sus características intrínsecas, lo que supone que más allá del necesario respeto a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios como principios rectores del derecho comunitario, es necesario que el modelo de gestión de estos servicios pivote entorno a la persona, bajo el prisma de la solidaridad y cohesión social, así como la universalidad e igualdad de acceso a la atención asistencial.

Por lo tanto, según la jurisprudencia comunitaria analizada, la necesidad de garantizar un sistema de servicios sociales públicos de carácter universal y solidario faculta a los poderes públicos a poder establecer limitaciones a los principios rectores

del derecho comunitario de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios siempre que tal limitación resulte adecuada, proporcionada y no suponga una vulneración a los principios de no discriminación y de transparencia.

Finalmente, se ha analizado el caso del suministro de medicamentos como modelo que aporta una referencia válida y real de aprovisionamiento para las Administraciones públicas ajeno al régimen de contratos públicos, pero respetuoso con los principios caracterizadores de los sistemas de gestión indirecta de servicios a las personas no sujetos a la Directiva de Contratación en los términos establecidos por la jurisprudencia comunitaria; modelo que puede ser extrapolable para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública por parte de operadores privados, como expondremos de forma detallada en el siguiente capítulo.

Tercera parte: Propuesta jurídica para la definición del sistema de libertad de elección de servicios sociales y de asignación directa de operadores de servicios sociales como alternativa al sistema contractual competitivo

**Capítulo VI: Justificación y fundamentos de la propuesta
jurídica del sistema de libertad de elección de servicios
sociales y de asignación directa de operadores de servicios
sociales como alternativa al sistema contractual competitivo**

1. El fracaso de la acción concertada como alternativa al sistema contractual competitivo

En el Capítulo IV hemos analizado cómo los conciertos para la prestación de servicios sociales surgieron durante la segunda mitad del siglo XX en la normativa reguladora de la contratación pública como instrumentos jurídicos destinados a articular la colaboración público-privada para la prestación de estos servicios de responsabilidad pública, de tal forma que los poderes públicos pudieran contratar la prestación de dichos servicios con operadores que ya realizaban prestaciones análogas a las que constituyen el objeto de dichos servicios y que, por lo tanto, disponían ya de las instalaciones y medios precisos para ello.

A nuestro juicio, esta clase de conciertos se originaron como un instrumento que permitía regularizar una colaboración público-privada existente y que, en la mayoría de casos, se establecía con entidades sin ánimo de lucro y, concretamente, con el TSAS. Tradicionalmente, estos conciertos adquirieron la forma o denominación de convenios administrativos o, incluso, de instrumentos de naturaleza subvencional.

Así, debemos advertir que ha sido habitual que la prestación de los servicios sociales de responsabilidad pública se haya articulado a través de la suscripción de convenios o conciertos entre las entidades del TSAS y las Administraciones públicas, o mediante el otorgamiento de subvenciones a entidades del TSAS para la prestación de dichos servicios.

Sin embargo, tal y como hemos sostenido en los capítulos precedentes, desde una visión jurídica moderna, y considerando la reciente y vigente normativa aplicable, dichos instrumentos jurídicos no resultaban adecuados para la regulación de la gestión indirecta de servicios sociales públicos por no tratarse de una actividad de fomento, sino de una auténtica relación onerosa y sinalagmática entre las partes, o porque, tras la modificación de la normativa comunitaria reguladora de la contratación pública y su correspondiente trasposición al ordenamiento jurídico español, ya no cabe su articulación como un concierto al no ser esta una modalidad diferenciada para la gestión indirecta de servicios públicos, asimilándose en la actualidad al contrato.

A su vez, tampoco es posible su regulación a través de convenios entre las Administraciones y las entidades encargadas de su prestación, como tradicionalmente se había venido haciendo, dado que en estos casos no se cumple con las características intrínsecas de dichos negocios jurídicos en los términos prescritos en la normativa del régimen jurídico del sector público.

A pesar de ello, muchos de los poderes públicos rechazaron que, dada la naturaleza y relevancia de estos servicios a las personas, su contratación quedara sometida a las reglas del mercado y la competencia propias de la vigente regulación de la contratación pública, sobre todo teniendo en cuenta que, como hemos acreditado, el Derecho comunitario no prescribe que necesariamente la prestación de estos servicios deba articularse a través de la contratación pública, pudiendo existir un modelo alternativo en el que no resulte de aplicación dicho régimen normativo en los términos prescritos en la propia Directiva de Contratación y en la jurisprudencia del TJUE.

Precisamente, esa es la razón de ser de la moderna concepción de la concertación social, constituyéndose como una herramienta útil para regular la prestación de servicios sociales, principalmente, por entidades sin ánimo de lucro.

En general, la normativa autonómica ha regulado la acción concertada como un instrumento de naturaleza no contractual para la prestación de servicios sociales, en muchas ocasiones reservándola a las entidades sin ánimo de lucro⁵⁹⁶.

Dicha configuración no contractual tuvo su fundamento en lo establecido en el Considerando 114 de la Directiva de Contratación, que recoge la absoluta libertad de los Estados miembros y, en definitiva, las Administraciones públicas, para escoger la vía para su gestión y prestación, incluso de forma ajena a la regulación de la contratación pública.

No obstante, el TJUE alteró este escenario a través de la reconsideración de su naturaleza jurídica, otorgándole la condición de contrato al concluir que, en su configuración actual, la acción concertada no constituye un instrumento no contractual, sino que se trata de un contrato público y, por consiguiente, quedando sometido a la normativa reguladora de la contratación pública⁵⁹⁷.

Así las cosas, tras la categorización de la actual acción concertada como un instrumento de naturaleza contractual, cabe plantearse qué sentido tiene la acción concertada actual y si realmente responde al objeto de constituir una alternativa al régimen contractual competitivo para la prestación de servicios sociales.

⁵⁹⁶ De hecho, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha sido la única en aprobar una regulación del concierto social con naturaleza de contrato público especial.

⁵⁹⁷ Así lo declaró el TJUE en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20, [ECLI:EU:C:2022:559](#) y en el Auto de 31 de marzo de 2023, *Asade*, asunto C-676/20, [ECLI:EU:C:2023:289](#).

Es decir, si ha quedado establecido que la acción concertada es un contrato público y, por consiguiente, queda sometida a la normativa general reguladora de la contratación pública, ¿cuál es el rasgo distintivo y el valor añadido de la acción concertada?

En nuestra opinión, la acción concertada solo tiene sentido si es una vía para articular la gestión indirecta de servicios a las personas reservada a entidades sin ánimo de lucro, y fuera del ámbito contractual competitivo, que permita priorizar la calidad, eficiencia y valor social frente a las exigencias competitivas propias de la contratación pública.

Sin embargo, en el escenario de asimilación del régimen de acción concertada con la contratación pública, sin reserva para las entidades del sector no lucrativo, la necesidad de una acción concertada carece de fundamento, sirviendo de argumento para aquellos que entienden que los servicios a las personas no requieren de un régimen de contratación diferenciado de la contratación de cualquier otro servicio.

Todo ello conlleva un riesgo de pérdida de calidad y valor humano en la prestación de estos servicios, de tal forma que se mercantilicen servicios con impacto directo sobre la atención y cuidados a las personas.

A este respecto cabe recordar que la ya analizada doctrina del TJUE derivada de la Sentencia de 14 de julio de 2022, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)*, asunto C-436/20; y del Auto de 31 de marzo de 2023, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)* y Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón, asunto C-676/20 (en adelante, “asunto Asade”) ha supuesto una auténtica alteración de la configuración de la acción concertada en España dada su relevancia en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de la acción concertada en los términos que hemos referido en capítulos anteriores.

En concreto, y a los efectos que ahora nos ocupan, a través de la doctrina del asunto Asade, el TJUE estableció que la actual regulación de la acción concertada supone que deba ser considerada un instrumento de naturaleza contractual y, por lo tanto, que le resulte de aplicación la Directiva de Contratación.

Sin duda, la atribución de naturaleza contractual al concierto social en su regulación actual altera toda su configuración y su razón de ser, pues si se le da naturaleza contractual, su consecuencia jurídica será que le resultará de aplicación la Directiva de Contratación.

Es por ello que se hace necesario prospectar otras fórmulas que respondan a la finalidad bajo la que originariamente surgió la acción concertada y que no es otra que dar cobertura a la prestación de servicios sociales en términos no competitivos como evolución de lo que hasta la fecha se había articulado a través de convenios y subvenciones públicas, preservando así la participación de las entidades del TSAS en la prestación de estos servicios, lo que en definitiva beneficia a los usuarios dado que el servicio se focaliza en la calidad del servicio y no en su rentabilidad y, a la vez, evita el pernicioso efecto de generar interés económico entorno a la vulnerabilidad ajena.

En este contexto, compartimos con el profesor CASTILLO ABELLA que, tras las sentencias del TJUE en los casos Asade, se ha cuestionado la naturaleza jurídica de la acción concertada y su propia existencia, lo que sin duda debería suponer que las distintas Comunidades Autónomas revisaran las formas de gestión de servicios que actualmente tienen reguladas⁵⁹⁸.

Otros autores, como es el caso de LEÑERO BOHÓRQUEZ, han constatado que la declaración por parte del TJUE de la naturaleza contractual de la acción concertada supone que su aplicación sea prácticamente inviable en los términos actualmente regulados por las Comunidades Autónomas, de tal forma que, o se produce una reconfiguración de la acción concertada actual como un instrumento de naturaleza contractual, o se transita hacia modelos alternativos, como los contratos *open-house*⁵⁹⁹.

No obstante, en el caso de una revisión de la normativa autonómica para la recaracterización de la acción concertada como un instrumento contractual, debe tenerse presente que no sería posible establecer una reserva en favor de las entidades del TSAS sobre la base de que la normativa autonómica no podría resultar contraria a las únicas reservas establecidas en la normativa básica estatal que, en este caso, es la LCSP⁶⁰⁰.

Por otro lado, un régimen de concertación basado en el modelo *open-house* sin selectividad del proveedor requiere tener presente que la ausencia de comparación entre ofertantes para aplicar la selectividad impediría dar cumplimiento al principio de eficacia presupuestaria que, según reconoció el Tribunal Constitucional en su Sentencia

⁵⁹⁸ CASTILLO ABELLA, Jorge. Las decisiones ASADE del TJUE como punto de inflexión en la prestación de servicios sociales en España: cuando la acción concertada (casi siempre) es un contrato público. Blog del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid. Artículo publicado el 10 de mayo de 2023. Última consulta: 27 de junio de 2024.

⁵⁹⁹ LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario. “La naturaleza jurídica de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas”. *Op. Cit.*, pp. 192-193.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, pp. 194-195.

núm. 56/2014, de 10 de abril (fundamento jurídico cuarto)⁶⁰¹, es el principio que debe perseguirse en aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria y control del gasto tras la reforma del artículo 135 de la CE⁶⁰².

Sobre esa base, en nuestra opinión, en su configuración actual, la acción concertada carece de sentido, pues no se presenta como una alternativa real y efectiva al contrato público y ni siquiera permite ser un instrumento reservado o prioritario para el acceso de las entidades sin ánimo de lucro a la prestación de estos servicios.

A pesar de ello, como se expondrá a continuación, persisten los motivos que requieren de una acción concertada como instrumento jurídico para la ordenación de la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales públicos bajo un modelo alternativo al régimen contractual competitivo.

Esa alternativa solo puede pasar, a nuestro juicio, por una revisión de la acción concertada, pues este es el único instrumento que puede ser válido para garantizar el papel de las entidades del TSAS en la prestación de servicios sociales y, a su vez, para garantizar la prestación de servicios sociales de solidaridad sin interés económico y, por consiguiente, carentes de interés para operadores con finalidad lucrativa.

Por todo ello, al menos a nuestro juicio, debe seguir apostándose por la acción concertada, a través de una actualización de su conceptualización y definición con el fin de atender las necesidades existentes en los términos que expondremos a continuación.

2. La necesidad de una revisión del concierto social reservado a entidades del TSAS para la prestación de servicios sociales públicos como alternativa al sistema contractual competitivo

A lo largo de la presente tesis defendemos la teoría de que es posible la configuración de un instrumento jurídico para la prestación de servicios sociales públicos, alternativo al establecido en la normativa reguladora de la contratación pública. Adicionalmente, sostenemos que es jurídicamente posible que el acceso a dicho régimen se reserve a las entidades del TSAS.

⁶⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 56/2014, de 10 de abril, Pleno. Boletín Oficial del Estado núm. 111, de 7 de mayo de 2014.

⁶⁰² LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario. “La naturaleza jurídica de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas”. *Op. Cit.* Pp. 194-195.

Para comprender el alcance de dicha propuesta debemos preguntarnos cuál es la razón que justificaría la necesidad de configurar un régimen jurídico de estas características. Es decir, qué motiva que sea necesario establecer un régimen alternativo al establecido en la normativa de contratación pública y por qué tiene que estar reservado a las entidades del TSAS, pues más allá de que pueda resultar o no conforme a Derecho, su propia existencia debe tener, a nuestro juicio, una razón de ser.

La cuestión no resulta baladí, pues en la medida en que ya existe un régimen general para el aprovisionamiento de las Administraciones públicas, como es el de la contratación pública en términos de competencia, debe existir un motivo que explique por qué es necesario un régimen especial y diferenciado al régimen contractual ordinario.

A este respecto, debemos considerar las siguientes dos perspectivas distintas que motivarían la propia existencia de este régimen de acción concertada: (i) la de las necesidades derivadas de la transformación del Estado social y (ii) las derivadas del propio fomento y preservación de las entidades de la economía social sin finalidad lucrativa.

2.1. La transformación del Estado social frente a los nuevos retos

Como hemos indicado en el Capítulo II, resulta un hecho totalmente incontrovertido la relevancia y el papel transformador del Estado social en Europa durante la segunda mitad del siglo XX.

A este respecto, en términos generales, los procesos de liberación de servicios públicos y la participación de la iniciativa privada no han alterado su configuración en cuanto a elementos definitorios del Estado europeo contemporáneo.

No obstante, no es menos cierto que, en nuestra opinión, en los últimos años estamos asistiendo al surgimiento de ciertos discursos políticos y planteamientos sociales que cuestionan la necesidad de mantenimiento de dicho Estado social, en sus términos actuales o que, cuanto menos, introducen en el debate político y social la necesidad de proceder a una reconfiguración de las dimensiones actuales del Estado social con el fin de acotar su prestación a ciertas categorías o clases de ciudadanos o a limitar su alcance o su financiación pública.

Más allá de estos legítimos debates políticos y sociales de distinta índole, compartimos con ESTEVE PARDO la creencia de que existe una estrecha vinculación entre sociedad y sistema legal para el mantenimiento del Estado social de forma alineada al sentir de la mayoría de la ciudadanía⁶⁰³.

Es decir, Estado social y de Derecho están intrínsecamente vinculados, de tal forma que el Estado de Derecho garantiza la igualdad formal y el Estado social contribuye a la igualdad material entre las personas.

De esta forma, desde un punto de vista social, el Estado social ha contribuido al reconocimiento de prestaciones y coberturas básicas para las personas en educación, sanidad, servicios sociales, acceso a la cultura, atención a la tercera edad y vivienda, asegurando un mínimo esencial vinculado a la efectiva dignidad humana y a la igualdad para garantizar unas condiciones mínimas a todas las personas que faciliten su desarrollo, realización personal y promoción⁶⁰⁴.

Además de esa configuración social o de naturaleza asistencial, existe una exigencia constitucional al mantenimiento del Estado social, pues como hemos indicado en el apartado segundo del Capítulo II, es el artículo 1.1 de la Constitución el que garantiza el Estado social.

A pesar de ello, esa nueva realidad social a la que nos referíamos anteriormente y que pretende una limitación en la intervención del poder público y del actual sistema de intervención pública, sugiere la necesidad de un reposicionamiento del Estado social, de tal forma que exista una evolución desde una posición de Estado prestacional a una posición de Estado garante de los servicios públicos⁶⁰⁵.

De hecho, según ESTEVE PARDO, “[...] se está produciendo ya una retirada muy ostensible en diversos frentes: retirada en servicios públicos que se entregan al mercado y sobre los que la Administración pierde sus posiciones dominantes y el protagonismo gestor; retirada en el ejercicio de funciones públicas que se encomiendan a particulares en sectores tan dominados antaño por la intervención pública como la policía administrativa, que ahora se presenta, sobre todo, como actividad de regulación de riesgos; retirada de la Administración en su importante actividad de autorización, que ahora se desplazan a los particulares sus declaraciones y las fórmulas de cobertura que

⁶⁰³ ESTEVE PARDO, José. “Estado Garante. Idea y Realidad”. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, p. 13.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 44.

puedan establecer; retirada de las leyes y normas reglamentarias para dar entrada a la autorregulación de sectores sociales eficazmente organizados; retirada, podríamos añadir también, de la jurisdicción y de la resolución de conflictos desde instancias públicas para entregarlos a formulas convencionales de mediación o arbitraje privado, etc....”⁶⁰⁶.

El Estado garante se identifica con la necesidad de mantener los fines del Estado social, pero sin conservar los medios humanos y materiales públicos debido a la privatización de medios e instrumentos y de funciones públicas⁶⁰⁷.

Por lo tanto, nos encontramos ante un reposicionamiento del Estado en su vertiente social, como Estado garante, derivada de la relación del papel de los poderes públicos, de momento, de forma desordenada y sin una clara definición estratégica, y fruto del cuestionamiento de la excesiva intervención del Estado social desencadenado por el sector privado y empresarial que entiende que ello merma su competitividad⁶⁰⁸.

Dicha evolución no supone una sustitución completa del Estado prestacional por el Estado garante, sino una convivencia entre ambos modelos, de forma que en algunos casos se mantiene la actividad prestacional y en otros se forma la garante⁶⁰⁹.

Todo lo anterior no resulta baladí a los efectos que ahora nos ocupan, pues la pérdida de la titularidad y dominio del Estado, y el debilitamiento de la actividad pública es lo que está provocando la transformación del Estado social; una pérdida de protagonismo del Estado prestador que contribuirá a dar mayor relevancia a la colaboración público-privada frente a la gestión directa de los servicios públicos como garantía de la igualdad material de las personas ante el riesgo de desaparición de la actividad pública en favor de la actividad privada en régimen de competencia y, por lo tanto, con riesgo de contribuir a la exclusión social de parte de la población furto de las externalidades negativas de la economía de mercado.

Por consiguiente, es en este contexto en el que una nueva acción concertada puede ser un instrumento jurídico válido y útil para promover la prestación de servicios sociales públicos en colaboración con la sociedad civil y sin ánimo de lucro, en ejercicio de la función garante del Estado de protección de la salud y dignidad de las personas en una sociedad de los cuidados.

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 45.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 63.

2.2. El fomento y preservación de las entidades de la economía social sin ánimo de lucro

Adicionalmente a cuanto se ha indicado en el apartado anterior, concurren otros motivos que justificarían la existencia de un régimen de acción concertada alternativo al régimen contractual en competencia.

Así, desde la perspectiva de las propias entidades del TSAS, existen, a nuestro juicio, tres razones que motivan tal necesidad: causas históricas, de reconocimiento social y vinculadas a su eficiencia económica. Todo ello sobre la base de cuanto exponemos a continuación:

a) Trayectoria histórica del TSAS

En primer lugar, hay que tener presente que existe una tradición histórica de representatividad del TSAS como agente protagonista del desarrollo y ejecución de servicios asistenciales en un régimen de subsidiariedad a la actuación de las Administraciones públicas.

Como hemos expuesto de forma detallada a lo largo del Capítulo I, la iniciativa privada no lucrativa ha sido quien, en ausencia de actuación pública, o por encargo de ésta, ha prestado asistencia social o de cuidados, en un régimen que históricamente ha sido una auténtica actuación sustitutiva de la acción de los poderes públicos.

En concreto, la iniciativa privada es la que hizo frente a la pobreza hasta los siglos XV y XVI, en forma de caridad y limosna individual vinculada al sentimiento religioso, o mediante primeras acciones colectivas ligadas a algunos gremios y cofradías⁶¹⁰.

No fue hasta el siglo XVII cuando surgieron algunas iniciativas promovidas por la Corte que supusieron una incipiente estructura pública asistencial, como las casas de misericordia, a modo de estructuras de acogida y asilo para satisfacer las necesidades de los pobres como herramienta secular de la asistencia social pública asumida por el Estado⁶¹¹.

⁶¹⁰ En este sentido, véase el apartado 2.1 del Capítulo I.

⁶¹¹ En este sentido, véase el apartado 2.2 del Capítulo I.

No obstante, la ausencia de un sistema público asistencial se cubría con la caridad de la Iglesia y por medio de una red de asociaciones caritativas de ámbito privado, no siendo hasta el surgimiento del Estado liberal cuando nació la beneficencia institucionalizada entorno al poder público y la previsión social.

A lo largo del siglo XIX, la beneficencia se configuró, al fin, como una potestad pública estatal compuesta por una estructura pública asistencial, pero complementada por la beneficencia privada para cubrir la prestación asistencial ante la insuficiencia del sistema público⁶¹².

En el siglo XX, en cambio, el sistema de beneficencia público se mostró en un estado precario, con un inadecuado número de establecimientos asistenciales y con una clara expansión de la previsión social en detrimento de los sistemas de beneficencia y asistencia públicos⁶¹³.

La reinstauración democrática y la Constitución de 1978 permitieron la consolidación del modelo de previsión y Seguridad Social, el surgimiento del Estado del bienestar, y el posterior desarrollo de los servicios públicos sociales, produciéndose, finalmente, una universalización de los servicios sociales como derecho subjetivo⁶¹⁴.

En este contexto, el TSAS ha sido un agente fundamental en el desarrollo de los servicios sociales de responsabilidad pública a partir de la expansión del movimiento asociativo en la década de los ochenta del siglo XX, basada en la capilaridad de una extensa red asistencial fuertemente implantada a nivel social y constituyéndose como referente en la atención al usuario, la innovación y la garantía de prestación de servicios sin interés económico para la iniciativa privada con fines lucrativos.

Por todo ello, debe existir un instrumento jurídico que permita a las entidades del TSAS seguir participando en la prestación de servicios sociales públicos como agente garante de estos servicios donde el sistema público pueda resultar insuficiente o poco eficiente.

⁶¹² En este sentido, véase el apartado 2.3 del Capítulo I.

⁶¹³ En este sentido, véase el apartado 2.4 del Capítulo I.

⁶¹⁴ En este sentido, véase el apartado 2.5 del Capítulo I.

b) El reconocimiento social del TSAS: solución al fallo de mercado y aportación de valor social

En la primera parte del presente trabajo hemos hecho amplia referencia al papel esencial del TSAS como agente clave del aseguramiento de la prestación de servicios sociales públicos; entidades del TSAS que derivan del papel histórico de la sociedad civil en el acompañamiento y asistencia de aquellas personas con mayores necesidades asistenciales para su integración e igualdad social.

Así, la ayuda individual se transformó, como hemos referido anteriormente, en una asistencia organizada y de ámbito colectivo a través de entidades de finalidad asistencial de naturaleza no lucrativa, bajo un régimen de solidaridad.

En nuestro contemporáneo Estado social, estas entidades han sido una pieza fundamental en la creación, impulso y desarrollo del Estado del bienestar, primero, y en su transformación hacia la sociedad de los cuidados desde una concepción evolucionada del Estado social como estado garante de estos servicios públicos, después.

El protagonismo del TSAS desde la transición política y democrática acaecida desde el fin del Franquismo constituye el segundo motivo que justifica ese régimen jurídico específico para el TSAS como proveedor de servicios sociales públicos.

En concreto, nos referimos a cómo las limitaciones del sector público para dar respuesta a necesidades sociales en el ámbito de la inserción e igualdad social propiciaron que el TSAS se responsabilizara de la prestación de determinados servicios asistenciales.

A lo largo del Capítulo III hemos recogido como el ordenamiento comunitario ha tendido a promover la colaboración público-privada en la prestación de servicios públicos, incluyendo la prestación de servicios sociales, propiciando así la actividad económica vinculada a dichos servicios públicos.

Sin embargo, esta colaboración público-privada ha resultado interesante para la iniciativa privada con finalidad lucrativa cuando existía cierta rentabilidad vinculada a la prestación del servicio, pero despertando un menor o inexistente interés cuando tal actividad resultaba económicamente poco rentable.

Es en este contexto de ausencia de interés de la iniciativa privada con fines lucrativos en la prestación de servicios sociales públicos, donde el TSAS ha sido fundamental para el aseguramiento de la prestación asistencial a las personas demandantes de

determinados servicios sociales, en un escenario de ausencia de capacidad suficiente de las propias Administraciones públicas para su prestación mediante sus propios recursos.

Asimismo, la contribución social del TSAS ha ayudado a la relevancia de sus entidades en la prestación de servicios sociales, dado que genera un impacto positivo derivado de la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública sobre la propia Administración pública y otros grupos de interés, lo cual genera un valor añadido adicional a la propia prestación del servicio. Esta cuestión debe ser considerada, puesto que genera una externalidad positiva que no se da en el caso de que la prestación se realice por la iniciativa privada con ánimo de lucro.

Como hemos dicho, tales entidades han sido, y siguen siendo, las responsables, no solo de detectar necesidades sociales y asistenciales, sino también las primeras en ocuparse de su prestación, organizarla y exigir su inclusión en las carteras de servicios sociales públicos con el fin de su reconocimiento como derecho subjetivo de prestación universal.

Podríamos decir que el TSAS constituye la primea línea de protección asistencial, avanzándose a los sistemas públicos, poniendo el foco en nuevas necesidades y en las mejoras de los servicios existentes, y constituyendo el agente de referencia para las Administraciones públicas en la organización y prestación de los servicios sociales de responsabilidad pública.

Así, su experiencia y *know-how* constituye una fuente primordial para la gestión de servicios sociales.

Adicionalmente, cabe reiterar que, en numerosas ocasiones, el TSAS ha sido, incluso, el único en gestionar y ocuparse de determinados servicios o de atender a algunos colectivos, especialmente en aquellos casos en los que la encomienda realizada por las Administraciones públicas o las propias características intrínsecas del servicio implicaban la total ausencia de rentabilidad económica en la prestación asistencial.

De esta forma, en la medida en que en el ámbito de los servicios sociales no existe una regulación del servicio universal en términos de imposición de obligaciones tuitivas a un proveedor o un conjunto de operadores lucrativos que gestionan servicios sociales públicos consistentes en obligaciones de servicio público cuando el mercado no garantiza el acceso a un servicio esencial a todos los usuarios, en nuestra opinión, han sido las entidades del TSAS quienes, *de facto*, se han encargado de la prestación de estos “servicios universales”.

Considerando lo anterior, resulta evidente la relevancia del TSAS en la prestación de servicios sociales y su aportación social.

Esta no sólo es una aseveración de ámbito dialéctico, sino que ha sido acreditada a través de la medición y parametrización de las externalidades positivas del TSAS.

Esta medición se ha denominado valor social integrado y se caracteriza por ser un sistema de contabilidad social que cuantifica monetariamente el valor social generado por una organización durante un periodo de tiempo determinado en el ámbito de su actividad. Dicha cuantificación toma en consideración los impactos que genera una organización por sus principales agentes de interés⁶¹⁵, integrando los resultados económicos y sociales en un único concepto de generación de valor⁶¹⁶.

La metodología del valor social integrado se impone a la metodología vinculada al retorno social de la inversión, dado que ésta se centra en el impacto resultante de la intervención social, dejando de lado otros beneficios experimentados por los grupos de interés que se interrelacionan con el proyecto o la organización, como personal técnico, personas voluntarias, estudiantes en prácticas, proveedores o ciudadanía⁶¹⁷.

Por lo tanto, el valor social integrado se enfoca en cuantificar los efectos de la actuación sobre las personas beneficiarias de la actividad de la organización⁶¹⁸.

Como indican AYUSO SIART, GARCÍA CASTILLO y PÉREZ CANILLO, “el valor social integrado consta de dos componentes, el valor social de la actividad económica o valor social de mercado, y el valor social específico o valor de no mercado. El primero de ellos hace referencia al valor social que la organización genera con la realización de su actividad económica, siendo transferido como contrapartida de un precio real de mercado y recogido en la contabilidad de la organización. El segundo de los componentes del valor social integrado, el valor social específico o de no

⁶¹⁵ MARZO, Sonia; BASTIDA, Ramon; FLORES, María Magdalena. “Análisis del valor social. El caso de la UPF Barcelona School of Management”. *Revista de Contabilidad y Dirección*, núm. 32, año 2021, p. 155.

⁶¹⁶ AYUSO SIART, Silvia; GARCÍA CASTILLO, Jordi; PÉREZ CANILLO, Inmaculada. “Valor social generado por una entidad de integración sociolaboral: un estudio de caso”. *Revista Española de Discapacidad*, 8 (2), p. 108.

⁶¹⁷ *Ibid.*

⁶¹⁸ ARNAU, Marina; GONZÁLEZ, Alexandra; VECIANA, Paula. “La medida del valor social integrado en una empresa de inserción: el caso de Formació i Treball”. *Revista de Contabilidad y Dirección*. Vol. 32 año 2021, p. 119.

mercado, es concebido como el valor transferido por la organización a sus grupos de interés sin contrapartida de un precio real de mercado”⁶¹⁹.

El valor social integrado no solo considera el resultado económico, sino que incluye también la riqueza creada para los diferentes grupos de interés que se relacionan con la actividad económica de la organización⁶²⁰, de tal forma que permite evaluar y monetizar el impacto social de la actividad de las entidades del TSAS, permitiendo comparar el valor de su competitividad en términos homogéneos al de las empresas mercantiles⁶²¹. Es decir, integrando en la misma unidad dos valores: el valor contable, valor de mercado, y el valor social de la actividad, valor de no mercado⁶²².

Por lo tanto, existe una cuantificación objetiva del valor social del TSAS que, especialmente en el ámbito del empleo, sustenta la relevancia social de estas entidades en la prestación de servicios sociales públicos. A pesar de ello, hasta donde conocemos, no existe una cuantificación del valor social integrado de todo el sector, ni tampoco un agregado de un conjunto de entidades significativas, que nos permita referir cuál es el valor social del conjunto del sector.

No obstante, hay otros valores que sí nos pueden dar una visión de su envergadura. En concreto, respecto a su relevancia económica, debemos indicar que, en 2018, el TSAS representaba el 1,4% del PIB español⁶²³ representando el 38% del total de empresas que en España se dedican a actividades educativas o sanitarias⁶²⁴. Además, el TSAS tiene gran relevancia por su número de trabajadores, más de medio millón según refiere el último ‘Barómetro del Tercer Sector en España’, elaborado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, y por el número de personas que moviliza en acciones voluntarias, más de un millón, según datos de ese mismo año. En el primer

⁶¹⁹ AYUSO SIART, Silvia; GARCÍA CASTILLO, Jordi; PÉREZ CANILLO, Inmaculada. “Valor social generado por una entidad de integración sociolaboral: un estudio de caso”. *Op. Cit.*, p. 115.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 116.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 124

⁶²² ARNAU, Marina; GONZÁLEZ, Alexandra; VECIANA, Paula. La medida del valor social integrado en una empresa de inserción: el caso de Formació i Treball. *Op. Cit.*, p. 121.

⁶²³ MARBÁN GALLEGU, Vicente, y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “El Tercer Sector de Acción Social en perspectiva comparada regional: ¿modelos de Tercer Sector o singularidades territoriales?” Actas del IX Congreso de la Red Española de Política Social (2023). Innovación y Metodología en Asuntos Sociales. Acta 1/2023. p. 26.

⁶²⁴ GÓMEZ ÁLVAREZ, Juan Jesús. “Economía Social y Tercer Sector. Figuras clave en la recuperación de la sociedad postpandemia”. Ponencia del 33º Congreso del CIRIEC, Valencia 13-15 de junio de 2022. Nuevas dinámicas mundiales en la era post-Covid; desafíos para la economía pública, social y cooperativa, p. 8.

caso, en 2010, un total de 635.961 personas estaban contratadas en alguna entidad del sector, el 3,5% de todo el mercado de trabajo nacional. En el segundo caso, en ese mismo año había casi 1,1 millones de personas voluntarias en entidades TSAS⁶²⁵.

Bajo una perspectiva europea, la dimensión es aún mayor, pues conforma un total de 2.8 millones de empresas y organizaciones, dando empleo a 13.6 millones de ciudadanos y con un volumen cercano al 8 % del PIB europeo⁶²⁶.

Por lo tanto, a pesar de no tener datos agregados a nivel de sector de su valor social, resulta acreditada la relevancia económica del TSAS, así como la concurrencia de externalidades positivas derivadas de su acción asistencial con impacto económico medible a través del cómputo del valor social integrado de estas entidades.

En este sentido, en el informe LETTA se reconoce “[...] la necesidad de aumentar significativamente el impacto y la presencia en el mercado de la economía social y las empresas sociales, reconociendo su valiosa contribución al bienestar social y económico a través de la contratación pública”⁶²⁷.

Asimismo, en dicho informe se recuerda que “las empresas de economía social son fundamentales para fomentar la proximidad y el desarrollo sostenible de los territorios, encarnando la esencia de una economía centrada en las personas que está profundamente arraigada en las comunidades locales. Este arraigo local no solo mejora el tejido social de las comunidades, sino que también promueve ecosistemas territoriales resilientes y sostenibles, asegurando que el crecimiento y el progreso fomentados por la economía social sean inclusivos y beneficiosos para todos”⁶²⁸.

En conclusión, existe una razón de carácter social que motiva un régimen especial para la articulación de un sistema de gestión indirecta de servicios sociales en favor de las entidades del TSAS: (i) su papel de agente que da cobertura a los fallos de mercado cuando no existe un sistema público de servicios sociales fortalecido o cuando la iniciativa privada con fines lucrativos rechaza prestar servicios sin rentabilidad

⁶²⁵ PÉREZ YRUELA, Manuel; NAVARRO ARDOY, Luis. “El tercer sector de acción social en España. Situación y retos en un contexto de crisis”. *Op. Cit.*, p. 16.

⁶²⁶ GÓMEZ ÁLVAREZ, Juan Jesús. “Economía Social y Tercer Sector. Figuras clave en la recuperación de la sociedad postpandemia”. *Op. Cit.*, p. 3.

⁶²⁷ LETTA, Enrico. “Much More than a Market – Speed, Security, Solidarity – Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all citizens”. Abril de 2024, p. 46.

⁶²⁸ *Ibid.*, pp. 105-106.

económica y (ii) el valor social generado como elementos de valor adicional a la propia prestación asistencial⁶²⁹.

c) La imposibilidad de competir en términos de eficiencia económica

Finalmente, el tercer y último motivo que justificaría la existencia de un régimen especial para el TSAS en la contratación de la prestación de servicios sociales está vinculado a la inexistente capacidad de dichas entidades de participar en la licitación de dichos servicios en términos de competencia frente a la iniciativa privada con finalidad lucrativa.

Considerando que, en gran medida, dichos servicios se licitan mediante los procedimientos establecidos en la normativa de contratación pública, se genera una disputa entre empresas con fines lucrativos y entidades del TSAS, resultando adjudicatarios de dichos contratos las primeras ante su mayor posibilidad de realizar ofertas económicas más bajas dado su priorización de la rentabilidad económica frente a la calidad asistencial⁶³⁰.

El enorme esfuerzo del TSAS en garantizar una prestación de calidad supone que su dedicación y valor añadido se centre en los aspectos cualitativos en detrimento de cierta competitividad económica, lo cual les penaliza en los procesos de licitación de contratos sometidos a la normativa reguladora de la contratación pública dado el aun gran peso de la componente económica en la valoración de las ofertas de licitación.

⁶²⁹ En este sentido, en su Dictamen «Crear un entorno propicio para la economía social: la perspectiva local y regional»¹¹, el Comité Europeo de las Regiones defiende la idea de que el marco jurídico europeo debe permitir a las empresas sociales reconocidas acceder a los contratos públicos europeos sin entrar en competencia con las empresas tradicionales, en la medida en que satisfacen necesidades sociales o realizan misiones de servicio público a la vez que ostentan un mandato de una administración pública.

Asimismo, en el Dictamen del Consejo Económico Social Europeo INT/1056, el potencial de la contratación pública para las entidades de la economía social, de 1 de octubre de 2024, aunque “valora positivamente el tenor de los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE y el enfoque que adoptan respecto de los contratos reservados a servicios sociales y otros servicios específicos, pide que se elabore un enfoque más flexible para abordar la duración limitada de tres años del artículo 77, que genera *de facto* una prohibición implícita de renovar los contratos. La aplicación de estas normas ha resultado ser demasiado rígida y no ofrece suficientes alicientes concretos para ofrecer el mismo grado de calidad durante el último año del contrato, lo que a menudo obliga a cambiar a buenos proveedores de servicios aunque el poder adjudicador y los usuarios finales manifiesten su satisfacción en relación con los servicios que prestan”.

⁶³⁰ El informe «The social impact of public procurement – Can the EU do more?» señala que la mayoría de los poderes adjudicadores de los Estados miembros siguen adjudicando los contratos que superan los umbrales que fija la Unión Europea exclusivamente en función del precio o coste más bajo, es decir, que en los pliegos de condiciones no se prevén criterios de calidad ni consideraciones sociales, medioambientales o de innovación.

Todo ello justificaría la necesidad de establecer un régimen especial reservado a entidades del TSAS para la prestación de servicios sociales públicos, alternativo al sistema contractual competitivo.

De hecho, en el informe LETTA se indica que estas entidades “[...] deberían poder participar en el Mercado Único en igualdad de condiciones con otros competidores más convencionales. Crear el entorno adecuado para que la economía social prospere no solo conducirá a la creación de más empleos en el sector, sino que también contribuirá a fortalecer la dimensión social del Mercado Único”⁶³¹.

En esta misma línea, en el Dictamen del Consejo Económico y Social de Europa “La economía social y la lucha contra la pobreza y la exclusión social”, de 17 de enero de 2024, se establece que la Unión Europea debe priorizar el desarrollo de las condiciones esenciales para promover la economía social entre los Estados miembros y extenderla a todos los ámbitos dado que desempeña un papel social en el desarrollo de, entre otros, servicios sociales⁶³².

Asimismo, las leyes autonómicas de servicios sociales reconocen que la colaboración con entidades de iniciativa social constituye un pilar básico para la construcción de los respectivos sistemas autonómicos de servicios sociales. Así lo señala DARNACULLETA GARDELLA al destacar como “[...] la mayoría de las Comunidades Autónomas incorporaron entre los objetivos de la legislación de servicios sociales o entre los principios inspiradores de las respectivas leyes autonómicas un mandato general de promoción de la iniciativa social”, como es el caso de la normativa de Catalunya, País Vasco, Aragón, Canarias, Castilla y León y la Rioja⁶³³.

En esta misma línea, podemos mencionar la Ley 6/2016, de 12 de mayo, del Tercer Sector Social de Euskadi, en cuyo artículo 12 prescribe que “las administraciones públicas vascas garantizarán la participación de las organizaciones del tercer sector social de Euskadi en la provisión (diseño, prestación, evaluación y mejora) de servicios de responsabilidad pública”⁶³⁴.

⁶³¹ LETTA, Enrico. “Much More than a Market – Speed, Security, Solidarity – Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all citizens”. *Op. Cit.*, pp. 105-106.

⁶³² Dictamen del Consejo Económico y Social de Europa “La economía social y la lucha contra la pobreza y la exclusión social”, de 17 de enero de 2024, INT/1044, p. 8.

⁶³³ DARNACULLETA GARDELLA, M^a. Mercè. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. *Op. Cit.*, pp. 118-119.

⁶³⁴ Ley 6/2016, de 12 de mayo, del Tercer Sector Social de Euskadi. Boletín Oficial del Estado núm. 151, de 23 de junio de 2016.

3. Elementos para la compatibilidad con el Derecho comunitario de los instrumentos para la prestación de servicios sociales públicos reservados a entidades del TSAS

En el apartado anterior hemos hecho referencia a las razones que motivan la existencia de un régimen especial para la prestación de servicios sociales públicos reservados a entidades del TSAS.

Sin embargo, más allá de la existencia de elementos que motivarían una regulación específica adicional al régimen ordinario de contratación pública, es necesario analizar si, de conformidad con la normativa de aplicación, es posible establecer un nuevo régimen de acción concertada para la prestación de servicios sociales reservado para las entidades del TSAS.

Para ello conviene referir los elementos que deberían caracterizar dicho régimen especial para que resulte conforme a Derecho.

3.1.Consideraciones previas: elementos sobre los que se construye la hipótesis de un régimen de prestación de servicios sociales públicos reservado al TSAS, alternativo al sistema contractual competitivo y conforme al Derecho comunitario

El planteamiento de la presente tesis se basa en la hipótesis de que es posible establecer un régimen de prestación de servicios sociales públicos reservado al TSAS que constituya una alternativa al régimen de contratación y, por supuesto, compatible con el Derecho comunitario.

La razón de ser de esa hipótesis ha quedado ampliamente expuesta y acreditada en los anteriores apartados de este capítulo sobre la base, no sólo del reconocimiento histórico del papel de la sociedad civil y la participación colectiva en materia asistencial, sino también por justicia social, como reconocimiento a la labor solidaria realizada en ausencia de actuación de los propios poderes públicos y de interés de la iniciativa de finalidad lucrativa, y desde el punto de vista del reconocimiento del valor social generado por la actuación de las entidades en este ámbito.

Adicionalmente, esa necesidad de configurar un régimen reservado a las entidades del TSAS alternativo al de la contratación pública no solo se justifica desde el punto de vista del reconocimiento a las entidades del TSAS y su laboral histórica, social y al valor generado por su actuación, sino también desde una perspectiva pública de interés general.

En concreto, nos referimos a la especialidad de los servicios objeto de contratación, a sus características intrínsecas y al impacto sobre la ciudadanía.

Resulta obvio que la cuestión que nos ocupa versa sobre un elemento con gran relevancia para la ciudadanía y su percepción de los servicios públicos, pues no solo forma parte de aquello que se ha denominado servicios a las personas, sino que, dada su naturaleza asistencial, tiene una trascendencia de gran magnitud e impacto en la calidad de vida de las personas.

Atendiendo a lo anterior, puede plantearse si dichos servicios deben articularse, en cuanto a su prestación, en los mismos términos que cualquier otro servicio, esto es, bajo el régimen de la contratación pública, o no.

Nuestra postura pasa por defender que, desde la perspectiva del Estado social y de Derecho, además del respeto a la Ley, debe procurarse por la vertiente social del Estado, de tal forma que dichos servicios no pueden prestarse y articularse en términos economicistas, sino bajo parámetros de calidad y de generación de valor. A nuestro juicio, resulta éticamente discutible la obtención de rentabilidad económica a través de la prestación de servicios a personas en situación de vulnerabilidad.

Si atendemos a esta posición, que puede ser más política o de gestión que jurídica, y que, por lo tanto, admite cualquier otro posicionamiento aunque lo que venimos defendiendo se encuentra alineado con la concepción social del Estado, debemos partir de la premisa de que, como hemos indicado, el régimen de la normativa de contratación pública no consigue atender a dichos objetivos.

No obstante, si bien esas son las razones que hacen necesario el referido régimen alternativo reservado a las entidades del TSAS, es necesario que sea conforme a Derecho.

Este régimen alternativo parecía haberse alcanzado a través del concierto social. No obstante, la doctrina del asunto *Asade* que categorizó la acción concertada como un contrato público ha alejado dicha figura jurídica de su objetivo de constituir un régimen distinto a los contratos públicos⁶³⁵.

⁶³⁵ Véase el análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20, apartados 65-66, [ECLI:EU:C:2022:559](#), y del Auto de 31 de marzo de 2023, *Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)* y *Consejería de Sanidad de la Diputación General de Aragón*, asunto C-676/20, [\(ECLI:EU:C:2023:289\)](#), recogido en el apartado 3.3. del Capítulo IV.

De hecho, en virtud de la doctrina del asunto Asade, resulta complejo discernir cuál debe ser la naturaleza y configuración del régimen de la concertación social y si tiene sentido como régimen distinto a los contratos públicos. Así lo ha reconocido CASTILLO ABELLA, al afirmar que “esta doctrina genera numerosas dudas sobre el régimen jurídico de las acciones concertadas vigentes. Y, además, supone una llamada de atención a las distintas Comunidades Autónomas para que revisen y afinen las formas de gestión de servicios que actualmente tienen reguladas”⁶³⁶.

Ante el fracaso del actual régimen de acción concertada como alternativa viable a la contratación pública, procede ahora, como cumbre de la hipótesis que se defiende, elaborar una propuesta de regulación que reúna los fines perseguidos, las características necesarias para la articulación de la prestación de estos servicios públicos y, además, constituya un auténtico régimen reservado para el TSAS alternativo a la contratación pública.

Al respecto, cabe preguntarnos si es realmente posible establecer un régimen de prestación de servicios sociales públicos bajo un modelo de gestión indirecta en colaboración con la iniciativa privada, que constituya una alternativa real, útil y efectiva al modelo dominante de la contratación pública, que aporte un valor añadido a entidades públicas contratantes, a operadores y a los usuarios de los servicios, y que resulte conforme a Derecho.

Nuestra tesis sostiene que sí, que es posible, y estableceremos a lo largo del presente capítulo los elementos básicos de dicho régimen que así lo demuestran.

Sin embargo, lo cierto es que, hasta este momento, más allá de argumentar que es una propuesta que puede resultar justificada y adecuada en términos de interés público y calidad del servicio público, a lo largo de esta tesis no lo hemos acreditado.

Por consiguiente, procede ahora hacerlo, y probar que, efectivamente, este régimen es viable, conforme a Derecho y que cumple con estas premisas, pues en caso contrario, habremos podido argumentar la necesidad de este régimen y los motivos históricos y de interés general que motivan su existencia, pero no podremos presentar una proposición válida y adecuada como régimen alternativo a la contratación pública que constituya un marco regulatorio compatible con la normativa vigente.

⁶³⁶ CASTILLO ABELLA, Jorge. Las decisiones ASADE del TJUE como punto de inflexión en la prestación de servicios sociales en España: cuando la acción concertada (casi siempre) es un contrato público. Blog del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid. Artículo publicado el 10 de mayo de 2023. [Las decisiones ASADE del TJUE como punto de inflexión en la prestación de servicios sociales en España: cuando la acción concertada \(casi siempre\) es un contrato público – IDGL-UAM](#). Última consulta: 10 de junio de 2025.

Cabe decir que ese era el objetivo y razón de ser originaria de la regulación del concierto social, pues el marco regulatorio de este instrumento jurídico aprobado por muchas de las Comunidades Autónomas suponía el reconocimiento del papel del TSAS como agente clave para la prestación de los servicios sociales públicos, admitiendo no solo su papel histórico, sino también su valor social, ofreciendo un régimen alternativo a la contratación pública a fin de atender a la falta de competitividad del TSAS frente a las entidades con finalidad lucrativa.

Precisamente, como decíamos, esa es la hipótesis que defendemos en este estudio: una nueva propuesta normativa que reconfigure la acción concertada como un instrumento jurídico válido para la gestión indirecta de servicios sociales de responsabilidad pública por parte de la iniciativa privada y que se caracterice por ser un régimen alternativo a la contratación pública en competencia, sin finalidad lucrativa y conforme con el Derecho comunitario.

3.2. La caracterización constitucional de los servicios sociales

La configuración de un régimen alternativo para la prestación de servicios sociales públicos supone tener que tomar en consideración la distribución competencial constitucional a efectos de analizar qué Administración pública lideraría dicha propuesta.

A este respecto, debemos recordar que, como hemos indicado en el Capítulo II, el Tribunal Constitucional acabó definiendo la asistencia social como una técnica pública de protección, al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, como evolución de la beneficencia fuera del sistema de la Seguridad Social, que comprende no solo la asistencia dispensada por entes públicos que la definen y la prestan, sino también la dispensada por entidades privadas bajo el fomento y control de los poderes públicos al margen de la Seguridad Social.

Sobre esa base, el constante conflicto entre Estado y Comunidades Autónomas en relación con las competencias estatales en materia de Seguridad Social y la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas respecto a la asistencia social se resolvería en favor de las Comunidades Autónomas, considerando que se trataría de complementos a la asistencia social que completan las prestaciones no contributivas, así como las ayudas netamente asistenciales establecidas por las Comunidades Autónomas, sin que ello represente una alteración de la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en los términos recogidos en los artículos 148 y 149 de la Constitución.

Lo anterior no resultaría desvirtuado por la competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación básica en materia de contratos administrativos dado que, en este caso, no nos encontraríamos ante una regulación relativa a contratos públicos, sino ante un régimen alternativo basado en el desarrollo de las competencias en materia de acción social, claramente asumida por todas las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Esta afirmación no resulta accesoria o irrelevante para la cuestión aquí analizada, puesto que resulta determinante para atribuir la competencia normativa de ese régimen alternativo.

De esta forma, al estar desvinculada de la regulación básica en materia de contratación pública, así como del régimen de la Seguridad Social, su regulación recaería en las Comunidades Autónomas, lo que puede dotar de mayor flexibilidad y capacidad de adecuación de la normativa reguladora de un régimen de prestación de estos servicios alternativo a la contratación pública, por cuanto puede ser más permeable y ajustado a las demandas de las entidades del TSAS arraigadas al territorio donde se prestan los servicios.

3.3. Los servicios sociales como servicio público y su caracterización constitucional

Anteriormente ya hemos indicado que fue durante la segunda mitad del siglo XX cuando en Europa occidental surgió el Estado del bienestar y la articulación y consolidación de los servicios sociales públicos, llegando a su universalización e institucionalización como derechos subjetivos de los ciudadanos.

Así sucedió también en España, aunque con ciertos matices, pues si bien la génesis de los servicios sociales modernos no se produjo hasta la reinstauración democrática y el desarrollo de las modernas instituciones públicas durante el último cuarto de siglo, es en los primeros compases del siglo XXI cuando se produce una auténtica explosión del Estado del bienestar con un destacado desarrollo de los servicios asistenciales⁶³⁷.

En este contexto, y en el ámbito del Derecho comunitario, se produjo una institucionalización de los servicios públicos sociales a través del derecho positivo.

⁶³⁷ Véase lo indicado en el apartado 2.5 del Capítulo I.

Ese reconocimiento en el Derecho positivo comunitario se articuló a través de su categorización como SIG, entendidos como servicios cuya prestación debe ser garantizada por los poderes públicos, ya sea mediante su prestación directa o en régimen de colaboración con entidades privadas. Estos SIG, a su vez, distinguen los SIEG, en el caso de servicios básicos que se prestan a cambio de una remuneración y supeditados a las normas europeas de competencia y mercado interior, y los SIGNE, como servicios de solidaridad prestados por los Estados, de financiación esencialmente pública y destinados a la consecución de objetivos sociales y efectos redistributivos, no supeditados a las reglas de la competencia y de libertad en el mercado interior al no tener estos servicios carácter económico⁶³⁸.

La cuestión que resulta ahora relevante en relación con estos servicios públicos sociales es cómo y con qué intensidad se produce la aplicación del derecho de competencia y de libertad de acceso al mercado interior para dichos servicios, pues según hemos expuesto en el Capítulo III, la jurisprudencia ha establecido que los SIEG quedan supeditados a dichas normas, mientras que los SIGNE no quedarán sometidos a esta normativa cuando las condiciones de prestación queden fijadas por actos de poder público y cumplan una finalidad social bajo los principios de universalidad e igualdad, o cuando se basen en la solidaridad nacional en interés público y sin ánimo de lucro.

Además, hay que tener presente que la prestación de estos servicios públicos se ha articulado, tradicionalmente, a través de la colaboración público privada, pues si bien tanto el Derecho comunitario como el interno imponen su neutralidad respecto al modelo de gestión de servicios públicos, lo cierto es que la normativa comunitaria ha promovido la participación de la iniciativa privada en la prestación de servicios públicos al entender que la tensión competitiva del mercado coadyuvaba a conseguir más eficiencia y calidad en la prestación.

De lo anterior, podemos extraer distintas consideraciones que resultan relevantes a efectos de configurar un régimen de regulación para garantizar la reserva de los acuerdos de prestación de servicios sociales públicos a entidades del TSAS.

En primer lugar, debemos reiterar que, como hemos acreditado, la prestación de servicios sociales públicos responde a la necesidad de articular y garantizar un servicio público, facultándose la participación de la iniciativa privada en su prestación.

⁶³⁸ A este respecto, véase lo indicado en el Capítulo III.

En segundo lugar, cabe distinguir la dualidad de dicho servicio público, existiendo una combinación entre servicios de interés económico y servicios de solidaridad, de tal forma que concurre una convivencia entre servicios con interés económico y otros que carecen de él, lo cual supone que exista una participación o interés de la iniciativa privada desigual, esto es, que la iniciativa privada de ámbito lucrativo tenga interés en los servicios de interés económico, pero no en la prestación de servicios de solidaridad.

Esta cuestión, ampliamente regulada o estandarizada en el ámbito del transporte, las telecomunicaciones o en servicios con prestación de servicio universal, no ha tenido el preceptivo desarrollo en el ámbito de los servicios sociales, más teniendo presente que, en el ámbito del resto de los servicios a las personas, no existe con esta intensidad esta dicotomía entre servicios de interés económico y prestaciones de carácter universal o sin interés económico.

Es decir, si entendemos el servicio universal como la imposición a un proveedor de un conjunto de obligaciones de servicio público vinculadas a ciertos derechos de los ciudadanos y, por lo tanto, como un método de corrección de los fallos de mercado cuando este no garantiza el acceso a un servicio esencial a todos los usuarios o lo haga de manera no satisfactoria, podemos entender que en el ámbito de los servicios sociales esto solo se garantiza a través de la prestación de servicios de solidaridad⁶³⁹.

Todo ello configura una concepción moderna del Estado del bienestar, transitando desde un postulado de mero prestador de servicios públicos a, en palabras de RODRÍGUEZ ARANA, un Estado “[...] garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función”⁶⁴⁰.

Este posicionamiento coincide con el defendido por ESTEVE PARDO al exponer la nueva configuración de Estado social como Estado garante, como ampliamente hemos expuesto a lo largo del presente capítulo⁶⁴¹.

Para RODRÍGUEZ ARANA, esta concepción deriva de nuestra configuración constitucional de Estado social y democrático de Derecho⁶⁴².

⁶³⁹ PATEIRO RODRÍGUEZ, Carlos y RODRÍGUEZ GARCÍA, Mauro. “La función redistributiva en los servicios de interés económico general”. *Revista Economía Universidad Nacional Autónoma de México*, vol. 14 núm. 40, enero-abril, 2017.

⁶⁴⁰ RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. “Servicio público y Derecho Comunitario Europeo”, *Derecho & Sociedad*, núm. 26. 2006 p. 83.

⁶⁴¹ Véase el apartado 2.1 de este Capítulo VI.

En concreto, la función promocional de los poderes públicos recogida en el artículo 9.2 de la CE promueve la libertad e igualdad de los ciudadanos y, sobre todo, pretende eliminar los obstáculos que se opongan a esta tarea, garantizando el ejercicio de todos los derechos por todos los ciudadanos.

A su vez, se aprecia en el artículo 10.1 de la CE, al proclamar que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad, constituyen el fundamento del orden público de la paz y social, estableciendo meridianamente hacia donde se orienta el interés general en el Estado social y democrático de Derecho.

Tal función garantizadora se manifiesta también en el concepto de SIG, en la imposición de obligaciones de servicio público y en el aseguramiento del servicio universal, que garantizan la prestación del servicio público donde la falta de rentabilidad hace que el mercado omita su prestación⁶⁴³.

En tercer y último lugar, la propia distinción de estos servicios entre de solidaridad y con interés económico comporta un desigual régimen de aplicación del derecho de competencia y de libertad de acceso al mercado interior para dichos servicios, de tal forma que nos encontramos ante servicios públicos que se caracterizan por su esencialidad y necesidad, universalidad, continuidad y en los que cohabitan servicios con interés económico y de solidaridad con distinto sometimiento al derecho de la competencia y a la libre prestación de servicios.

3.4. Los elementos definitorios de la gestión indirecta de los servicios sociales de responsabilidad pública

En el Capítulo IV nos hemos referido a los distintos modelos de gestión de servicios públicos, incidiendo en la premisa de que la categorización de un servicio como SIG no implica necesariamente su prestación por parte de la propia Administración pública en régimen de gestión directa.

De hecho, la gestión indirecta a través de la participación de entidades privadas encargadas de la prestación de SIG ha sido un elemento cada vez más común en el Estado, y también en el resto de la Unión Europea.

⁶⁴² RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. “Servicio público y Derecho Comunitario Europeo”, *Op. Cit.*, p. 84.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 87.

En concreto, en el caso de los servicios sociales, la gestión indirecta ha sido el modelo tradicional y habitual en España, fruto de su gestión inicial por parte de la sociedad civil, que goza de una gran implantación en la prestación de estos servicios en colaboración con las Administraciones públicas competentes.

Es más, aunque en el ámbito de la Unión Europea existe neutralidad normativa respecto al régimen de gestión de los SIG, lo cierto es que se ha promocionado este régimen de gestión indirecta, al entenderse que la existencia de cierta tensión competitiva en la prestación contribuye a la eficiencia y calidad en la prestación de dichos servicios públicos.

Por lo tanto, tomando en consideración lo anterior, debemos establecer que cualquier régimen alternativo para la prestación de estos servicios debería mantenerse en este contexto tradicional y ampliamente extendido de prestación en régimen de gestión indirecta con la participación de la iniciativa privada en colaboración con las Administraciones públicas competentes.

Además, la creación de un régimen para la prestación de servicios sociales públicos, alternativo al régimen de la contratación pública y dentro un marco de competencia, requiere ajustarse a los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia y adecuación en los términos a los que nos hemos referido en el Capítulo V.

Así, como ya decíamos en dicho capítulo, estos son los cuatro principios que deben caracterizar el régimen de prestación de servicios sociales de responsabilidad pública ajeno al marco de la contratación pública.

Por consiguiente, a nuestro juicio, la configuración de una propuesta alternativa para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública en régimen de gestión indirecta al margen de la contratación pública debería mantener un modelo diferenciado para los servicios de solidaridad en los términos apuntados en el punto anterior y, adicionalmente, asegurar el cumplimiento de los principios de no discriminación y transparencia, así como de universalidad, solidaridad, eficiencia y adecuación.

3.5. Características del régimen de prestación de servicios sociales de responsabilidad pública reservados al TSAS alternativo al sistema contractual competitivo y conforme al Derecho comunitario

El régimen de prestación de servicios sociales públicos que proponemos deberá tomar en consideración los elementos y principios comunes de los modelos alternativos a la contratación pública para la prestación de estos servicios por parte de operadores privados.

Así, este régimen no podrá ser calificado como un contrato público, comportar selectividad o exclusividad para el operador seleccionado, ni infringir los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Además, deberá versar sobre un servicio configurado entorno a la universalidad, solidaridad, eficiencia y adecuación.

Como ampliamente hemos expuesto a lo largo del Capítulo V, de conformidad con su definición normativa, el contrato público se caracteriza por ser aquel celebrado entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, por tener carácter sinalagmático, haberse celebrado a título oneroso y suponer que la entidad pública reciba una prestación que debe comportar un interés económico directo para ese poder adjudicador. De esta forma, cuando cada una de las partes se compromete a realizar una prestación en contrapartida de otra, estaremos ante un contrato público, aunque la retribución prevista se limite al reembolso parcial de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado.

Esta caracterización del contrato público supone que, indefectiblemente, la prestación de servicios sociales a cambio de un precio comporta la existencia de una relación económica entre órgano contratante y operador sobre la base de una relación sinalagmática de base económica, aun cuando exista ausencia de finalidad lucrativa.

Por lo tanto, si bien por definición nos encontraríamos siempre ante un contrato público, cabe recordar que un elemento esencial para su existencia es la concurrencia de selectividad, entendida como el otorgamiento de la exclusividad de la prestación de un servicio, suministro u obra a uno o varios operadores económicos, lo cual nos lleva al segundo de los elementos a considerar para la configuración del referido régimen alternativo a la contratación pública.

De esta forma, la selección del operador u operadores económicos que ejecutarán la prestación como único proveedor de ese poder adjudicador para dicha prestación comportará que resulte de aplicación la normativa de contratación pública al tratarse de un contrato público. Como decíamos, según la doctrina del TJUE reconocida en las

Sentencias *Dr. Falk Pharma GmbH*⁶⁴⁴ y *Maria Tirkkonen*⁶⁴⁵, la no designación de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tendrá como consecuencia que no haya necesidad de aplicar la normativa de contratación pública.

Por lo tanto, para establecer una alternativa que realmente resulte un régimen distinto a la contratación pública no deberá concurrir selectividad o exclusividad de uno o varios operadores en la prestación del servicio.

Asimismo, ese modelo alternativo deberá supeditarse, como no puede ser de otra forma, a los principios de igualdad de trato y no discriminación, de publicidad y transparencia, es decir, al Derecho comunitario primario, lo que debe entenderse como la obligación de que se configure bajo una publicidad suficiente que permita que cualquier operador interesado pueda presentar su candidatura a la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública, y esta sea valorada y atendida bajo criterios que no vulneren la igualdad de trato y la prohibición de arbitrariedad.

Adicionalmente, este régimen deberá garantizar que la prestación de los servicios sociales públicos se basa en los principios de universalidad como garantía del libre acceso de toda la ciudadanía a dichos servicios, bajo un régimen de solidaridad, de tal forma que resulte irrelevante la aportación o contribución de dichos ciudadanos al sostenimiento de estos servicios públicos, permitiendo que cualquier ciudadano pueda acceder a ellos sin importar ni imponer cualquier condición o requisito a dichos ciudadanos ni una contribución o condición de carácter económico a sus usuarios.

Finalmente, deberá tratarse de un régimen adecuado en términos de proporcionalidad, ajustado a los fines asistenciales del servicio público y que garantice un uso eficiente de los recursos económicos para su consecución.

En definitiva, estas serán las características que deberá cumplir cualquier régimen de prestación de servicios sociales públicos reservados al TSAS alternativo al sistema contractual competitivo que se proponga.

⁶⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit*, asunto C-410/14, [ECLI:EU:C:2016:399](#).

⁶⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2018, *Tirkkonen*, asunto C-9/17, [ECLI:EU:C:2018:142](#).

4. La propuesta de regulación para garantizar la reserva de la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a entidades del TSAS

Con esta tesis pretendemos acreditar que es posible establecer un régimen de prestación de servicios sociales públicos reservado al TSAS alternativo al régimen contractual en competencia.

A continuación detallaremos cuál es nuestra propuesta concreta.

4.1. Hipótesis planteada como punto de partida para el desarrollo de una nueva propuesta de regulación de la acción concertada

La hipótesis que se defiende en esta tesis es que es posible establecer un régimen de prestación de servicios sociales públicos reservado al TSAS alternativo al régimen contractual en competencia.

Dicha hipótesis se plantea, en los términos expuestos a lo largo del presente capítulo, ante el fracaso de la vigente regulación de la acción concertada en el conjunto de las Comunidades Autónomas como régimen alternativo a la contratación pública, al haber sido considerada un contrato público por parte del TJUE a raíz de la doctrina del asunto Asade.

Asimismo, a nuestro juicio, una nueva propuesta de regulación de la acción concertada resulta necesaria para dar respuesta a los nuevos retos del Estado social en su tránsito de Estado prestador a Estado garante a la que nos hemos referido anteriormente, así como para preservar el rol y patrimonio social que constituye el TSAS como agente dinamizador de la asistencia social y como punta de lanza de las políticas públicas en materia de acción social.

Este objetivo viene condicionado por el hecho de que, si bien la acción concertada originariamente se planteó como un régimen no contractual, como así se refleja en la mayoría de la normativa autonómica reguladora de la acción concertada, finalmente ha devenido un instrumento de carácter contractual a raíz del asunto Asade.

Esto nos lleva a preguntarnos, ¿cómo puede establecerse un régimen de acción concertada no contractual conforme con el Derecho comunitario?

Sin duda, la solución que permita sostener la hipótesis planteada debe pasar por dar respuesta a dicha cuestión.

Así las cosas, a nuestro juicio, es posible desarrollar la conjetura formulada dando una respuesta afirmativa al requisito de compatibilidad de la solución planteada con el Derecho comunitario, siempre que se haga en los términos que exponremos a continuación.

4.2. Solución propuesta para una nueva configuración de la acción concertada

Nuestra propuesta se basa en un modelo de acción concertada de naturaleza no contractual para la prestación de servicios sociales públicos, reservada a entidades sin ánimo de lucro, y bajo un régimen dual de libertad de elección de servicios sociales de interés general económico y de libre adjudicación de servicios, para garantizar la prestación de servicios sociales de interés general de solidaridad.

Esta acción concertada que planteamos vehiculará la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública bajo los principios de universalidad, solidaridad, eficacia y adecuación, y dará cumplimiento a los principios primarios del Derecho comunitario.

Como decimos, la solución que proponemos distingue dos supuestos, en función del tipo de servicio a prestar: (i) servicios sociales de solidaridad o sin interés económico y (ii) servicios sociales con interés económico.

Es decir, tomando en consideración el conjunto de la cartera de servicios sociales, se propone referir y distinguir entre aquellos servicios de interés económico general y aquellos de solidaridad con el fin de poder aplicar un régimen distinto para cada una de estas tipologías de servicios.

A este respecto, debe recordarse que, como hemos indicado anteriormente, los Estados tienen libertad para definir qué servicios de intereses general se consideran económicos y cuáles de solidaridad.

Pues bien, esta distinción es relevante por cuanto que determinará la forma en la que se articula la acción concertada con los operadores y prestadores de servicios sociales.

Concretando esta cuestión, la propuesta que planteamos es un régimen general de acción concertada sin selectividad, en el que los poderes públicos adjudicadores publican una convocatoria de acción concertada para uno o varios servicios sociales a fin de que todos los operadores económicos sin ánimo de lucro interesados puedan presentar su solicitud de adhesión al sistema de acción concertada, produciéndose una admisión de la adhesión por parte de los poderes adjudicadores en aquellos casos que se

dé cumplimiento a los requisitos previamente definidos y publicados por parte de dichos poderes adjudicadores.

Tras ello, serán los usuarios o beneficiarios de los servicios públicos sociales quienes, entre los operadores adheridos, seleccionarán a su proveedor concreto, accediendo a sus servicios a través de la información publicada por los poderes adjudicadores.

De esta forma, no existirá una selectividad por parte de los poderes adjudicadores, sino una decisión de elección libre por parte de los propios usuarios o beneficiarios de los servicios, articulándose la prestación de servicios sociales públicos por parte de operadores económicos privados, sin ánimo de lucro, y en condiciones de colaboración público-privada, no produciéndose una exclusividad en la prestación, sino un proceso de homologación de proveedores que finalmente prestan servicios directamente a los beneficiarios en función de los requerimientos remitidos por estos y con base en la información objetiva y debidamente publicada por los poderes públicos adjudicadores.

Por consiguiente, según la doctrina del TJUE reconocida en las Sentencias *Dr. Falk Pharma GmbH*⁶⁴⁶ y *Maria Tirkkonen*⁶⁴⁷, nos encontraríamos ante un instrumento jurídico que no puede ser categorizado como un contrato público al no existir selectividad.

En cuanto a los servicios de solidaridad, no estando sujetos a las reglas de competencia por no tener estos servicios carácter económico, siendo financiados de forma esencialmente pública y estando destinados a la consecución de objetivos sociales con efectos redistributivos, se produciría una adjudicación directa por parte de los poderes públicos a las entidades del TSAS con el fin de garantizar la prestación de estos servicios carentes de interés para el mercado.

Esta distinción entre dos regímenes en función de si se trata de SIEG o SIGNE, se basa en el propio reconocimiento que ha hecho el Derecho comunitario y la jurisprudencia del TJUE en relación con los servicios de interés general, que ha establecido esa distinción entre SIEG y SIGNE, entendidos los primeros como servicios básicos que se prestan a cambio de una remuneración, quedando sujetos a las normas europeas de competencia y mercado interior, y los segundos como servicios de solidaridad cuya prestación se reserva a los Estados miembros, no sujetos a las reglas de

⁶⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit*, asunto C-410/14, [ECLI:EU:C:2016:399](#).

⁶⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2018, *Tirkkonen*, asunto C-9/17, [ECLI:EU:C:2018:142](#).

competencia por no tener estos servicios carácter económico, basándose en una financiación esencialmente pública y siendo destinados a la consecución de objetivos sociales y efectos redistributivos.

En el caso de los SIGNE, debemos recordar que, como ampliamente hemos expuesto a lo largo de la presente tesis, es posible su adjudicación directa ante la ausencia de aplicación de las normas de competencia dado que su prestación se basa en el principio de solidaridad. Al respecto, el TJUE admite que, en casos de servicios a las personas, la normativa nacional puede limitar las normas sobre competencia, libertad de establecimiento y libre circulación de servicios en el mercado interior, permitiendo la adjudicación directa a asociaciones de voluntariado bajo una finalidad social, cuando ello contribuya a cumplir con objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que no se persigan objetivos distintos a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan.
- b) Que no se obtengan ningún beneficio.
- c) Que no se produzca un abuso de Derecho.

Además, para aquellos casos en que la propia naturaleza de los servicios suponga que no exista un mercado con varios prestadores de servicios y, en aquellos casos en los que los usuarios no se encuentren en disposición de proceder a la elección de un prestador de servicios, serán los propios poderes públicos adjudicadores quienes elijan el operador prestador del servicio.

Con ello, se permitiría dar solución a aquellas situaciones en los que no es posible garantizar la elección por parte de los propios usuarios por tratarse de un servicio integral que requiere de una asignación no fragmentada a un mismo operador, o un servicio residencial que requiere de una ocupación mínima para su viabilidad, de tal forma que pueda garantizarse la operatividad y funcionalidad del sistema a través de la adjudicación directa o a través de la imposición de obligaciones de naturaleza tuitiva a los operadores encargados de la prestación de otros servicios en interés económico, como contraprestación a la posibilidad de participar en un sistema de prestación de servicios sociales públicos de forma reservada y ajena al régimen general de la contratación pública.

En este punto debemos advertir que el TSAS siempre ha sido reticente a un modelo prestacional en el que fueran los usuarios o beneficiarios los que procedieran a la selección del proveedor de servicios sociales, al entender que ese es un modelo no operativo en el caso de la prestación de servicios sociales dado que para algunos de estos servicios no existe un mercado en el que pueda procederse a una elección, los usuarios no siempre se encuentran en condiciones o concurren situaciones de vulnerabilidad que impiden la elección, ya que los usuarios no forman parte de lo que podríamos llamar el sistema o, en otros casos, no pueden competir en condiciones con aquellos servicios prestados por operadores de naturaleza lucrativa.

Pues bien, en el modelo que proponemos se toman en consideración estas cuestiones de tal forma que, a nuestro juicio, nuestra propuesta ofrece una solución óptima ante dichas disfunciones al pivotar sobre los siguientes dos elementos: la propia reserva y la diferenciación de los servicios de solidaridad y SIEG.

Así, la propia reserva de este régimen de acción concertada a entidades del TSAS supone que la elección por parte de los usuarios y beneficiarios se limite a este tipo de entidades, de forma que no existe la posibilidad de que la libertad de elección derive en una desviación hacia entidades lucrativas o se produzca cierta clase de competencia desleal entre operadores de naturaleza lucrativa y no lucrativa.

Por otro lado, la distinción entre SIEG y SIGNE es una garantía que permite establecer una diferenciación operativa en función de cada uno de estos servicios y, por lo tanto, establecer un procedimiento de actuación específico en el caso de aquellos servicios que se realizan sin competencia en el mercado o en el que los usuarios, por las propias características de los servicios o sus propias circunstancias, no se encuentran en disposición de proceder a la elección de prestadores. Es decir, una situación en la que no hay más de un prestador por la propia naturaleza antieconómica del servicio o cuando los beneficiarios no se encuentran en disposición de elegir en libertad.

Con ello, a nuestro juicio, se ofrece una propuesta de acción concertada reservada al TSAS, alternativo al régimen contractual en competencia y compatible con el Derecho comunitario que, a su vez, constituye una solución funcional para los propios operadores de estos servicios pertenecientes al TSAS.

4.3. Elementos característicos de la nueva propuesta de acción concertada

El modelo de acción concertada de naturaleza no contractual propuesto para la prestación de servicios sociales públicos, reservado a entidades sin ánimo de lucro, y con libertad de elección de servicios sociales de interés general económico y

adjudicación directa para servicios sociales de interés general de solidaridad que hemos presentado en el apartado anterior, se caracterizaría por ser una propuesta:

- a) Configurada para la prestación de servicios sociales.
- b) De naturaleza no contractual, constituyendo una alternativa no sometida a la Directiva de Contratación.
- c) Sin selectividad por parte de los poderes públicos de los operadores encargados de la prestación.
- d) Reservada a entidades del TSAS.
- e) No sometida a los principios de competencia, libertad de establecimiento y libre circulación de los servicios en el mercado interior.
- f) Supeditada a los principios de publicidad y transparencia, así como a los principios generales de igualdad de trato y no discriminación.
- g) Basada en la prestación de servicios bajo los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia y adecuación.
- h) Con un régimen retributivo asentado en un módulo económico previamente fijado.

Dichas características se concretan sobre la base de cuanto desarrollamos a continuación.

En primer lugar, el modelo de acción concertada propuesto debe quedar limitado a la configuración de un régimen de colaboración público-privada entre poderes públicos y operadores económicos para la prestación de servicios sociales públicos.

En segundo lugar, se trataría de una propuesta de naturaleza no contractual en cuanto que, como hemos desarrollado de forma amplia a lo largo de la presente tesis, resulta posible articular un régimen no contractual para la prestación de servicios a las personas sobre la base de que la Directiva de Contratación ya prevé que el régimen contractual no es el único en virtud del cual es posible gestionar de forma indirecta los servicios de interés general, teniendo los Estados miembros plena libertad para organizar sus servicios.

En tercer lugar, es un régimen de acción concertada en el que no se produce una selectividad y en el que cualquiera de las entidades concertadas puede adherirse a dicho sistema, pues, en nuestra opinión, esta es la única opción viable para que se constituya un régimen alternativo al régimen contractual.

Lo que estamos planteando es, por lo tanto, un régimen en el que, a través de convocatorias de concertación, todas las entidades interesadas en la prestación de dichos servicios puedan adherirse al sistema de concertación social, sin que exista una selectividad en la entidad encomendada en la prestación de servicios sociales.

Si bien la participación en el régimen de concertación no puede quedar cerciorada mediante la aplicación de criterios de adjudicación o selección cuando existan varias entidades en la prestación de servicios, sí sería admisible la aplicación de criterios para la asignación de usuarios o plazas.

Por consiguiente, lo que se propone es un régimen de acción concertada de carácter no contractual basado en un sistema de concertación en el que todas las entidades interesadas puedan adherirse para la prestación de servicios sociales y que puedan asignarse las plazas y/o usuarios entre las distintas entidades interesadas en función de unos criterios de reparto previamente establecidos.

En cuarto lugar, el acceso a la acción concertada quedará restringido a las entidades del TSAS dado que, como hemos expuesto en apartados anteriores de este capítulo, es necesario garantizar el papel social de estos sujetos en la prestación de estos servicios, considerando que no pueden competir en igualdad de condiciones con entidades con finalidad lucrativa. A este respecto, debe advertirse que, en todo caso, este régimen de acción concertada no es incompatible con el régimen de la contratación pública, de forma que ambas vías son complementarias para articular la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales públicos, pudiendo escoger entre una y otra vía en función de los criterios que estimen más convenientes.

Lo que supone la acción concertada es la regulación de una vía alternativa a la contratación pública competitiva para las entidades del TSAS que permita garantizar su rol como agentes esenciales en la prestación de estos servicios, evitando que se vean ladeados por los procesos de contratación pública, con la finalidad de permitir que la tensión competitiva en estos servicios se centre en la calidad y no en la rentabilidad económica.

En quinto lugar, en relación con los principios de libertad de establecimiento y libre circulación de los servicios en el mercado interior, cabe tener presente que, como norma general, estos son principios rectores de aplicación obligatoria en el ejercicio de las libertades de los poderes públicos para la definición de los modelos de gestión de servicios públicos, de forma que el modelo propuesto deberá garantizar el respeto a dichos principios.

La acción concertada bajo libertad de elección de los usuarios y beneficiarios para los SIEG mediante la convocatoria por parte de los poderes públicos y la validación en el sistema de todos los operadores interesados que cumplan con los requisitos definidos en la convocatoria que proponemos, como ocurre en el régimen de contratación pública o en cualquier otro basado en la concurrencia e igualdad de trato, garantiza dar pleno cumplimiento a los principios de libertad de establecimiento y de prestación de servicios. Es decir, para los SIEG, nuestra propuesta cumple con dichos principios.

Por su parte, en el caso de los SIGNE, se producirá una adjudicación directa para la selección de un operador a quien se encomendará la prestación de servicios sociales de solidaridad. En estos casos, el TJUE admitió esta limitación a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios cuando tal restricción contribuya al cumplimiento de una finalidad social y a la consecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

En el caso que nos ocupa, dado que los SIGNE son servicios de solidaridad, cumplen con dicho requisito y, además, en términos teóricos, respetarán el principio de eficiencia presupuestaria dado que se trata de servicios en los que solo se retribuye su coste de prestación en un contexto sin competencia en el mercado y sin ánimo de lucro.

En sexto lugar, el régimen de acción concertada propuesto cumplirá con los principios generales de igualdad de trato y no discriminación, publicidad y transparencia sin que la reserva en favor de entidades del TSAS ni su propia configuración vulnere dichos principios. A este respecto, la propuesta que presentamos se acoge a la doctrina del TJUE recogida en las sentencias del asunto Asade, en cuanto que es posible establecer la reserva a entidades sin ánimo de lucro cuando la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria de esta acción concertada.

Asimismo, en cuanto que el sistema propuesto conlleva la publicación de las correspondientes convocatorias para la presentación de solicitudes de participación en el sistema de libertad de elección del concierto social por parte de todos los operadores interesados, queda garantizado el cumplimiento del principio de transparencia,

especialmente si consideramos que los poderes públicos adjudicadores ofrecerán a los beneficiarios de los servicios la información y documentación suficiente para que estos puedan proceder a la elección del proveedor de los servicios sociales concertados.

Además, en cuanto al necesario respeto de los principios de transparencia y publicidad, el régimen de acción concertada que se presenta cumplirá con dichos principios en su doble vertiente:

- a) En los casos de SIEG, a través de la publicación de las convocatorias para que las entidades interesadas puedan presentar su solicitud, quedando prefijados en la correspondiente convocatoria publicada los requisitos para que se pueda concertar con las Administraciones convocantes un determinado servicio público.
- b) Por su parte, en los casos de SIGNE, se procederá a dar la publicidad y transparencia adecuada del expediente de concertación para que, en aquellos casos en los que se haya producido una adjudicación directa, se publiciten los conciertos suscritos en los portales de transparencia para su general conocimiento por cualquier interesado.

En séptimo lugar, el régimen propuesto garantizará la prestación de servicios sociales bajo los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia y adecuación.

En el capítulo anterior nos hemos referido a los principios que un modelo alternativo al de la contratación pública en competencia para la prestación de servicios sociales públicos debería cumplir. En concreto, hemos hecho referencia a los principios de solidaridad, universalidad, eficiencias y adecuación.

Sin necesidad de mayor disertación resulta evidente que, más allá del régimen de contratación que se establezca, se mantiene un sistema asistencial accesible para toda la ciudadanía, dando así cumplimiento al principio de universalidad y al principio de solidaridad en cuanto su prestación es independiente a la contribución de cada una de las personas para la prestación del servicio público recibido.

Por lo tanto, la configuración de un régimen alternativo no desvirtúa un sistema público de servicios sociales destinado a satisfacer los principios de cohesión social y solidaridad.

De hecho, precisamente la reserva del sistema a entidades sin ánimo de lucro contribuye a la consecución del principio de solidaridad dado que se presta el servicio sin ánimo de lucro, con una finalidad social o de interés general, y bajo la regulación de

la Administración, sin que exista una correlación entre el servicio recibido por los usuarios y su contribución al sistema de financiación de dichos servicios.

En relación con el principio de eficiencia, se garantiza fijando contraprestaciones económicas a percibir por las entidades concertadas de acuerdo con las tarifas máximas y mínimas, o bien mediante los módulos que se establezcan, que cubrirán como máximo los costes variables, fijos y permanentes de prestación del servicio, sin incluir beneficio industrial.

Asimismo, ya hemos dicho que la eficiencia debe analizarse desde una visión más allá de la economicista, poniendo también en valor la calidad en la prestación al tratarse de servicios a las personas.

Aunque la cuestión deberá ser analizada caso por caso, como se desprende de la doctrina del TJUE recogida en las sentencias del asunto Asade, lo cierto es que ese régimen alternativo no conlleva, *per se*, una ineficiencia en la calidad, pues, de hecho, la propia reserva en favor de las entidades del TSAS no implica, desde un punto estrictamente económico, que el modelo sea económicamente menos eficiente que aquellos prestados por entidades con ánimo de lucro ni tampoco que resulte ineficiente en términos de calidad.

Es más, generalizando, aun pudiendo incorporar una mayor estructura de costes fruto de una mayor calidad en el servicio, la no inclusión de beneficio industrial en el modelo propuesto podría, incluso, desde un punto de vista estrictamente económico, comportar una mayor eficiencia entendida como uso adecuado de los recursos públicos para la obtención de la prestación contratada.

De esta forma, tomando en consideración lo sostenido por MARTÍN EGAÑA, en estos servicios la eficiencia no puede ser interpretada exclusivamente en clave económica, sino que debe identificarse con el adecuado uso de los recursos públicos para la consecución de los objetivos de calidad⁶⁴⁸.

Por todo ello, no existen razones que permitan asegurar, sin un análisis caso por caso, que el modelo de concierto social propuesto sea ineficiente.

⁶⁴⁸ MARTÍN EGAÑA, Arantza. “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha*, núm. 25, año 2021, p. 22.

Además, debe ponerse de manifiesto que esta propuesta no vulnera el principio de adecuación, pues si bien se establece una reserva en favor de las entidades del TSAS, ésta será una medida idónea, necesaria y proporcionadas para la configuración de un régimen de prestación de servicios sociales públicos alternativo al régimen contractual en competencia, pues permite que sean estas entidades las que se mantengan en la prestación de estos servicios, como agentes que, como hemos indicado anteriormente, conocen con mayor detalle las necesidades de la ciudadanía y priorizan la articulación de estos servicios bajo principios de calidad asistencial y no de rentabilidad económica, lo que sin duda revierte en los propios beneficiarios del servicio.

En octavo y último lugar, en cuanto al régimen económico vinculado a la prestación de los servicios incluidos en el concierto social, se basará en la fijación de un módulo económico por parte de la Administración concertante, de manera que con él se retribuyan los costes fijos, variables y permanentes, sin retribución alguna de beneficio industrial. Con la fijación de un módulo económico para el concierto social por parte de la propia Administración pública concertante se evita que la variable económica sea un componente negociable o sobre la que exista competencia entre las entidades interesadas en la suscripción del concierto social y, por consiguiente, las entidades interesadas en el concierto se focalicen en la calidad de la prestación y otros elementos ajenos a la componente económica que aporten valor a su prestación de servicios y hagan que sean seleccionados por parte de los propios beneficiarios.

Esta cuestión se alinea con lo indicado en el capítulo anterior en relación con el suministro de medicamentos, entendiendo que son sectores vinculados a la prestación de servicios a las personas sin cierre de mercado por la ausencia de exclusividad y selectividad por parte de los poderes públicos, en los que, como indicaba GIMENO FELIU, forzar una inadecuada tensión competitiva puede traducirse en una peor calidad asistencial⁶⁴⁹.

En este caso, como en el caso de los medicamentos, se produce una decisión administrativa de incorporación de un servicio a la cartera de servicios sociales con la correspondiente financiación a cargo de dicho sistema público a través de un precio fijado por servicio o usuario, de forma que, como ocurría con los medicamentos, este modelo regulatorio alternativo al modelo competitivo de contratación es adecuado para la sostenibilidad del sistema público, tanto desde la perspectiva presupuestaria, como de calidad y equidad del modelo.

⁶⁴⁹ GIMENO FELIU, José María. “Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: A propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)”. *Op. Cit.*, p. 35.

Así, como apuntaba GARCÍA ÁLVAREZ para el caso del suministro de medicamentos, no nos encontramos ante “[...] una adquisición que formalmente realiza el paciente sino ante una asunción, parcial en muchos casos, de costes, lo que permite excluir la aplicación de la normativa contractual”⁶⁵⁰.

Estos elementos constituyen las principales características del régimen de acción concertada que proponemos y que permiten ofrecer una solución regulatoria sobre la que se sostiene la hipótesis que defendemos a lo largo de esta tesis y que, a nuestro juicio, es conforme al Derecho comunitario en los términos que desarrollaremos a continuación.

4.4. La compatibilidad de la nueva propuesta de acción concertada con el Derecho comunitario

En los dos apartados anteriores hemos recogido la propuesta concreta que formulamos como soporte de la tesis que venimos defendiendo y las características concretas de dicha propuesta como instrumento para la prestación de servicios sociales públicos reservado al TSAS y alternativo al régimen contractual en competencia.

No obstante, también hemos dicho que para que dicha propuesta sea una alternativa real que pueda ser viable en términos jurídicos, debe ser compatible con el Derecho comunitario.

Desde un punto de vista estrictamente operativo, ya hemos dicho que, *a priori*, la propuesta que presentamos en esta tesis sería funcional para los distintos agentes intervinientes en la prestación de servicios sociales públicos.

Así, la propuesta no genera un marco muy distinto para algunos de estos agentes, como es el caso de las Administraciones públicas competentes y encargadas de la prestación de la asistencia social, ni tampoco para los usuarios o beneficiarios de las prestaciones asistenciales.

La verdadera relevancia de la propuesta repercute sobre las entidades prestadoras de servicios sociales públicos en colaboración con las Administraciones públicas dado que, atendiendo a la reserva de acceso a la acción concertada propuesta a entidades del TSAS, supone una restricción a las empresas y entidades de iniciativa lucrativa, configurando un régimen específico para las entidades del TSAS:

⁶⁵⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. “Regulación y compra pública de medicamentos”. *Op. Cit.*, p. Rrr-3.5.

Cuando nos referíamos a la necesidad de establecer un régimen para la prestación de servicios sociales públicos exclusivo o reservado a las entidades del TSAS distinto al régimen de la contratación pública, partíamos de la premisa de que la regulación de la contratación pública impedía que dichas entidades compitieran con otras entidades con ánimo de lucro debido a que sus condiciones de partida y, por consiguiente, las condiciones en las que podían ofertar a los contratos públicos no eran equiparables a las de las entidades con ánimo de lucro, dado que, frente a la búsqueda de la rentabilidad económica, su servicio se basa en la calidad asistencial, lo que supone que, a pesar de la regulación normativa existente, el poco énfasis de los poderes públicos en priorizar la contratación en términos de calidad y de relevancia social impedía que estas entidades pudieran optar a la adjudicación de contratos.

Ante esta situación, es precisamente con una acción concertada reservada a entidades sin ánimo de lucro como se busca dar solución a esta problemática.

Como se desprende de cuanto hemos expuesto en el apartado anterior, las características más relevantes de nuestra propuesta en cuanto a su compatibilidad legal se refiere, son: (i) la reserva de acceso a la acción concertada a entidades sin ánimo de lucro, (ii) su naturaleza no contractual, (iii) la no aplicación de la normativa reguladora de la contratación pública, (iv) la no aplicación de la normativa reguladora de la libre competencia, de libertad de establecimiento y de libre prestación en el mercado interior y (v) la adjudicación directa de ciertos servicios.

En este punto, conviene analizar si cada una de estas características resultaría conforme con el Derecho comunitario y, en definitiva, si lo es la propuesta de acción concertada que se presenta en esta tesis.

En relación con la reserva de la acción concertada que proponemos a entidades del TSAS, cabe tener presente que, como hemos expuesto ampliamente en capítulos anteriores, a través de la doctrina del asunto *Asade*, el TJUE declaró que el Derecho comunitario no se opone a que una normativa nacional reserve a las entidades sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, con observancia de los principios de publicidad, de competencia y de transparencia, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de interés general, a cambio del reembolso de los costes que soportan, cuando ello permita satisfacer objetivos de solidaridad, sin mejorar necesariamente la adecuación o la eficiencia presupuestaria.

De esta forma, aunque nuestro planteamiento prevé que la acción concertada sea un instrumento para la articulación de SIEG, permite también hacerlo para los SIGNE basados en la prestación de servicios de solidaridad, siendo la reserva una medida

proporcionada y justificada para la consecución de los fines perseguidos, que en este caso, es garantizar el papel de las entidades del TSAS en la prestación de SIG sociales y, a su vez, asegurar que en dicha prestación la calidad y el criterio asistencial no decaen en favor de la rentabilidad económica.

En cuanto a su caracterización como un instrumento de naturaleza no contractual, en la medida en que el régimen propuesto carece de selectividad, entendida como la concesión de la exclusividad de la prestación de un servicio a un único proveedor, la regulación de la acción concertada en los términos propuestos no es posible que se caracterice como un contrato público y, por consiguiente, no le resulta de aplicación la Directiva de Contratación, como así ha sostenido el TJUE en sus Sentencias de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit*, asunto C-410/14⁶⁵¹ y de 1 de marzo de 2018, *Tirkonnen*, asunto C-9/17⁶⁵², en las que se dictaminó que la no designación de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tendrá como consecuencia la no necesidad de aplicar la normativa de contratación pública.

En esta misma línea se pronunció el TJUE para el caso de la acción concertada en su Sentencia de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20⁶⁵³, al afirmar que los procedimientos mediante los cuales el poder adjudicador renuncia a comparar y clasificar las ofertas admisibles y a designar el operador o los operadores a los que se otorga la exclusividad del contrato no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva de Contratación.

Asimismo, cabe tener presente que los SIGNE quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Contratación.

En cuanto a la aplicación de las normas sobre competencia y libertad de establecimiento, el TJUE ha validado que, bajo determinadas condiciones, la prestación de una actividad asistencial a las personas bajo los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia económica, y eficacia y equilibrio presupuestario, constituyen razones imperiosas de interés general que excluyen las reglas de competencia y libre prestación de servicios.

⁶⁵¹ Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit*, asunto C-410/14, [ECLI:EU:C:2016:399](#).

⁶⁵² Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2018, *Tirkonnen*, asunto C-9/17, [ECLI:EU:C:2018:142](#).

⁶⁵³ Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, *Asade*, asunto C-436/20, [ECLI:EU:C:2022:559](#).

Así, para el caso concreto de los servicios sociales, conviene referirnos a la Sentencia del TJUE de 17 de junio de 1997, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl contra Regione Lombardia*, asunto C-70/95⁶⁵⁴, en la que se declaró compatible con el Derecho comunitario la reserva de la prestación de estos servicios a entidades sin ánimo de lucro.

Además, en las sentencias *Spezzino*⁶⁵⁵ y *Castà*⁶⁵⁶, el TJUE entendió que no resulta disconforme a Derecho y, en concreto, no infringe la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, la normativa que permita la adjudicación directa y sin publicidad a una entidad sin ánimo de lucro de un contrato para la prestación de servicios sanitarios siempre que, como señala el Tribunal, la prestación de servicios en estos términos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

Por lo tanto, el TJUE concluyó que una limitación a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios no resultaba contraria al Derecho comunitario en el caso concreto de la prestación de servicios a las personas, validando la adjudicación directa sin contravenir dichos principios en los contratos de estos servicios cuando la prestación se articule bajo los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia económica, y eficacia y equilibrio presupuestario.

Atendiendo a lo anterior, las características de nuestra propuesta para la regulación de la acción concertada reservada a entidades del TSAS para la prestación de servicios sociales como régimen alternativo a la contratación pública en competencia deben calificarse como alineadas con el Derecho comunitario y con la doctrina del TJUE.

⁶⁵⁴ Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros contra San Lorenzo Soc. coop. sociale y Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, asunto C-113/13, [ECLI:EU:C:1997:301](#).

⁶⁵⁵ Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2016, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) y otros contra Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea y Regione Piemonte*, asunto C-50/14, [ECLI:EU:C:2016:56](#).

⁶⁵⁶ *Ibid.*

4.5. Validación de la nueva propuesta de acción concertada a través de modelos de referencia

La configuración de la acción concertada que se propone no resulta un modelo ajeno o extraño a otras iniciativas análogas que existen en el ámbito comunitario.

Como ejemplo, podemos citar el régimen de los contratos *open-house* que, como hemos detallado en el Capítulo IV, son instrumentos jurídicos para la adquisición de medicamentos donde los poderes adjudicadores formalizan un contrato con todos los operadores económicos que cumplan los requisitos previamente definidos sin exclusividad ni selectividad del proveedor⁶⁵⁷.

Otro ejemplo en el que nos podemos apoyar es el propuesto por los profesores GIMENO GELIU y GARCÍA ÁLVAREZ en relación con el suministro de medicamentos, consistente en la adquisición de medicamentos sin licitación en el que el precio se fija de forma negociada entre Administración y laboratorio farmacéutico, y en el que la decisión de compra no deriva de los propios poderes públicos adjudicadores, sino que responde a las prescripciones médicas en función del criterio asistencial de los profesionales médicos⁶⁵⁸.

Adicionalmente, puede resultar relevante referirnos a la Ley sueca 2008:962, de los sistemas de libertad de elección, de 20 de noviembre de 2008, mediante la que se establece un sistema de libertad de elección para la prestación de los servicios sanitarios y sociales a través de un procedimiento en el que la persona tiene derecho a elegir el proveedor que prestará el servicio entre todos los proveedores que cumplan los requisitos establecidos previamente y con el que el poder adjudicador ha aprobado y firmado un contrato⁶⁵⁹.

Según la propia Ley 2008:962, dicho sistema podrá quedar reservado a las entidades sin ánimo de lucro cuya finalidad contribuya a la consecución de la finalidad del servicio que se vaya a prestar⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ Nos remitimos a cuanto hemos indicado en el apartado 4.1 del Capítulo IV.

⁶⁵⁸ Véase lo indicado en el apartado 6 del Capítulo V.

⁶⁵⁹ En concreto, los servicios sanitarios y sociales comprendidos en los CPV 79611000-0 o 85000000 a 85322300-9 de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 213/2008 de la Comisión Europea.

⁶⁶⁰ A partir del 1 de enero de 2023, existe la posibilidad de reservar la participación en los sistemas de libre elección para las organizaciones sin ánimo de lucro que cumplan requisitos especiales. Sin embargo, la posibilidad de reservar la participación a organizaciones sin ánimo de lucro no se aplica a los sistemas de libre elección en la atención primaria de salud.

Del contenido de la indicada Ley 2008:962 se desprende que el procedimiento consiste en la publicación por parte del órgano de contratación de un pliego de condiciones que deben cumplir los proveedores y en la publicación de dicho pliego para que los operadores interesados puedan presentar sus solicitudes de participación.

A partir de las solicitudes presentadas, el órgano de contratación aprueba todas las solicitudes de todos los operadores que cumplan con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que no hayan sido excluidos por la concurrencia de alguna causa de exclusión de las legalmente establecidas, suscribiéndose un contrato entre el proveedor y el órgano de contratación.

Tras ello, el órgano de contratación ofrecerá a los particulares toda la información de todos los operadores con los que haya suscrito un contrato, a fin de que sea el propio beneficiario quien pueda elegir de cuál de ellos desea recibir el servicio.

Asimismo, en la Ley 2008:962 se establece que, para el usuario que no quiera o no pueda elegir a un proveedor, el poder adjudicador ofrecerá una opción de no selección; opción que debe estar prevista de antemano, sin que pueda asignarse un proveedor al azar, aunque la Ley no indica cuál debe ser dicho criterio, dejando que sean los propios poderes adjudicadores los que deban decidir cuál debe ser la opción de no elección. Es decir, para el caso de que los beneficiarios no formulen su elección, por no estar en condiciones de hacerlo, rechacen hacerlo o por cualquier razón no lleguen a hacerlo, el sistema prevé que los poderes públicos contratantes deban proporcionar una alternativa de no elección en función de criterios previamente definidos como, por ejemplo, la proximidad al domicilio del beneficiario u otros adecuados a sus circunstancias⁶⁶¹.

En relación con este régimen de libre elección, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ lo ha comparado con el sistema de los seguros de salud privados, en los que el asegurado puede escoger entre un conjunto de profesionales contratados por la compañía aseguradora, con la diferencia de que en el caso del sistema de elecciones sueco no es posible modificar la elección, dado que el cambio de prestador no es flexible⁶⁶².

Por lo tanto, se trata de un sistema de carácter reglado, que comprende tanto la disponibilidad para la prestación del servicio, como la efectiva prestación cuando así lo decida el usuario, en el que los poderes adjudicadores deberán aprobar todas las

⁶⁶¹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. "El Derecho de la contratación pública en Suecia". En SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *El Derecho de los Contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*. Valladolid: Ed. Lex Nova, 2011, p. 577.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 574.

solicitudes presentadas por operadores siempre que cumplan las condiciones mínimas establecidas en los pliegos y no estén incluidas en causas de exclusión⁶⁶³.

Este sistema de libre elección se extendió a otros ámbitos. Así, la Ley sueca 2010:536, de 3 de junio, sobre la libertad de elección en el servicio público de empleo, prevé que el servicio público de empleo podrá decidir establecer sistemas de libertad de elección para los servicios comprendidos en las actividades de la agencia pública de empleo en materia de política del mercado de trabajo y, por otro lado, la Ley sueca 2013:311, de 23 de mayo, sobre los sistemas de libertad de elección con respecto a los servicios de identificación electrónica, estableciendo un régimen de libre elección para estos servicios análogo al régimen previsto en la Ley 2008:962.

Un último ejemplo de un régimen de prestación de servicios a las personas en régimen de colaboración público-privada bajo características parecidas al régimen ahora propuesto es el Programa de Atención Dental Infantil de Euskadi (PADI).

El PADI se ha configurado como un régimen de prestación de un servicio público, en este caso, la asistencia dental infantil, en términos de colaboración público-privada, en la que la prestación se articula a través de entidades y profesionales privados que reúnan determinadas características y sin que se produzca selectividad por parte de la Administración contratante que, en este caso, es el Servicio Vasco de Salud.

El Decreto 37/2023, de 21 de marzo, de la prestación sanitaria en materia de salud bucodental para la población de 7 a 15 años de la Comunidad Autónoma del País Vasco⁶⁶⁴, regula y configura la prestación de este servicio a través de operadores privados (dentistas no pertenecientes al servicio vasco de salud) en desarrollo de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi⁶⁶⁵.

Este Decreto deriva del previo Decreto 118/1990, de 24 de abril, sobre asistencia dental a la población infantil de la Comunidad Autónoma del País Vasco⁶⁶⁶, mediante el cual se creó el PADI con el objetivo de dispensar los cuidados necesarios a la población infantil de 7 a 15 años, edades de erupción y maduración de la dentición permanente

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 577.

⁶⁶⁴ Decreto 37/2023, de 21 de marzo, de la prestación sanitaria en materia de salud bucodental para la población de 7 a 15 años de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Boletín Oficial del País Vasco núm. 84, de 5 de mayo de 2023.

⁶⁶⁵ Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi. Boletín Oficial del País Vasco núm. 138, de 21 de julio de 1997.

⁶⁶⁶ Decreto 118/1990, de 24 de abril, sobre asistencia dental a la población infantil de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Boletín Oficial del País Vasco núm. 89, de 7 de mayo de 1990.

para alcanzar una mejor salud dental en la edad adulta. Este Decreto reguló, aseguró, financió y proveyó atención dental a todos los escolares. Finalmente, dicho Decreto fue derogado con la entrada en vigor de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, de tal forma que desde entonces y hasta la aprobación del Decreto 37/2023, la contratación se producía mediante convocatorias públicas para la suscripción de contratos administrativos de gestión de servicio público mediante procedimientos abiertos.

Pues bien, según se refiere en la exposición de motivos del Decreto 37/2023, la experiencia previa puso de manifiesto que los contratos administrativos no son ágiles para la provisión de dichos servicios, dado que no permitían contratar a más profesionales que los inicialmente contratados hasta que se procediera a una nueva licitación del servicio.

En este contexto, y bajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 11.6 de la LCSP, se aprobó el Decreto 7/2023 con el objetivo de establecer el contenido y alcance de la prestación sanitaria en materia de salud bucodental destinada a las personas de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 7 a 15 años con derecho a la asistencia sanitaria pública con cargo al sistema sanitario de Euskadi, así como la forma de gestión de la misma con libre elección por parte de las personas beneficiarias de la persona habilitada que desean que preste la asistencia dental⁶⁶⁷.

Para el acceso de los profesionales al sistema, se establece un sistema de habilitación en el que los distintos profesionales pueden solicitar su adhesión sobre la base de la acreditación de los requisitos previamente establecidos en el propio Decreto 37/2023, con un precio prefijado según las actuaciones médicas y servicios asistenciales efectivamente prestados a los beneficiarios.

Por lo tanto, del contenido de dicho Decreto 37/2023 se desprende que el PADI se configura como un sistema de colaboración público-privada para la prestación de asistencia sanitaria mediante profesionales habilitados bajo el cumplimiento de un conjunto de requisitos en función de un precio fijado y sin selectividad por parte de los poderes públicos, siendo el usuario o beneficiario del sistema quien efectúa dicha

⁶⁶⁷ El artículo 11.6 LCSP dispone que se excluye de dicha Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

selectividad o selección del profesional de la bolsa de profesionales habilitados por el sistema sanitario público. Es decir, es un sistema de libertad de elección.

Estos ejemplos ponen de manifiesto que existen modelos ya vigentes que comportan muchas de las características que contiene nuestra propuesta, de manera que es posible encontrar distintas regulaciones para la prestación de servicios sociales, sanitarios o para el suministro de medicamentos, que constituyen una alternativa a la contratación pública, en los que no existe una selectividad por parte de los poderes contratantes y que ofrecen libertad de elección a los usuarios o beneficiarios, sin que ello haya ofrecido dudas respecto a su encaje con la normativa comunitaria.

Por todo ello, debemos entender que la propuesta sobre la que se sostiene nuestra hipótesis, con las características a las que nos hemos referido a lo largo del presente capítulo, resulta compatible con el Derecho comunitario, como demuestra el hecho que son muchos los modelos vigentes análogos al aquí propuesto.

A este respecto, nuestra propuesta se basa en un sistema de libertad de elección para los usuarios para los servicios sociales categorizados como SIEG y de adjudicación directa para los SIGNE.

En este punto debemos advertir que el TSAS siempre ha rechazado un modelo prestacional en el que fueran los usuarios o beneficiarios los que procedieran a la selección del proveedor de servicios sociales, al entender que ese es un modelo no viable en el caso de la prestación de servicios sociales dado que, para alguno de estos servicios, no existe un mercado. no puede procederse a una elección, los usuarios no siempre se encuentran en condiciones de elegir o, incluso, concurren situaciones de vulnerabilidad que impiden la elección por parte de los usuarios o, en otros casos, no pueden competir en condiciones con aquellos servicios prestados por operadores de naturaleza lucrativa.

En el modelo que proponemos se toman en consideración dichas disfunciones puestas de manifiesto por el TSAS, de tal forma que ofrecemos una propuesta que, a nuestro juicio, aporta una solución óptima a esta cuestión.

En definitiva, la reserva de este régimen de acción concertada a entidades del TSAS limita la elección de usuarios y beneficiarios a estas entidades, evitando la competencia con entidades de naturaleza lucrativa. Además, la distinción entre SIEG y SIGNE permite diferenciar operativamente cada servicio y establecer procedimientos específicos para servicios sin competencia en el mercado, dando respuesta a situaciones donde los usuarios, debido a las características del servicio o sus propias circunstancias,

no pueden elegir prestadores, o a situaciones en las que solo hay un prestador debido a la naturaleza antieconómica del servicio.

Con ello se consigue que la propuesta sobre la que descansa esta tesis no solo resulte compatible con la normativa de aplicación sino que, además, sea funcional para los operadores y dé una respuesta adecuada a las necesidades planteadas por los que pertenecen al ámbito de la ausencia de lucro, permitiendo la configuración de un sistema de gestión indirecta de servicios públicos asistenciales que garantiza su correcta prestación para todos sus usuarios en función de las distintas necesidades y tipologías de servicios a prestar.

Atendiendo a todo lo anterior, podemos dar por concluido este trabajo advirtiendo que, a nuestro juicio, ha sido posible ofrecer una propuesta para la prestación de servicios sociales reservada a entidades del TSAS y alternativa al régimen de la contratación pública en competencia conforme a la regulación comunitaria y a la doctrina del TJUE, así como funcional para estos operadores del mercado y para los beneficiarios de los servicios asistenciales, de tal forma que, con ello, se da una solución sobre la que se sustenta la hipótesis planteada al inicio y que permite aseverar que es posible la configuración de una acción concertada reservada al TSAS alternativa al régimen de contratación pública en competencia.

Conclusiones

A lo largo de los distintos capítulos que conforman la presente tesis doctoral hemos expuesto la hipótesis defendida en relación con la posibilidad de presentar una propuesta regulatoria de concertación social basada en un sistema dual de libre elección de servicios sociales y de asignación directa de operadores de servicios sociales alternativo al régimen de contratación pública en competencia. Asimismo, hemos presentado los elementos que justifican el planteamiento de dicha hipótesis y los motivos que llevan a defenderla, así como el detalle de la propuesta que sirve de apoyo y acredita la hipótesis planteada.

Sobre esa base, se han alcanzado las conclusiones que se desarrollan a continuación.

Primera

La caridad y la beneficencia de carácter personal constituyen la génesis de la conciencia social frente a la pobreza y el origen de la necesidad asistencial de los individuos.

La acción personal caritativa promovió la acción colectiva de naturaleza privada y, a su vez, fue la precursora de la acción pública frente a la pobreza y de los inicios de los modernos sistemas sociales desarrollados por los poderes públicos.

En concreto, hasta el siglo XVI solo existió la acción caritativa individual bajo una concepción de naturaleza puramente religiosa y no enfocada en la asistencia al prójimo, dado que su única finalidad era obtener el reconocimiento social o atender a motivos de fe.

Fue en ese siglo cuando se inició el debate doctrinal sobre cuál debía ser el papel de los poderes públicos frente a la pobreza, pero la acción caritativa y asistencial se mantuvo en la vertiente privada, ya fuera instada por la Iglesia o por una incipiente burguesía gremial.

Las distintas tesis en relación con el papel de los poderes públicos frente a la pobreza, contraponiendo perspectivas reformistas y humanistas, provocaron el surgimiento de un movimiento de publicación de la acción social, que se inició con la creación de casas de misericordia y albergues de pobres destinadas a labores asistenciales, pero también al control público de la pobreza.

Con la llegada a España de la dinastía borbónica y la Ilustración, se mantuvo la tendencia a publicar la acción contra la pobreza y a tratarla como un problema social que necesitaba de la intervención del Estado, de tal forma que se amplió y racionalizó la red pública de atención y asistencia a los pobres.

Posteriormente, el liberalismo marcó el primer cambio significativo en esta cuestión, dado que propuso que el Estado debía asumir la acción contra la pobreza, no por razones humanitarias o de solidaridad pública, sino como un mecanismo de control y gestión del orden social.

De esta forma, nació la beneficencia promovida y organizada por los poderes públicos como origen de un servicio público asistencial, si bien se mantuvo la beneficencia de naturaleza privada como solución ante la incapacidad e insuficiencia de la beneficencia pública para atender todas las necesidades, mucho más preocupada de acoger las alteraciones derivadas de los continuos cambios políticos que de alcanzar altas cotas de calidad y eficacia en el ámbito asistencial.

Esta situación de coexistencia entre la iniciativa privada y la beneficencia pública se prolongó hasta el primer tercio del siglo XX, cuando aparecieron los seguros y la previsión social vinculada a la clase trabajadora, promovida también por los poderes públicos.

No obstante, para aquellas personas carentes de dicha protección solo existía la acción social prestada por la iniciativa privada, especialmente de carácter religioso. De esta forma, las instituciones privadas y la beneficencia quedaron como socorro a los marginados ajenos al sistema de previsión social de los trabajadores.

En definitiva, la iniciativa privada de naturaleza no lucrativa fue la encargada de prestar la asistencia social con anterioridad al surgimiento de los sistemas públicos de servicios sociales y, a su vez, fue la precursora de su creación, expansión e institucionalización.

Segunda

El rol de la iniciativa privada de naturaleza no lucrativa sigue siendo fundamental en nuestro sistema público de servicios sociales.

Tras el paréntesis que supuso la guerra civil española y la dictadura franquista en el desarrollo de los sistemas públicos de servicios sociales, con la restauración democrática y la aprobación de la Constitución en 1978, surgió y se consolidó la previsión y seguridad social universal y la acción social pública en términos modernos.

No obstante, a pesar de la existencia de un sistema público de servicios sociales fuerte y consolidado, la iniciativa privada de naturaleza no lucrativa ha mantenido su participación en la prestación de estos servicios junto con las Administraciones públicas o mediante la prestación de servicios de naturaleza complementaria a la cartera de servicios sociales públicos.

Por lo tanto, la iniciativa privada de naturaleza no lucrativa ha seguido siendo un agente importante en la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública.

Así, durante la segunda mitad del siglo XX se produjo el surgimiento y expansión del TSAS en el contexto de la construcción del Estado del bienestar y el fomento del voluntariado y la participación social. Fue en este momento cuando se produjo la universalización de los servicios sociales, lo que promocionó la consolidación del TSAS, su expansión y la ampliación de sus estructuras, así como su profesionalización y articulación orgánica.

A pesar de la existencia de un sistema de servicios sociales públicos institucionalizado, el TSAS se ha encargado de detectar necesidades sociales y de la prestación de servicios de atención a determinados colectivos, de tal forma que ha realizado y realiza un papel fundamental en la gestión de este tipo de prestaciones, aportando experiencia, recursos y contribuyendo a la preservación de la calidad en estos servicios.

De hecho, incluso ha sido el encargado de prestar servicios carentes de cobertura pública o, bajo la encomienda de los poderes públicos, de atender a necesidades emergentes, así como sin interés para el mercado.

Así, podemos concluir que, incluso ahora, con un sistema asistencial público moderno y bien estructurado, la iniciativa privada no lucrativa sigue siendo fundamental para garantizar las prestaciones asistenciales públicas al encargarse de la prestación de muchos de los servicios que componen la cartera pública de servicios sociales y de asistir en primera instancia las necesidades emergentes que requieren de una repuesta inmediata que, en ocasiones, no es atendida por la red asistencial pública.

Esa relevancia se traduce en datos, puesto que, según los últimos datos disponibles, el TSAS representaba casi el 1,5% del PIB español, siendo más del 35% del total de empresas que en España se dedican a actividades educativas o sanitarias. Además, en cuanto al número de trabajadores, ocupa a más de 500.000 personas, alcanzando una cifra cercana al 3,5% de todo el mercado de trabajo nacional, con el apoyo de más de un

millón de voluntarios. A nivel europeo, la cifra se dispara hasta un 8% del PIB y más de 13,5 millones de personas ocupadas.

Asimismo, más allá de su incidencia directa en el PIB y en la ocupación, la actividad del TSAS genera externalidades positivas medibles a través del valor social integrado generado a la sociedad, de tal forma que dichas externalidades positivas se pueden cuantificar en términos económicos, permitiendo determinar monetariamente el impacto que generan estas organizaciones.

En conclusión, la iniciativa privada sin fines de lucro es esencial para el desarrollo de la moderna acción social pública, manteniendo su protagonismo durante las últimas décadas en ausencia de un sistema público de asistencia social o, cuando este ha sido insuficiente o inadecuado, para atender a las necesidades de la ciudadanía.

Tercera

De forma paralela a la acción de la iniciativa privada de naturaleza no lucrativa como agente relevante en la prestación de servicios sociales públicos durante las últimas décadas del siglo XX, encontramos también la acción protagonizada por la iniciativa privada de finalidad lucrativa. No obstante, la competencia en el sector no ha contribuido a una mejora de la calidad asistencial.

En concreto, durante las últimas décadas del siglo pasado apareció la iniciativa privada con fines lucrativos para la prestación generalizada de servicios sociales o asistenciales, al existir oportunidad de negocio tanto en la prestación de determinados servicios de naturaleza privada ajenos al sistema público como en la propia prestación de parte de los servicios sociales públicos bajo regímenes de colaboración público-privada.

Esta dualidad de agentes colaboradores en la prestación de servicios sociales públicos ha contribuido a la existencia de una creciente competencia entre entidades lucrativas y no lucrativas, lo que ha derivado en una disminución de la participación de las entidades del TSAS en la prestación de servicios sociales debido a la falta de competitividad de dichas entidades frente a operadores con finalidad lucrativa que disponen de mayor capacidad económica.

Este fenómeno ha contribuido a la disminución de la calidad asistencial y de la accesibilidad de los servicios, ya que, si bien la competencia podría contribuir a la mejora de la calidad del servicio, lo cierto es que las entidades lucrativas tienden a priorizar la rentabilidad económica frente a la calidad asistencial y el valor social

añadido a su prestación y, en cambio, las entidades del TSAS carecen de suficientes recursos económicos para invertir en la mejorar de sus servicios.

En definitiva, la competencia entre entidades de finalidad lucrativa y no lucrativa no solo no ha contribuido a la mejora de la calidad asistencial en beneficio de los usuarios de los servicios sociales públicos, sino que ha supuesto un progresivo arrinconamiento del TSAS en la prestación de estos servicios a pesar de ser los herederos de la iniciativa privada solidaria que contribuyó a la génesis de los sistemas públicos de servicios sociales.

Cuarta

La creciente mercantilización de los servicios sociales y la preeminencia de la contratación pública competitiva han generado desafíos significativos para las entidades del TSAS, que históricamente han desempeñado un papel crucial en la provisión de estos servicios. Estos desafíos se han materializado, entre otros, en el ámbito de la regulación de los instrumentos jurídicos ordenadores de la colaboración público-privada para la prestación de servicios sociales públicos.

La falta de competitividad económica de estas entidades frente a operadores con fines lucrativos ha desembocado en una disminución de su participación en la prestación de servicios sociales, poniendo en riesgo la calidad en la prestación del servicio.

Dar respuesta a esa necesidad de establecer un régimen alternativo a la contratación pública que permitiese al sector no lucrativo asegurar su presencia en la prestación de servicios a las personas era el objetivo de la acción concertada en su configuración inicial, esto es, ser un instrumento jurídico que constituyese una auténtica alternativa a la contratación pública y, a su vez, que permitiese servir a los indicados fines.

Si bien es cierto que la mayoría de Comunidades Autónomas han aprobado su propia normativa reguladora de acción concertada, muchas de ellas pretendieron que dicho instrumento resultara alternativo a los contratos públicos, apostando algunas de ellas por vetar su acceso a las entidades de finalidad lucrativa, de tal forma que el concierto social fuera una alternativa para la regulación de la colaboración público-privada para la prestación de servicios sociales con entidades sin finalidad lucrativa. Otras Comunidades Autónomas, en cambio, se limitaron a otorgar distintos grados de preferencia para las entidades del TSAS.

Sin embargo, a pesar de la naturaleza no contractual de la acción concertada según aquellos que la promovieron y como así se declara en la mayoría de la normativa autonómica reguladora de dicho instrumento jurídico, el TJUE concluyó en las denominadas sentencias del asunto Asade que la configuración de la acción concertada respondía a un instrumento de naturaleza contractual.

Aunque dicha conclusión se alcanzó por parte del TJUE en relación con la acción concertada regulada en la normativa autonómica de la Comunidad Valenciana y de la Comunidad Autónoma de Aragón, la fundamentación jurídica sobre la que se basa tal conclusión sería fácilmente extrapolable al resto de normativas autonómicas reguladoras del concierto social.

De esta forma, el TJUE terminó con el debate respecto a la naturaleza del concierto social y, a pesar de la voluntad de la mayoría de los legisladores autonómicos respecto a la caracterización del concierto social como un instrumento de naturaleza contractual, lo equiparó a una modalidad de contrato, de tal forma que queda sometido a la normativa reguladora de la contratación pública.

Los motivos por los que el TJUE calificó la actual acción concertada como un instrumento de naturaleza contractual se basaron en el hecho de que en la actual regulación del concierto social concurren elementos propios de los contratos públicos.

En concreto, dichos elementos son: la participación en el contrato de uno o varios poderes adjudicadores, su carácter sinalagmático y oneroso, la existencia de un interés económico directo para el poder adjudicador y la concurrencia de selectividad de un operador exclusivo para la prestación del servicio, suministro u obras.

Dado que la regulación autonómica de la acción social se basa en la prestación de servicios sociales por parte de un operador seleccionado por un poder público a cambio de un precio, lo que supone la existencia de una relación entre órgano contratante y operador sobre la base de una relación sinalagmática de base económica, aun cuando exista ausencia de finalidad lucrativa, nos encontramos ante un contrato público.

Es decir, al concurrir todos los elementos propios de los contratos públicos en la regulación del concierto social, el TJUE concluyó que resultaba de aplicación la normativa de contratación pública.

La categorización del concierto social como un instrumento de naturaleza contractual impide que sea una alternativa al régimen contractual en competencia y, por consiguiente, supone el fracaso del concierto social en su objetivo de ser alternativa al

régimen de la contratación pública y de favorecer la participación del TSAS en la prestación de servicios a las personas.

De todo ello debe extraerse que la actual regulación de la acción concertada ha resultado, en cierta medida, obsoleta y desconectada de la reconfiguración del régimen jurídico de la acción concertada establecido por el TJUE, de tal forma que existe una imperiosa necesidad de acometer una reforma de la regulación actual que permita restablecer el enfoque inicial en el que surgió dicha iniciativa como régimen alternativo a la contratación pública y como instrumento de protección al TSAS como agente garantizador de la calidad del servicio asistencial.

Quinta

El sistema contractual que deriva de la Directiva de Contratación no ofrece una solución óptima para la contratación de servicios sociales. Asimismo, tampoco presenta un marco regulatorio propicio para la protección y promoción de la participación del TSAS en la prestación de servicios sociales públicos.

Aunque la Directiva de Contratación institucionalizó la compra pública estratégica, así como un régimen regulatorio singular para los servicios a las personas y la reserva de determinados contratos a centros especiales de empleo y empresas de inserción, lo cierto es que ninguna de estas herramientas ha permitido establecer un régimen adecuado para la protección del papel del TSAS en la prestación de servicios sociales públicos.

Es más, a pesar de que la jurisprudencia comunitaria ha permitido la adjudicación directa de la prestación de estos servicios bajo determinadas condiciones, tampoco esta ha sido una vía utilizada para la flexibilización del régimen contractual para garantizar la protección del TSAS como agente colaborador de los poderes públicos en la prestación de servicios sociales.

Es por ello por lo que fue necesario prospectar vías alternativas de naturaleza no contractual con el fin prestar servicios sociales públicos en los términos reconocidos por la normativa y la jurisprudencia aplicable a la prestación de servicios públicos por parte de operadores privados.

En este contexto fue en el que se promovió la acción concertada como instrumento no contractual para la prestación de estos servicios por parte de operadores privados en colaboración con las Administraciones públicas; configuración que ha permitido su desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas en uso de sus competencias

propias e, incluso, el establecimiento de un modelo reservado a entidades sin ánimo de lucro.

Sin embargo, la acción concertada como figura de referencia y de carácter innovador en los últimos años, configurada, como decíamos, por la mayoría de Comunidades Autónomas y por la más autorizada doctrina científica como un régimen de carácter no contractual, finalmente ha sido categorizada por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como de carácter contractual.

Por su parte, instrumentos tradicionales para la gestión de servicios sociales públicos, como el convenio administrativo o el concierto, o bien son instrumentos sin encaje dada la actual regulación del convenio, o bien tienen naturaleza contractual.

Otros negocios o instrumentos jurídicos de naturaleza no contractual, como es el caso de las subvenciones públicas o las corporaciones de derecho público, carecen de los elementos necesarios para resultar una alternativa real y adecuada al régimen de contratos públicos al tener un objetivo ajeno a la gestión indirecta de un servicio de titularidad pública.

Así las cosas, ni la acción concertada, en su configuración actual, ha resultado adecuada como alternativa real a la contratación pública pues, en la práctica y con base en la jurisprudencia comunitaria, se ha equiparado a un régimen de carácter contractual, ni existen, por el momento, otras vías que supongan una solución óptima para la prestación por parte de operadores privados de servicios públicos a las personas en colaboración con las Administraciones públicas, lo que supone que siga siendo necesario desarrollar un instrumento jurídico para la prestación de servicios sociales públicos por parte de operadores privados que proteja al TSAS y los valores defendidos por sus entidades en la prestación de estos servicios.

Sexta

Para la prospección de un nuevo marco regulatorio para la prestación de servicios sociales públicos alternativo a la contratación pública en competencia conviene tomar en consideración los pilares que sustentan la acción pública en este ámbito y, en concreto, la concepción social del Estado.

El desarrollo y ejecución de políticas públicas en el ámbito social desde la restauración democrática ha propiciado la creación, expansión y consolidación del sistema público de servicios sociales que conocemos hoy día.

Este sistema público de acción social fruto de la ejecución de políticas públicas en este ámbito a través de la gestión directa o indirecta de este servicio público por parte de los poderes públicos, es consecuencia de la concepción social del Estado reconocida en el artículo 1.1 de la Constitución española.

El sistema público de servicios sociales español se ha construido a través de la protección pública de los ciudadanos al margen de su contribución económica previa, pudiendo ser prestado directamente por los poderes públicos o por entidades privadas bajo el fomento y control de dichos poderes públicos.

Esta acción asistencial de competencia de las Comunidades Autónomas de conformidad con el sistema constitucional de distribución competencial, es ajena a cualquier contribución económica por parte de los eventuales beneficiarios y complementa al sistema público de Seguridad Social que sí tiene, como norma general, naturaleza contributiva.

Asimismo, la vertiente social del Estado que se reconoce en la Constitución de 1978 es de carácter transversal y se refleja en diversos aspectos constitucionales que influyen en la estructura del actual sistema de servicios sociales.

En concreto, de dicha dimensión social del Estado deriva la configuración del aspecto formal y material del principio de igualdad, en el específico reconocimiento de derechos prestacionales y sociales, así como en la inclusión de los principios rectores de la acción de los poderes públicos.

Por lo tanto, la concepción social del Estado es un principio orientador de la actuación de los poderes públicos encaminado a la reducción de la desigualdad social, debiendo promover las condiciones para garantizar la libertad e igualdad material de los individuos.

Todo ello nos permite concluir que existe un mandato constitucional rector en el ámbito de la definición de las políticas públicas y en la determinación de la actuación de los poderes públicos, de forma que deberá tomarse en consideración dicha concepción social del Estado también en la definición de la forma de gestión y prestación de los servicios públicos.

El ámbito de los servicios sociales públicos no es una excepción a dicha conclusión, de manera que la organización de su gestión y prestación estará marcada por la dimensión social del Estado y su incidencia en la actuación de los poderes públicos.

Así, si la caracterización social del Estado contribuyó a la creación, expansión y consolidación del sistema público de servicios sociales, es posible defender que esta caracterización social debe condicionar el desarrollo de las políticas públicas en este ámbito, incluyendo la elección del modelo de gestión de los servicios sociales públicos, conteniendo la posibilidad de definir un marco regulatorio para la prestación de servicios sociales que priorice la calidad asistencial y proteja la participación del TSAS en este ámbito prestacional como organizaciones surgidas de la sociedad civil y gestionadas bajo reglas propias de las organizaciones democráticas.

Por consiguiente, la presentación de una propuesta para la prestación de servicios sociales públicos alternativa al régimen de la contratación pública reservada a las entidades del TSAS no solo resulta legítima, sino que es posible defender que encuentra amparo normativo en el bloque de constitucionalidad en relación con la vertiente social del Estado, atendiendo con ello a dicho mandato mediante el fomento de una reformulación del régimen de acción concertada que permita que resulte un instrumento válido y funcional para proteger a las entidades del TSAS como expresión de la acción de la propia sociedad civil de base democrática, pero también como agente clave en la prestación de servicios sociales a la ciudadanía.

Séptima

El concepto y definición de servicios sociales resulta relevante para establecer una nueva regulación normativa que permita su prestación bajo un régimen alternativo a la contratación en competencia.

El Tribunal Constitucional ha definido la asistencia social como una técnica pública de protección al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, como evolución de la beneficencia fuera del sistema de la Seguridad Social, que comprende no solo la asistencia dispensada por entes públicos que la definen y la prestan, sino también la dispensada por entidades privadas, que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social y destinada, bajo un marco de temporalidad, a grupos de población a los que no alcanza el sistema de la Seguridad Social.

Esta definición resulta también relevante en relación con el constante conflicto constitucional entre Estado y Comunidades Autónomas respecto a las competencias en materia de asistencia social fruto de la tenue delimitación de los límites entre el sistema de protección de la Seguridad Social y el ámbito de los servicios sociales.

Aunque la Constitución reconoce la asistencia social como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas y todos los Estatutos de Autonomía han atribuido dicha competencia en favor de sus respectivas Comunidades Autónomas, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha validado la actuación del Estado en aspectos vinculados a la asistencia social a partir del ejercicio de sus potestades constitucionales como, por ejemplo, mediante la potestad subvencional, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles, el fomento por parte del Estado sobre la materia en relación con proyectos de acción social de ámbito territorial supraautonómico o el ejercicio de la legislación básica y régimen económico en cuanto se trate de servicios sociales de la Seguridad Social.

Por consiguiente, la delimitación entre servicios sociales y el sistema de Seguridad Social resulta relevante para determinar los límites competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, siendo esta una cuestión controvertida en cuanto que, a pesar de que todos los Estatutos de Autonomía han asumido la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, el Tribunal Constitucional ha reconocido al Estado la potestad de intervenir en materia de asuntos sociales en el ejercicio de distintas competencias propias.

Así las cosas, la aprobación de un nuevo marco regulatorio para la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública deberá quedar circunscrito al ámbito de los servicios sociales con el fin de que una eventual regulación de un instrumento jurídico alternativo a la contratación pública tenga naturaleza autonómica en los mismos términos que sucede con la vigente acción concertada.

Octava

De conformidad con lo establecido en el Considerando 114 de la Directiva de Contratación, los Estados miembros y los poderes públicos tienen libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos siempre que se garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Es decir, existe libertad de los poderes públicos para organizar y escoger la vía de gestión y prestación de servicios públicos, incluso en forma distinta a la contratación pública.

De hecho, es tal la libertad existente en relación con el modo de organización que tienen los Estados para la prestación de los servicios públicos que incluso tal libertad es extensible a la propia posibilidad de definir el modelo de gestión, de forma que cualquier modelo, incluso la gestión directa, es admisible.

Por consiguiente, la libertad para la definición del modelo alcanza la posibilidad de que los poderes públicos acuerden la gestión directa de los servicios públicos a través de sus propios medios, o cualquier modalidad de gestión indirecta, de manera que el servicio se preste a través de operadores privados en colaboración con los poderes públicos.

En el caso de los servicios sociales, la gestión indirecta ha sido el modelo tradicional y habitual en España, fruto de su gestión inicial por parte de la sociedad civil, existiendo a lo largo de la historia una estrecha relación de colaboración e incluso complementariedad entre la actividad de los poderes públicos en el ámbito de la acción social y de los operadores privados.

Esta generalización del modelo de gestión indirecta en España y la expansión de los modelos de organización de servicios públicos basados en la prestación por parte de operadores privados bajo instrumentos de colaboración público-privada ha contribuido a la transición desde un Estado prestador de servicios públicos a un Estado garante de dichos servicios.

Eso significa que se mantiene la promoción de la prestación de servicios públicos por parte de las Administraciones públicas, pero sin la necesidad de disponer directamente de medios humanos y materiales, siendo estos recursos aportados por los operadores privados, de tal forma que se produce un reposicionamiento del Estado, donde ya no se realiza una prestación directa, sino el fomento de la prestación privada de servicios públicos, dando mayor relevancia a la colaboración público-privada frente a la gestión directa de los servicios públicos.

Todo lo anterior nos permite concluir que, a pesar de que existe neutralidad normativa y una reconocida libertad para que los poderes públicos organicen la prestación de los servicios públicos bajo los modelos de gestión que estimen más convenientes, el rol de los operadores privados en la prestación de estos servicios públicos bajo distintos instrumentos de colaboración público-privada ha sido y es esencial.

Novena

A lo largo de esta tesis hemos destacado la importancia de distinguir entre servicios de interés económico general (SIEG) y servicios de interés general no económico o de solidaridad (SIGNE) para renovar la actual regulación de la acción concertada con el objetivo de configurar un régimen de prestación de servicios sociales públicos que sea conforme al Derecho comunitario y que permita la adjudicación directa de servicios de solidaridad a entidades del TSAS en los términos permitidos por la doctrina del TJUE y que, además, dé respuesta a la necesidad de garantizar la presencia del TSAS en la prestación de los servicios sociales públicos.

Esta distinción entre SIEG, como servicios básicos que se prestan a cambio de una remuneración y supeditados a las normativa comunitaria de competencia y mercado interior, y SIGNE, como servicios sin carácter económico, de financiación esencialmente pública y destinados a la consecución de objetivos sociales y efectos redistributivos, no supeditados a las reglas de la competencia debido a la falta de interés para el mercado, se basa en el propio reconocimiento que ha hecho el Derecho comunitario y la jurisprudencia del TJUE sobre la diferencia existente entre ambos servicios de interés general y su distinto sometimiento a la normativa comunitaria sobre competencia, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

Sobre esa base, la jurisprudencia del TJUE ha permitido la adjudicación directa de los servicios de interés general de solidaridad, admitiendo la limitación a las normas sobre competencia, libertad de establecimiento y libre circulación de servicios en el mercado interior, siempre que con ello se persiga una finalidad social, se contribuya a cumplir objetivos de solidaridad y eficiencia presupuestaria, no se obtenga beneficio por parte de los operadores privados y que dicha adjudicación no se produzca en abuso de poder.

De esta forma, la distinción entre SIEG y SIGNE permite diferenciar los servicios que componen las carteras públicas de servicios sociales, pudiendo identificar los servicios que por sus características carecen de interés para el mercado, de tal forma que puedan ser prestados por operadores privados sin ánimo de lucro cuya selección pueda ser realizada por los poderes públicos mediante la adjudicación directa de servicios, sin que ello suponga contravenir las normas sobre competencia, libre circulación de servicios y libertad de establecimiento.

Con esta distinción se faculta al legislador autonómico a poder establecer un régimen dual diferenciado para los servicios de solidaridad, de tal forma que para estos servicios pueda ladearse el régimen general de contratación pública o de acción concertada

sometida a las normas de libre competencia y pueda procederse su la adjudicación directa.

Esta cuestión ha sido reiteradamente ignorada en la regulación de los instrumentos jurídicos para la prestación de servicios sociales públicos, así como en la propia normativa sustantiva de servicios sociales. De hecho, ni en la normativa reguladora de la contratación pública ni en la normativa de servicios sociales se ha recogido tal distinción.

A nuestro juicio, con la omisión de esta diferenciación se ha perdido la oportunidad de realizar una regulación más completa que permitiese explotar todas las oportunidades existentes con la finalidad de establecer una relación entre poderes públicos y operadores privados para la prestación de servicios sociales públicos que priorice la calidad asistencial en la selección del operador y no únicamente la competencia entre los operadores.

Sin duda, con la necesidad de revisar la regulación de la acción concertada surge la posibilidad de, por fin, dar cabida a la diferenciación entre SIEG y SIGNE, explorando las posibilidades que ofrece tal diferenciación en la selección de los operadores encargados de la prestación de servicios sociales de conformidad con la doctrina reconocida por el TJUE.

Con ello, se abre la facultad de establecer un régimen especial de adjudicación directa para estos servicios, de tal forma que esta opción amplie el rango de posibilidades para la renovación de la acción concertada como un instrumento jurídico para la prestación de estos servicios por parte de operadores privados en un régimen más flexible, alternativo a la contratación pública en competencia y reservado a las entidades del TSAS.

En definitiva, distinguir entre servicios de interés económico general y servicios de solidaridad permitirá renovar la regulación del concierto social y garantizar la viabilidad de una propuesta para la prestación de servicios sociales alternativa a la actual acción concertada contractual y a la contratación pública en competencia.

Décima

Un modelo de gestión indirecta de servicios sociales públicos alternativo al régimen de los contratos públicos acorde con la normativa y los criterios fijados por la jurisprudencia comunitaria debe reunir ciertas características.

Los principios fundamentales que han sido identificados por la jurisprudencia comunitaria para categorizar los acuerdos de suministro y prestación de servicios ajenos a la contratación pública y que resultan conformes con el Derecho comunitario son la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, la igualdad de trato, la no discriminación, la transparencia y la proporcionalidad.

El TJUE ha admitido que los servicios asistenciales prestados bajo los principios de solidaridad, universalidad, eficacia y equilibrio presupuestario constituyen razones imperiosas de interés general que excluyen las reglas de competencia y libre prestación de servicios. Es decir, el TJUE ha validado que no resulten de aplicación las normas sobre competencia y libertad de establecimiento en la prestación de una actividad asistencial a las personas siempre que con ello se contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

Asimismo, no debe existir exclusividad del operador privado que prestará el servicio, dado que en los casos de ausencia de selectividad no nos encontramos ante un contrato público sometido a la normativa de contratación sino ante una simple relación contractual que no puede equipararse a la concepción de contrato sometido a la normativa de contratación pública, pues esta última se configura en términos de competencia y exclusividad en la prestación.

Por consiguiente, en el caso de los servicios a las personas, parece justificado que, dado sus propias características intrínsecas, puede resultar adecuado ladear la competencia entre operadores en términos económicos y fomentar que la tensión competitiva se focalice en aspectos cualitativos y asistenciales o, directamente, que no exista tal tensión competitiva.

Es decir, la necesidad de garantizar un sistema de servicios sociales públicos de carácter universal y solidario faculta a los poderes públicos a poder establecer limitaciones a los principios rectores del derecho comunitario de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, siempre que tal limitación resulte adecuada, proporcionada y no suponga una vulneración a los principios de no discriminación y de transparencia.

Decimoprimera

La acción concertada, en su origen, pretendía que esta fuera un instrumento jurídico cuyo acceso estuviera reservado al TSAS, con la finalidad de que permitiese garantizar la presencia de este agente ante el riesgo de su desaparición como resultado de la licitación de estos servicios a través de los procedimientos recogidos en la normativa de

contratación pública en competencia, bajo la finalidad última de garantizar la calidad asistencial y asegurar la presencia de organizaciones surgidas de la sociedad civil (muchas de ellas constituidas por las propias familias de personas con necesidades asistenciales) y de base democrática.

Ese fue el motivo por el que en algunas de las Comunidades Autónomas la normativa reguladora de la acción concertada estableció la reserva de acceso a este instrumento de colaboración público-privada a entidades del TSAS.

Dicha reserva de acceso a la acción concertada es compatible con el Derecho comunitario. Así lo declaró el TJUE al sostener que el Derecho comunitario no se opone a una normativa nacional que reserve a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, siempre que la reserva contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

En relación con esta última cuestión, en la medida en que la acción concertada reservada al TSAS se articulará para la prestación de servicios sociales y garantizará la participación del TSAS en la prestación de estos servicios públicos, es posible concluir que esta limitación contribuirá a la consecución de los objetivos de solidaridad y al cumplimiento de una finalidad social.

Por su parte, en relación con el cumplimiento del principio de eficiencia presupuestaria, cabe tener presente que la reserva al TSAS supondrá que los poderes públicos retribuyan los costes vinculados a la prestación de servicios públicos pero sin abonar beneficio industrial alguno, de tal forma que, a pesar de que pueda considerarse que los costes de explotación para estas entidades son más elevados en comparación con las entidades con finalidad lucrativa dada la priorización de la calidad asistencial frente a la rentabilidad económica, no existen elementos acreditados que permitan asegurar que la prestación a través de entidades del TSAS perjudique o menoscabe el principio de eficiencia económica, más teniendo presente que, para estos servicios, eficiencia no puede ser interpretada exclusivamente en clave económica, sino que debe identificarse con el adecuado uso de los recursos públicos para la consecución de los objetivos de calidad.

Por lo tanto, la propuesta puede mantener la reserva a entidades del TSAS siempre que ello resulte una medida idónea, necesaria y proporcionada para garantizar la prestación de servicios sociales públicos de calidad, basados en los principios de solidaridad y universalidad.

A este respecto, la reconfiguración de la acción concertada como un régimen cuyo acceso quede reservado a las entidades del TSAS sería una medida necesaria para la protección de estas entidades frente a los operadores de iniciativa lucrativa. Así, hemos expuesto que por las propias características intrínsecas de las entidades del TSAS, éstas no se encuentran en disposición de competir con las de finalidad lucrativa para la adjudicación de contratos públicos, de tal forma que se viene dando una tendencia de expulsión de la iniciativa no lucrativa de la prestación de servicios sociales, lo que, sin duda, puede impactar en la calidad asistencial.

Por consiguiente, se trata de una medida necesaria y que además es idónea, puesto que con un régimen reservado a estas entidades se garantiza que parte de estos servicios se presten por dichas entidades y, por consiguiente, que se mantenga su participación en la prestación de estos servicios públicos con el correspondiente impacto que ello tiene a nivel social y de calidad asistencial.

Además, es una medida proporcionada, pues en ningún caso impide a la iniciativa con finalidad lucrativa prestar estos servicios, ya que persistirá la posibilidad de que, a través de la contratación pública, se licite la prestación de otros servicios de la cartera de servicios sociales que no puedan o no quieran ser articuladas mediante la acción concertada.

De esta forma, la reserva de acceso al concierto social resultaría una medida adecuada, necesaria y proporcionada para la prestación de servicios sociales públicos de calidad, basados en los principios de solidaridad y universalidad, de manera que se garantice que el acceso a dichos servicios por parte de la ciudadanía se produce con independencia de las contribuciones previamente realizadas y sin limitación para los ciudadanos, con independencia de su origen, condición o circunstancias.

Ante la concurrencia de una necesidad de revisar la regulación de la acción concertada para convertirse en una alternativa jurídica real a la contratación pública en competencia que permita a las entidades del TSAS no verse desplazadas por las iniciativas privadas con finalidad lucrativa, la existencia de una acción concertada exclusiva para las entidades del TSAS resulta la fórmula adecuada para hacer frente a tal necesidad, de forma que con ello se consigue disponer de un instrumento jurídico que pueda ser usado por los poderes públicos para la prestación de servicios sociales y, a su vez, se asegure

la participación de las entidades de naturaleza no lucrativa en dicha prestación, consiguiendo con ello priorizar la calidad asistencial y rechazar el lucro derivado de contextos de necesidad.

Atendiendo a lo anterior, la reserva de acceso a la acción concertada permitirá que las entidades del TSAS, que no pueden competir en igualdad de condiciones con entidades con fines lucrativos, sigan desempeñando su papel esencial en la prestación de servicios sociales públicos, contribuyendo, además, a preservar el patrimonio social y el rol dinamizador del TSAS en la asistencia social y en las políticas públicas de asistencia social.

Decimosegunda

La acción concertada ha fracasado como instrumento jurídico alternativo a la contratación pública para la prestación de servicios sociales públicos por parte de operadores privados.

Este fracaso deriva de la tibieza de la normativa autonómica reguladora del concierto social en configurarla como un instrumento jurídico reservado a entidades del TSAS y de su caracterización como contrato público por parte del TJUE.

A pesar de este fiasco, por parte del TSAS, y también por parte de las Administraciones públicas contratantes, persiste la necesidad de que se regule un régimen que articule la prestación de servicios sociales públicos y que, a la vez, mantenga la participación de estas entidades en la prestación de estos servicios como garantía del interés en la priorización de la calidad y de forma ajena a la mercantilización del sector.

Para dar respuesta a dicha necesidad, debe realizarse una revisión de la regulación de la acción concertada, de tal forma que se haga un planteamiento de propuesta que atienda a estos fines y que, además, resulte funcional y compatible con el Derecho comunitario.

La tesis defiende que es posible reconfigurar la acción concertada como un instrumento jurídico de naturaleza no contractual, necesario y viable para la prestación de servicios sociales públicos, siempre que se ajuste a ciertos principios y características.

La normativa y la jurisprudencia comunitaria permiten ahondar en una propuesta para la prestación de servicios sociales alternativa a la actual acción concertada contractual y a la contratación pública en competencia

En este contexto es en el que hemos presentado nuestra propuesta de régimen de concierto social sin finalidad lucrativa y de un sistema de libertad de elección de servicios sociales, como alternativa viable y conforme al Derecho comunitario, y con la finalidad de equilibrar la eficiencia económica con la calidad asistencial.

A nuestro juicio, la acción concertada sigue siendo un instrumento jurídico válido siempre que se proceda a una revisión de su regulación actual, de tal forma que se configure un régimen general de acción concertada sin selectividad que permita ladear la caracterización de contrato público atribuida, precisamente, por la concurrencia de exclusividad en su configuración actual.

Nuestra propuesta se basa en un modelo dual de acción concertada de naturaleza no contractual para la prestación de servicios sociales públicos, reservada a entidades sin ánimo de lucro, y bajo un régimen de libertad de elección de servicios sociales de interés general económico y de libre adjudicación, para garantizar la prestación de servicios sociales de interés general de solidaridad.

La propuesta que realizamos para evolucionar la acción concertada actual se apoya en una distinción entre dos regímenes, en función de si se trata de SIEG o SIGNE, entendidos, los primeros, como servicios básicos que se prestan a cambio de una remuneración, quedando sujetos a las normas europeas de competencia y mercado interior y, los segundos, como servicios de solidaridad cuya prestación se reserva a los Estados miembros, no estando sujetos a las reglas de la competencia al no tener estos servicios carácter económico, tener una financiación esencialmente pública y estar destinados a la consecución de objetivos sociales y a promover efectos redistributivos.

Este modelo dual permite la libertad de elección de servicios sociales de interés general económico y la adjudicación directa para servicios sociales de interés general de solidaridad.

Además, este nuevo marco normativo permitiría que las entidades del TSAS pudieran competir en igualdad de condiciones y continuar desempeñando su papel esencial en la provisión de servicios sociales públicos, sin sufrir las externalidades negativas derivadas de una mercantilización de estos servicios a raíz de la cada vez más relevante participación del sector con finalidad lucrativa en el mercado de los servicios sociales de responsabilidad pública. Además, de esta forma, se daría cabida a organizaciones surgidas de la sociedad civil y de base democrática.

De esta forma, se consigue una alternativa no contractual con garantía de acceso reservado a la acción concertada para las entidades del TSAS, previendo una vía directa de concertación para los SIGNE y una vía de homologación de operadores sin selectividad para los SIEG que permita el aseguramiento del rol de estas entidades en la prestación de estos servicios y la valoración de la calidad asistencial frente a la rentabilidad económica.

Esta reconfiguración de la acción concertada consistirá en un sistema en el que los poderes públicos adjudicadores publicarán una convocatoria para uno o varios servicios sociales, permitiendo que todos los operadores económicos sin ánimo de lucro interesados presenten su solicitud de adhesión al sistema de acción concertada. La admisión de la adhesión se realizará por parte de los poderes adjudicadores siempre que se cumplan los requisitos previamente definidos y publicados por éstos.

Posteriormente, serán las personas usuarias o beneficiarias de los servicios públicos sociales quienes, entre los operadores adheridos, seleccionarán a su proveedor específico, accediendo a sus servicios a través de la información publicada por los poderes adjudicadores.

Por su parte, en el caso de los SIGNE, se producirá una adjudicación directa para la selección de un operador a quien se encomendará la prestación de servicios sociales de solidaridad. Esta forma de proceder resulta alineada con la doctrina del TJUE que admite esta limitación a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios cuando tal restricción contribuya al cumplimiento de una finalidad social y a la consecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

En cuanto a su financiación, se fijará un módulo económico que retribuya los costes fijos, variables y permanentes, sin retribución alguna de beneficio industrial.

De esta forma, se evoluciona la actual acción concertada hacia un instrumento jurídico dual para la articulación de las relaciones entre poderes públicos y operadores privados de naturaleza no contractual restringido a las entidades TSAS. Este régimen será complementario al régimen general de la contratación pública.

Decimotercera

Desde un punto de vista jurídico, la propuesta de modelo dual de acción concertada de naturaleza no contractual para la prestación de servicios sociales públicos, reservada a entidades sin ánimo de lucro, y bajo un régimen de libertad de elección de servicios sociales de interés general económico y de libre adjudicación para garantizar la

prestación de servicios sociales de interés general de solidaridad, resulta compatible con el Derecho comunitario.

En concreto, la propuesta se caracteriza por su naturaleza no contractual y, por lo tanto, por su no sometimiento a la normativa de contratación pública, por la reserva de acceso a la acción concertada a entidades sin ánimo de lucro y por la no aplicación de la normativa reguladora de la libre competencia, de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios en el mercado interior, todo ello con base en la libertad de los Estados miembros de elección de la modalidad de gestión que consideren más adecuada para la prestación de servicios públicos y en el hecho de que la Directiva de Contratación ya prevé que el régimen contractual no es el único en virtud del cual es posible gestionar de forma indirecta los servicios de interés general.

Está formula, además, se alinea con la doctrina del TJUE recogida en las sentencias del asunto Asade, en virtud de la cual el Derecho comunitario no se opone a que a una normativa nacional reserve a las entidades sin ánimo de lucro la celebración de contratos para la prestación de servicios sociales, siempre que se respeten los principios de publicidad, de competencia y de transparencia, y ello contribuya a satisfacer objetivos de solidaridad y eficiencia presupuestaria.

Dicha conclusión se fundamenta en el hecho de que, en la medida en que la propuesta prevé que podrán acceder al concierto social todos los operadores interesados que cumplan con los requisitos establecidos sin que exista exclusividad para uno de ellos, no se dan los elementos para caracterizarlo como un contrato y, por consiguiente, no concurren los elementos para que dicho instrumento jurídico quede sometido a la normativa de contratación pública.

Asimismo, para dicha configuración del concierto social no resultarían de aplicación las limitaciones derivadas de la normativa sobre competencia y libertad de establecimiento, pues el TJUE admitió que los servicios asistenciales prestados bajo los principios de solidaridad, universalidad, eficacia y equilibrio presupuestario, constituyen razones imperiosas de interés general que excluyen las reglas de competencia y libre prestación de servicios. Es decir, el TJUE ha validado que no resulten de aplicación las normas sobre competencia y libertad de establecimiento en la prestación de una actividad asistencial a las personas siempre que con ello se contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque, como decíamos, este régimen no quedaría supeditado a las normas de libre competencia, libertad de establecimiento y libre circulación de servicios en el mercado interior, si deberá respetar los principios de publicidad y transparencia, así como por los principios generales de igualdad de trato y no discriminación.

En este sentido, la libertad de elección de prestadores por parte de los usuarios para los SIEG y la adjudicación directa para los SIGNE garantiza que la prestación de servicios sociales se realice en condiciones de igualdad de trato y no discriminación, publicidad y transparencia en los términos recogidos por el TJUE en las sentencias Asade, por cuanto es posible establecer la reserva a entidades sin ánimo de lucro cuando la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria de esta acción concertada.

De igual manera, dado que el sistema propuesto incluye la publicación de convocatorias para que todos los operadores interesados presenten sus solicitudes de participación en el sistema de libertad de elección del concierto social, se asegura el cumplimiento del principio de transparencia.

En cuanto a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, la revisión de la acción concertada que se propone garantizará la prestación de servicios sociales bajo los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia y adecuación, dado que la configuración de la acción concertada en los términos planteados coadyuva a la existencia de un sistema asistencial accesible, universal y solidario para toda la ciudadanía, sin limitaciones ni resultar relevante la contribución de sus beneficiarios, pues su financiación se producirá a través de las contraprestaciones económicas a percibir por las entidades concertadas de acuerdo con las tarifas o módulos que se establezcan para cubrir los costes variables, fijos y permanentes de prestación del servicio, sin incluir beneficio industrial, de tal forma que no conllevará, *per se*, una ineficiencia en la prestación, pues, de hecho, la propia reserva en favor de las entidades del TSAS no comporta, desde un punto estrictamente económico, que el modelo sea menos eficiente que aquellos prestados por entidades con ánimo de lucro ni tampoco que resulte ineficiente en términos de calidad. Además, desde un punto de vista ajeno a la rentabilidad y eficiencia económica, esta propuesta para la acción concertada puede ser calificada como eficiente en términos de calidad asistencial y desde la perspectiva de la gestión de los fondos públicos.

Asimismo, y en cuanto a la reserva en favor de las entidades del TSAS, será una medida idónea, necesaria y proporcionada en términos de adecuación para la configuración de un régimen de prestación de servicios sociales públicos alternativo al régimen contractual en competencia, pues permite que sean estas entidades las que puedan prestar estos servicios, como agentes que, como hemos indicado anteriormente, tienen mayor conocimiento de las necesidades de la ciudadanía, siendo su máxima la articulación de estos servicios bajo principios de calidad asistencial y no de rentabilidad económica, lo que sin duda revierte en los propios beneficiarios del servicio.

Adicionalmente, y en la medida en que cualquier operador interesado que cumpla con los requisitos previamente establecidos en la convocatoria del concierto social podrá presentar su candidatura a la prestación de servicios públicos sociales, y esta será valorada y atendida bajo criterios que no vulneren la igualdad de trato y la prohibición de arbitrariedad, existirá pleno respeto al principio de publicidad y transparencia.

Por consiguiente, y atendiendo a cuanto se ha indicado, la revisión de la acción concertada hacia un sistema dual de libertad de elección de servicios sociales y de libre adjudicación resulta conforme a Derecho.

Complementariamente a la compatibilidad legal de la propuesta, cabe añadir que se estima que será también operativa para los agentes implicados en la prestación de estos servicios, siendo perfectamente válida y continuista para las Administraciones públicas competentes encargadas de la prestación de la asistencia social, así como para los usuarios o beneficiarios de las prestaciones asistenciales, dando amparo a la pretensión del TSAS de seguir siendo un agente protagonista en la prestación de servicios sociales públicos.

Todo ello caracteriza nuestra propuesta de un modelo de acción concertada de naturaleza no contractual, reservada a entidades sin ánimo de lucro, y bajo un régimen de libertad de elección de servicios sociales de interés general económico y de libre asignación de servicios de interés general de solidaridad, de tal forma que se articula una solución innovadora y conforme al Derecho comunitario que permitirá que la acción concertada siga siendo un instrumento clave para la colaboración público-privada en la prestación de servicios sociales, garantizando la calidad asistencial y la eficiencia presupuestaria.

Así las cosas, podemos concluir que la revisión de la acción concertada para su evolución hacia un sistema dual de libre elección y de libre asignación de servicios es una propuesta funcional y compatible con el Derecho comunitario para la prestación por el TSAS de servicios sociales de responsabilidad pública.

Final

La iniciativa privada individual y de naturaleza no lucrativa fue la primera expresión de la acción social y asistencial a terceros. Esta incipiente acción social individual transitó a lo largo de los siglos hacia una iniciativa privada y colectiva de naturaleza no lucrativa que acabó desembocando en la asistencia social prestada por los poderes públicos. Durante las últimas décadas, y con la existencia de los sistemas públicos de servicios sociales, la acción social no lucrativa prestada por entidades de la sociedad civil se ha prestado en colaboración y como apoyo de dichos servicios públicos.

Sin embargo, el interés de la iniciativa privada de finalidad lucrativa y la rígida aplicación de la normativa de contratación pública en competencia ha propiciado la pérdida de relevancia de la iniciativa privada colectiva no lucrativa en la prestación de estos servicios. Esto ha comportado un riesgo de pérdida de calidad asistencial fruto de la mercantilización del sector.

Para combatir esta situación, algunas Comunidades Autónomas promovieron la regulación de la acción concertada como instrumento jurídico de naturaleza no contractual para la prestación de servicios sociales públicos por parte de operadores privados en colaboración con los poderes públicos. En algunas de dichas Comunidades Autónomas incluso se estableció una reserva de acceso al concierto social en favor de las entidades del TSAS.

En las sentencias del asunto Asade, el TJUE declaró que la acción concertada tenía naturaleza contractual, por cuanto en ella concurrían los elementos propios de los contratos públicos y, por lo tanto, debía quedar sometida a la Directiva de Contratación.

A pesar de ello, lo cierto es que sigue existiendo una necesidad de disponer de un instrumento jurídico alternativo a la contratación pública que permita ladear las externalidades negativas del régimen de contratación pública para la participación del TSAS en la prestación de servicios sociales públicos y, a su vez, que aminore el riesgo de la pérdida de calidad asistencial.

Bajo este contexto, el propósito de la tesis era acreditar la hipótesis planteada consistente en que resulta posible establecer un instrumento jurídico para la prestación de servicios sociales públicos por parte de operadores privados, reservado a entidades del TSAS, alternativo al régimen de contratación pública en competencia y compatible con el Derecho comunitario.

En este sentido, hemos formulado una propuesta de concierto social reservado a entidades sin ánimo de lucro basado en un régimen dual de libertad de elección de servicios sociales de interés general económico y de libre adjudicación de servicios sociales de interés general de solidaridad.

Con esta propuesta, la tesis concluye que es posible y conforme al Derecho comunitario configurar un régimen de concierto social sin finalidad lucrativa bajo el referido sistema dual preservando el papel y el patrimonio social del TSAS como agente esencial en el desarrollo y complemento de las políticas y el sistema público de acción social.

Bibliografía

- ALGUACIL MARI, María Pilar. “El régimen de Ayudas de Estado en las Entidades sin ánimo de lucro prestadoras de servicios sociales” *Revista de Derecho Financiero y Tributario Europeo*, núm. 297, año 2009, pp. 71-81.
- ALGUACIL MARÍ, María Pilar. “Empresas sociales y políticas europeas: los servicios sociales de interés económico general”. *Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 75, año 2012, pp. 81-103.
- ALMEIDA CERREDA, Marcos y SANTIAGO IGLESIAS, Diana. “A xestión indirecta dos servizos sociais de titularidade autonómica e Galicia, en especial o concerto”. *Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 17, año 2008, p. 77.
- ALMEIDA CERREDA, Marcos. “El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización de la Administración local, en la distribución de competencias en materia de educación, salud, sanidad y servicios sociales”. *Revista de Economistas Asesores Fiscales* núm. 22, 2015, pp. 219-263.
- ALMEIDA CERREDA, Marcos. “Las competencias de los municipios en materia de servicios sociales”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho municipal*. Madrid: Ed. Iustel Publicaciones, Vol. 3, 2011, p. 2701-2734.
- ALONSO SECO, José María y GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo. *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. “El concierto social como fórmula alternativa (y no contractual) para la gestión indirecta de los servicios sociales públicos”. *Revista IUS ET VERITAS*, núm. 62, año 2021, pp. 14-36.
- ANGUITA OSUNA, José Enrique. “Análisis histórico-jurídico de la beneficencia española: de mediados del siglo XIX: Ley de beneficencia de 1849 y su reglamento de ejecución de 1852”. *Revista de historia contemporánea*, 2019, núm. 99, pp. 89-121.
- ANGUITA OSUNA, José Enrique. *La acción social durante el reinado de Fernando VII: Examen de la Ley de Beneficencia de 1822*. Madrid: Ed. Dykinson, 2019.
- ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia. “Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”. *Revista de Administración Pública* núm. 194, 2014, pp. 373-410.

- ARNÁEZ ARCE, Vega María. *El reto de la gestión sostenible de los servicios públicos. Participación ciudadana y fomento de la iniciativa social*. Madrid: Ed. Dykinson, 2023.
- ARNÁEZ ARCE, Vega María. “El fomento del cooperativismo a través de la compra pública sostenible”. *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 133, año 2020, pp. 1-12.
- ARNAU, Marina; GONZÁLEZ, Alexandra; VECIANA, Paula. “La medida del valor social integrado en una empresa de inserción: el caso de Formació i Treball”. *Revista de Contabilidad y Dirección*. Vol. 32 año 2021, pp. 113-127.
- ARRATIBEL ARRONDO, José Antonio. “Análisis de la naturaleza jurídica de la acción concertada sanitaria de las CC.AA.” *Auditoría Pública* núm. 75, año 2020. pp. 137- 160.
- AYUSO SIART, Silvia; GARCÍA CASTILLO, Jordi; PÉREZ CANILLO, Inmaculada. “Valor social generado por una entidad de integración sociolaboral: un estudio de caso”. *Revista Española de Discapacidad*, 8 (2), pp. 107-127.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel. *Manual de gestión de servicios públicos locales*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos, 2005.
- BARUTTI, Sarah y MORENO MARCOS, Marta. “El Derecho Europeo aplicable a los Servicios Sociales de Interés General. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 97, pp. 77-99.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. *El régimen jurídico de la acción social*. Oñati: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 1992.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “La contratación de los servicios a las personas” en GAMERO CASADO, Eduardo y GALLEGÓ CÓRCOLES, Isabel, *Tratado de contratos del sector público*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.
- CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. “El desarrollo de los servicios sociales: de la beneficencia a los derechos sociales”. En: *Protección social: Seguridad Social y discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*. Madrid: Ed. Ediciones Cinca, 2014, pp.259-275.
- CARASA SOTO, Pedro. *Historia de la beneficencia Castilla y León: poder y pobreza en la sociedad castellana*. Valladolid: Ed. Universidad de Valladolid, 1991.

- CARASA SOTO, Pedro. *Pauperismo y revolución Burguesa: (Burgos, 1750-1900)*. Valladolid: Ed. Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1987.
- CARAZA CRISTÍN, María del Mar. *El singular modelo de gestión de los servicios sociales en Andalucía: el concierto social*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2020.
- CARMONA GARCÍA, Juan Ignacio. “La asistencia social en la España de los Austrias”. En: VV.AA. *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, pp. 69-88.
- CARRODEGUAS MÉNDEZ, Roberto. “Reflexión crítica sobre el «outsourcing» de los servicios sociales dirigidos a nuestros mayores en tiempos de Covid”. El Consultor de los Ayuntamientos, mayo 2020.
- CASADO GUILLÉN, Demetrio. *Manual de Servicios Sociales*. Madrid: Ed. CCS, 2013,
- CASTILLO ABELLA, Jorge. Las decisiones ASADE del TJUE como punto de inflexión en la prestación de servicios sociales en España: cuando la acción concertada (casi siempre) es un contrato público. Blog del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid. Artículo publicado el 10 de mayo de 2023. Última consulta: 27 de junio de 2024.
- CASTILLO BLANCO, Federico y BARRANCO VELA, Rafael. *Competencias locales en materia de servicios sociales: marco jurídico y competencias en la actividad prestacional*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 1994.
- CASTRO ALFÍN, Demetrio. “Las necesidades sociales y su cobertura: 1800-1868”, en *Historia de la Acción Social Pública en España. Beneficencia y Previsión*. Madrid: Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp. 69-100.
- CAVILLAC, Michel. “La reformatión de los pobres y el círculo del doctor Pérez de Herrera (1595-1598)”. En: MARTÍNEZ, MILLÁN José (Coord.). *Felipe II (1527-1598): Europa y la monarquía católica*. Madrid: Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1998.

- CENARRO LAGUNAS, Ángela. “Beneficencia y asistencia social en la España franquista: el auxilio social y las políticas del régimen”. En: *Pobreza, marginación, delincuencia y políticas sociales bajo el franquismo*, Lleida: Ed. Universidad de Lleida, 2006, pp. 93-112.
- CERDEIRA GUTIÉRREZ, Isabel. (1987). “Los servicios sociales del franquismo a la Constitución”. *Cuadernos de Trabajo Social*, 1987, núm.0, pp. 135-158.
- CODES CALATRAVA, José María, y CODES CALATRAVA, Gerardo. “Técnicas contractuales de colaboración Público-privada (III): El contrato de gestión de servicios públicos”. En DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco. *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público, aspectos administrativos y financieros*. Madrid: Ed. La Ley, 2008, p. 337.
- CORNET HERRERA, David. “La nueva reserva de contratos públicos de servicios sociales, culturales y sanitarios en España a cooperativas de trabajo asociado, sociedades laborales y asociaciones”. CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 106/2022, pp. 5-30.
- CRUZ MARTÍNEZ, Rafael. “La frustración de un sistema unificado de seguros sociales: la República y la Guerra Civil”. En VV.AA. *Historia de Acción Social Pública: Beneficencia y Previsión*. Madrid, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 361-394.
- CUESTA BUSTILLO, Josefina. “El proceso de expansión de los seguros sociales obligatorios y sus dificultades 1919-1931”. En: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, pp. 287-319.
- DARNACULLETA GARDELLA, M^a. Mercè, y VV.AA. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2022.
- DE LA FUENTE GALÁN, M^a del Prado. “Aportación al estudio de los sectores marginados de la población: pobreza, caridad y beneficencia en la España moderna”. *Boletín de la asociación de demografía histórica*. 2000, XVIII, I, pp.13-27.
- DE VICENTE PACHÉS, Fernando. *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*. Madrid: Ed. Temas del Senado, 2003.

- DÍAZ LEMA, José Manuel. *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derechos nacional, y en el derecho comparado*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 1992, p. 79.
- DÍAZ VELÁZQUEZ, Eduardo; GARCÍA CAMPÁ, Santiago y MANCHA SAN ESTEBAN, Luis. “La relación entre el Tercer Sector de Acción Social y las Administraciones Públicas. Una comparativa autonómica”. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 103, 2021, pp. 75-110.
- DÍEZ PICAZO, Luis María. “Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho de la regulación económica, Fundamentos e instituciones*, Madrid: Iustel, 2008, pp. 409-424.
- DÍEZ SASTRE, Sílvia. “Contratos «open-house»: comprar sin licitar”. *Revista de Estudios de la Administración (REALA)*, núm. 15, 2021, pp. 5-23.
- DÍEZ SASTRE, Sílvia. “La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios”, en AGULLÓ AGÜERO, Antonia. *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*. Valencia: Ed. Tirant, 2020, pp. 231-261.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica y CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. “La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017, de contratos del sector público”. *Derecho y Salud*, Vol. 29 núm. 1, año 2019, p.199-206.
- DUQUE BOTERO, David. *Contratación Pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*. Valencia: Ed. Tirant, 2018.
- E. ASHFORD, Douglas. *La aparición de los Estados de Bienestar*. Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- ESTEVE PARDO, José. *Estado Garante. Idea y Realidad*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública , 2015, p. 13.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, Madrid: Ed. Trotta, 2011.
- FRESNAO, José Manuel y RAUCHBERGER, Cornelia. *Estudio Tercer Sector y Provisión de Servicios. Prácticas Europeas y Lecciones para España*. Plena Inclusión.

- FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. “El contrato de concesión de servicios. Un instrumento público prestacional en evolución”. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 64, 2022, pp. 122-139.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. "Principio de eficiencia y recuperación de la gestión directa de un servicio público". *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 176, año 2021, Wolters Kluwer.
- GARCÉS FERRER, Jorge. *Sistema político y administrativo de los servicios sociales*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1992.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales”, en DARNACULLETA GARDELLA, M^a. Mercè, y VV.AA. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2022, pp. 107-260.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “El Derecho de la contratación pública en Suecia”. En SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *El Derecho de los Contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*. Valladolid: Ed. Lex Nova, 2011, pp. 553-577.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. “Compra pública de medicamentos: regulación, realidad y alternativas”. *Diario La Ley*, núm. 10172, noviembre de 2022, pp. 1-12.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. “Regulación y compra pública de medicamentos”. *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 205, año 2020.
- GARCÍA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Arantzazu. “El deslinde de competencias en materia de Seguridad Social entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. En: *Protección social: Seguridad Social y discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*. Madrid: Ed. Ediciones Cinca, 2014.
- GARRÁN DÍAZ, Julián. *El Contrato Social de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. 48, año 2018, pp. 265-290.
- GARRIDO JUNCAL, Andrea. *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Madrid: Ed. Aranzadi, 2020.

- GIEURE LE CARESSANT, Javier. “Gestión indirecta: concesión de servicios” en CARBONERO GALLARDO, José Miguel. *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*. Madrid: Ed. La Ley, 2010, pp. 503-586.
- GIEURE LE CARESSANT, Javier. “Gestión indirecta: gestión interesada” en CARBONERO GALLARDO, José Miguel. *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*. Madrid: Ed. La Ley, 2010, pp. 605-613.
- GIL PAREJO, Manuel. “Los inicios de la construcción del sistema público de servicios sociales desde la perspectiva del trabajo social”. *Revista miscelánea Comillas*, núm. 132, 2010.
- GIMÉNEZ MUÑOZ, María del Carmen. “Breve historia de los establecimientos benéficos en Sevilla desde su fundación hasta 1900”. *Revista de historia contemporánea* 2006, núm. 6.
- GIMENO FELIU, José María, GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: Eficiencia y creación de valor*. Pamplona: Ed. Aranzadi, 2020.
- GIMENO FELIU, José María. “La Colaboración Público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, año 2018, núm. 52, pp. 12-65.
- GIMENO FELIU, José María. “Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: A propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)”. *Observatorio de los contratos públicos*, 2020, pp. 23-49.
- GIMENO FELIU, José María. “El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privadoLas novedades de la Ley 9/2017, de contratos del sector público”. *El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, núm. 74, pp. 4-13.
- GIMENO FELIU, José María. *Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la ley de contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios locales*. Barcelona: El Consultor de los Ayuntamientos, 2018.
- GIMENO FELIU, José María. *El principio de eficiencia* en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2011, pp. 1255-1274.

- GIMENO FELIU, José María. “La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia”. *Observatorio de Contratación pública*, 12 de mayo de 2014.
- GÓMEZ ÁLVAREZ, Juan Jesús. Economía social y Tercer Sector. *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 141, año 2022, pp. 1-16.
- GRABULEDA I TEIXIDOR, Carles. “Los límites de la acción social en la España del siglo XIX asistencia y salud pública en los orígenes del Estado Liberal”. *Hispania*, 2000, 60 (205), pp. 597-621.
- GUIMERANS RUBIO, José Manuel. “Gestión indirecta: sociedad de economía mixta” en CARBONERO GALLARDO, José Miguel. *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*. Madrid: Ed. La Ley, 2010, p. 626. pp. 623-661.
- GUTIÉRREZ RESA, Antonio. *Orígenes y desarrollo del trabajo social*, Madrid: Ed. Ediciones Académicas, 2010.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco. “Comentario de urgencia de la STJUE 04/06/2020, C-429/19, Remondis: distinción entre contrato público – cooperación horizontal transferencias de competencias”, *Crisis y contratación pública*, junio de 2020, pp. 3-4.
- HERNÁNDEZ IGLESIAS, Fermín. *La beneficencia en España*. Madrid: Ed. Establecimientos Tipográficos de Manuel Minuesa, 1876.
- HERRERA GÓMEZ, Manuel. “Las políticas sociales en el welfare mix”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 96, 2001, pp. 71-93.
- JARAÍZ ARROYO, Germán. “El Tercer Sector de Acción Social como prestador de servicios”. *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 38, 2018, pp. 91-112.
- JIMÉNEZ SALAS, Maria. *Historia de la asistencia social en España en la Edad Moderna*. Madrid: Ed. Instituto Balmes de Sociología, 1958.
- KRAUSE, Marianne. “La legislación sobre beneficencia y su práctica en el cambio de siglo”. En: VV.AA. *Historia de Acción Social Pública: Beneficencia y Previsión*. Madrid, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 193-239.

- LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario. “La naturaleza jurídica de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas”, en DARNACULLETA GARDELLA, M^a. Mercè, y VV.AA. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2022, pp. 135-196.
- LETTA, Enrico. “Much More than a Market – Speed, Security, Solidarity – Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all citizens”. Abril de 2024.
- LÓPEZ ALONSO, Carmen. “La acción pública no estatal”. En: VV.AA. *Historia de la acción social pública en España*. Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1990, pp. 27-66.
- LÓPEZ ALONSO, Carmen. “La acción social medieval”. En: VV.AA. *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, pp. 47-68.
- LÓPEZ ALONSO, Carmen. *La pobreza en la España medieval: Estudio histórico-social*. Madrid: Ed. Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.
- LÓPEZ GARCÍA, Casimiro. “Servicios de interés general y principio de competencia: del Tratado CEE de 1957 al Tratado de Lisboa de la Unión Europea de 2007”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 306, 2008, pp. 237-278.
- MARBÁN GALLEGO, Vicente, y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “El Tercer Sector de Acción Social en perspectiva comparada regional: ¿modelos de Tercer Sector o singularidades territoriales?” Actas del IX Congreso de la Red Española de Política Social (2023). Innovación y Metodología en Asuntos Sociales. Acta 1/2023.
- MARBÁN GALLEGO, Vicente y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Sistemas mixtos de protección social. El tercer sector en la producción de bienestar”. *Presupuesto y Gasto Público* núm. 71, 2013, pp. 61-84.
- MARBÁN GALLEGO, Vicente. “El papel del tercer sector en la atención a la dependencia” en PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel y LÓPEZ SUÁREZ, Marcos. *El Tratamiento jurídico civil de la dependencia*. La Coruña: Ed. Universidade da Coruña, 2008, pp. 87-100.

- MARBÁN GALLEGU, Vicente. “Tercer sector, estado de bienestar y política social”. *Revista política y sociedad*, 2007, núm. 44, pp. 153-169.
- MARBÁN GALLEGU, Vicente y RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Estado de bienestar y tercer sector social en España. El estado de la investigación social”. CIRIEC-ESPAÑA, núm. 56, 2006, pp. 193-214.
- MARTÍN EGAÑA, Arantza. “Los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha*, núm. 25, año 2021, p. 15-113.
- MARTÍNEZ BLANCO, Antonio. “La financiación de la enseñanza. El centro privado concertado”. *Anales de Derecho*, núm. 22, año 2004. pp. 293-315.
- MARTÍNEZ QUINTERO, María Esther. “El nacimiento de la previsión social 1900-1917. Las primeras soluciones al problema de la vejez, entre la previsión y la beneficencia”. En: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, pp. 177-194.
- MARTÍNEZ SOTO, Ángel Pascual. “La protección social en la época liberal: de la beneficencia a la previsión social (1820-1908)”. *Revista internacional de ciencias sociales*. 2018, 37, pp. 109-126.
- MARZO, Sonia; BASTIDA, Ramon: FLORES, María Magdalena. “Análisis del valor social. El caso de la UPF Barcelona School of Management”. *Revista de Contabilidad y Dirección*, núm. 32, año 2021, pp. 149-168.
- MAZA ZORRILLA, Elena. *Pobreza y asistencia social en España, Siglos XVI al XX: Aproximación histórica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1987.
- MIERES MIERES, Luis Javier y DE LORENZO GARCÍA, Rafael. “Estado social y distribución competencial: perspectivas de reforma constitucional en materia de asistencia social”. *Revista Tiempo de Paz*, núm. 129, 2018, pp. 86-108.
- MILENA ORTIZ, Sandra. “Una revisión a los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea”. *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 20, año 2018, pp.487-509.

- MOIX MARTÍNEZ, Manuel “Universalidad versus selectividad en los servicios sociales. La discriminación positiva”. *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 2, 1993, pp. 187-193.
- MONTERO GARCÍA, Feliciano. “Catolicismo y reforma social en España en el tránsito del siglo XIX al XX”. En: *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, pp. 167-177.
- MORELL OCAÑA, Luis. La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años”. *Revista de Administración Pública*, núm. 150, año 1999. p. 405-406.
- MORENEO PÉREZ, José Luis. “Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 100, 2009, pp. 295-328.
- MORENO GARCÍA, María. “El Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1CE)” En: ARAGÓN REYES, Manuel y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Julián. *La Constitución y la práctica del Derecho*. Pamplona, Ed. Aranzadi, 1998, pp. 539-554.
- MORENO MOLINA, José Antonio. *Compra pública socialmente responsable: la inclusión de personas con discapacidad*. Madrid: Ed. Tirant, 2022.
- MORENO MOLINA, José Antonio. “Concepto de contrato público y acuerdos de cooperación entre entidades públicas. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 28 de mayo de 2020, C-796/18”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 169, año 2020.
- MORENO MOLINA, José Antonio. “Suministro de medicamentos. Concepto de contrato onerosos. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Octava, Sentencia de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17”. *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 161, año 2019.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid: Ed. Thomson Civitas, 2004.
- MUYOR RODRIGUEZ, Jesús. “La prestación de servicios sociales públicos en España: vías para el emprendimiento desde lo local”. *Revista Equidad y Desarrollo*, núm. 31, 2018, pp. 131-151.

- NAVARRO MUNUERA, Andrés Eduardo. “Sanidad y servicios sociales en Cataluña. Las competencias autonómicas y su ejercicio por la generalidad de Cataluña” *Revista catalana de derecho público*, núm. 12, 1990, pp. 81-112.
- NEBOT LOZANO, Lidón. *Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: Asistencia social*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1992.
- NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “El concierto social para la prestación de los servicios sociales”. *Revista Andaluza de Administración*, núm. 101, año 2018, pp.495-506.
- PAJA BURGOA, José Antonio. “La gestión de los servicios públicos locales”. *Revista de Administración Pública*, núm. 37, año 1993, p. 328.
- PARDO LÓPEZ, María. *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos*. Pamplona: Aranzadi, 2019.
- PATEIRO RODRÍGUEZ, Carlos y RODRÍGUEZ GARCÍA, Mauro. “La función redistributiva en los servicios de interés económico general”. *Revista Economía Universidad Nacional Autónoma de México*, vol. 14 núm. 40, enero-abril, 2017.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María. “Sobre el concepto constitucional de asistencia social: Estado y Comunidades Autónomas ante las actuaciones públicas de carácter asistencial”. *Revista de Administración Pública*. 2003, núm. 161, pp. 239-283.
- PÉREZ YRUELA, Manuel; NAVARRO ARDOY, Luis. “El tercer sector de acción social en España. Situación y retos en un contexto de crisis”. *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 23, año 2013, pp. 43-58.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María. *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 2017.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. “Servicio público y Derecho Comunitario Europeo”, *Derecho & Sociedad*, núm. 26. 2006, pp. 33-91.
- RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, Victoria. “El recurso a la iniciativa privada en la gestión sanitaria. Algunas consideraciones críticas”. *Revista del Tercer Sector Social- CEF* núm. 381, año 2014, pp. 93-124.
- ROMEA SEBASTIÁN, Ángel. *Régimen jurídico de los centros concertados*. Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 2003.

- RUBIO NOMBELA, Gregorio. “Caridad, beneficencia y asistencia social”. En: VV.AA. *Problemas Fundamentales de la Asistencia social*. Madrid: Ministerio de Gobernación, 1967.
- SANTIAGO IGLESIAS, Diana. “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015.
- SANTOLARIA SIERRA, Félix. *El gran debate sobre los pobres en el siglo XVI. Domingo de Soto y Juan de Robles 1545*. Barcelona: Ed. Ariel, 2005.
- SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Ed. Thomson-Civitas, 2008.
- SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Ed. Civitas, 2008, p. 311.
- TORNOS MAS, Joaquín. “El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario”. *Revista de Administración Pública*, año 2016, núm. 200, pp. 193-211.
- TORNOS MAS, Joaquín. *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.
- TORNOS MAS, Joaquín. “Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público”. *Cuadernos de Derecho Local*, núm.6, 2004, pp. 7-18.
- TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro. “Asistencia y previsión social en el siglo XVIII”. En: VV.AA. *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*. Madrid: Ed. Siglo XXI: Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social y Asistentes Sociales, 1986, pp. 89-115.
- TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro. “Trabajo y pobreza en la primera industrialización”. En: VV.AA. *Historia de la Acción Social Pública en España: Beneficencia y Previsión*. Madrid: Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp. 101-135.

- VAQUER CABALLERÍA, Marcos. “De nuevo sobre la “doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los servicios sociales” y su aplicación en materia de vivienda”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, año 2010.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos. “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011, pp.91-135.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *La acción social*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002.
- VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier. “La regulación de las prestaciones a las personas en las directivas sobre contratación pública”. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 158, 2018.
- VELASCO CABALLERO, Francisco. “Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”. *Anuario de Derecho Municipal* 2012, núm. 6, 2013, pp. 23-60.
- VERDIER FERNÁNDEZ, Sergio. “El contrato de gestión de servicios públicos”. En ROMERO HERNÁNDEZ, Salvador. *Contratos del Sector Público. Ley 30/2007, de 30 de octubre. Su aplicación en las entidades locales. Análisis jurídico y económico. presupuestario*. Barcelona: Ed. Bosch, 2008, pág. 418.
- VIDA FERNÁNDEZ, Jesús. “Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general”, en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. *Los servicios públicos tras la crisis económica. En especial la asistencia sanitaria en la Unión Europea*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 27-135.
- VILLAR ROJAS, Francisco José. “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”. *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, año 2005, pp. 390-412.

