

MARIA MERCÈ DARNACULLETA GARDELLA
JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ
ROSARIO LEÑERO BOHÓRQUEZ
MARÍA AMPARO SALVADOR ARMENDÁRIZ

**LA COLABORACIÓN
PÚBLICO-PRIVADA EN LA GESTIÓN
DE SERVICIOS SOCIALES**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	13
PRESENTACIÓN.....	17
CAPÍTULO I. LOS SERVICIOS SOCIALES COMO SERVICIOS A LAS PERSONAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, por María Amparo Salvador Armendáriz.....	25
I. EL RETO DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN LA EUROPA DEL SIGLO XXI.....	25
1. Estado social y cambio sociológico.....	25
2. Delimitación y caracteres de los servicios sociales y de su prestación.....	28
3. El Derecho de la Unión Europea ante el fenómeno de los servicios sociales o servicios a las personas.....	31
II. LOS SERVICIOS SOCIALES A LA SOMBRA DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL EN EL DERECHO EUROPEO.....	33
1. La ausencia de los servicios sociales en los Tratados fundacionales y su evolución posterior	33
2. La profundización en el mercado interior y el papel de los servicios económicos de interés general.....	37
2.1. Los procesos de liberalización de los servicios de interés económico general.....	37
2.2. La necesidad de reflexionar sobre el alcance de la liberalización: el papel del <i>soft law</i>	41
2.3. La labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la aparición de nuevo retos	50

	Pág.
III. LOS SERVICIOS SOCIALES EN LA DIRECTIVA DE SERVICIOS.....	54
IV. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS REGLAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES.....	58
1. El Derecho europeo en materia de contratos y la prestación de servicios sociales	58
2. La articulación de nuevas prestaciones mediante modalidades no contractuales y el Derecho de contratos europeo....	65
V. CONCLUSIONES.....	68
CAPÍTULO II. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES, por María Mercè Darnaculleta Gardella.....	71
I. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOCIALES EN UN SISTEMA DE GOBERNANZA MULTINIVEL.....	71
II. LAS REDES Y SISTEMAS AUTONÓMICOS DE SERVICIOS SOCIALES.....	76
1. La incorporación de los términos «red» y «sistema» en la legislación autonómica de servicios sociales.....	76
2. La indeterminación del ámbito material y subjetivo de las redes y sistemas de servicios sociales	80
3. La integración de sujetos privados en las redes y sistemas autonómicos de servicios sociales: especial referencia a la acreditación.....	87
III. LA ALTERNATIVA ENTRE LA GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOCIALES.....	95
1. La preferencia formal por la gestión directa en la legislación autonómica de servicios sociales.....	95
2. La problemática articulación de la legislación de servicios sociales con la legislación de régimen local.....	97
IV. LOS INSTRUMENTOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOCIALES	101
1. Modalidades de gestión indirecta previstas en la legislación autonómica de servicios sociales.....	101

	Pág.
2. La alternativa entre fórmulas contractuales y no contractuales	104
3. Especial referencia a la acción concertada y a los convenios de colaboración.....	109
4. La colaboración con entidades que se encuentran fuera de la red o sistema	115
V. LA RELACIÓN ENTRE LA INICIATIVA PRIVADA SOCIAL Y LA INICIATIVA MERCANTIL EN LA LEGISLACIÓN DE SERVICIOS SOCIALES	117
1. La preferencia por la iniciativa social en la legislación autonómica	117
2. Cláusulas sociales y perfiles de adjudicación en la contratación pública	120
3. La acción concertada: entre la preferencia y la exclusividad.....	125
4. La preferencia en la suscripción de convenios con la administración	129
5. La preferencia en la obtención de subvenciones.....	130
VI. DESAJUSTES ENTRE LOS INSTRUMENTOS DE COLABORACIÓN PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN GENERAL Y SECTORIAL.....	132
CAPÍTULO III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN CONCERTADA COMO MODALIDAD DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS, <i>por Rosario Leñero Bobórzuez</i>	
I. INTRODUCCIÓN	135
II. LOS ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN CONCERTADA Y DEL CONCIERTO	140
III. LA ACCIÓN CONCERTADA Y EL CONCIERTO SOCIAL: RAZONES QUE EXPLICAN SU (RE)EMERGENCIA.....	146
1. La posición de las entidades sin ánimo de lucro en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos: sujeción con particularidades...	148
2. El tratamiento de la prestación de servicios a las personas y de las entidades sin ánimo de lucro en las nuevas Di-	

	Pág.
rectivas de contratos. Su lectura por el legislador estatal y autonómico	151
IV. RASGOS GENERALES DE LA ACCIÓN CONCERTADA EN EL DERECHO AUTONÓMICO.....	164
1. Definición normativa de la acción concertada y del concierto social y caracterización en el contexto de los modos de prestación de servicios sociales	165
2. Los sujetos de la acción concertada.....	171
3. Objeto de la acción concertada.....	174
4. Retribución de los servicios concertados.....	175
5. Procedimiento de concertación	177
6. Régimen jurídico de la ejecución del concierto	182
V. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN CONCERTADA: EL PECULIAR FALLO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO <i>ASADE</i>	185
VI. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA ACCIÓN CONCERTADA AUTONÓMICA A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DE CONTRATOS	189
VII. CONSIDERACIONES FINALES.....	193
 CAPÍTULO IV. PANORAMA DE LAS FÓRMULAS PÚBLICO-PRIVADAS PARA LA ATENCIÓN DE LAS NECESIDADES SOCIALES, por Jorge García-Andrade Gómez.....	 197
I. PLANTEAMIENTO	197
II. LAS FÓRMULAS TRADICIONALES.....	201
1. Contrato público, contrato del sector público y contrato.	202
2. Convenio	209
3. Subvención	215
4. Corporaciones de Derecho público.....	220
II. LAS FÓRMULAS INNOVADORAS	224
1. Los sistemas de selección por el usuario.....	224
1.1. La exclusión de la regulación sobre contratación pública	224
1.2. La simple financiación a los usuarios	227

	Pág.
1.3. La simple financiación a las entidades prestadoras de los servicios	228
1.4. La habilitación y financiación a las entidades prestadoras	229
1.5. La habilitación a las entidades prestadoras con financiación a los usuarios.....	236
2. Entidades colaboradoras desinteresadas	237
3. Prestación de servicios sociales a través de subvención ...	241
4. Expropiación forzosa por causa de interés social	248
5. Imposición de obligaciones tuitivas entre sujetos privados	250
IV. CONSIDERACIÓN FINAL.....	257
BIBLIOGRAFÍA.....	261

PRESENTACIÓN

El fenómeno de la colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales y asistenciales alude a una realidad extremadamente compleja que no solo afecta a las estructuras, sino que alcanza a los cimientos del Estado social. La distribución de responsabilidades y funciones entre el Estado y la sociedad en la satisfacción de las necesidades reales de las personas y de los colectivos más vulnerables es un tema que tiene profundas raíces históricas y filosóficas, que entronca con la dignidad de la persona y que atañe al papel de la familia y de la mujer, como tradicional proveedora de cuidados, en la sociedad. El cuidado y la atención a los ancianos, a las personas con discapacidad, a los enfermos crónicos y a los enfermos mentales o a las personas con adicción a las drogas, requiere un grado de entrega y comprensión que puede hallarse de forma espontánea únicamente en lazos basados en el amor, en la empatía o en la solidaridad. Desde esta perspectiva, se explica fácilmente el marcado protagonismo que han tenido históricamente las redes sociales y familiares y, subsidiariamente, las entidades religiosas y las entidades basadas en el voluntariado social, en el cuidado de las personas que no pueden valerse por sí mismas, por razones de edad, de salud física o mental o por otras razones económicas y sociales.

La gestión integral de los riesgos sociales requiere un enfoque científico que desborda el marco tradicional tanto del servicio público como de la procura asistencial, a partir de los cuales se articuló en el siglo XX la actividad prestacional del Estado social. La doctrina iuspublicista debería contribuir a reducir la complejidad jurídica que rodea el sector de los servicios a las personas, con el objeto de ofrecer mayor seguridad jurídica a las administraciones públicas, a las empresas y a las entidades sin ánimo de lucro que participan en la gestión

de tales servicios y mayores garantías a los destinatarios de las prestaciones sociales. Sin embargo, a pesar de las numerosas publicaciones existentes, de las que se da debida cuenta en la bibliografía final, los servicios sociales siguen siendo un sector de referencia del Derecho administrativo mayoritariamente desatendido. Esta desatención doctrinal se suma a la falta de articulación jurídica del sistema de gobernanza multinivel en el que se inserta la prestación de los servicios sociales en la actualidad y a los desajustes históricos existentes entre las necesidades de las personas, los derechos sociales reconocidos y las prestaciones disponibles.

En el caso español, la constitucionalización del Estado social se produjo en el marco de un sistema de atención a las personas que, en claro contraste con el sistema de salud, no contaba con una red de centros públicos asistenciales capaz de promover la justicia social y el bienestar de los ciudadanos en los términos previstos por la Carta Magna. El papel de la mujer, de la familia y de las entidades sin ánimo de lucro en las tareas que integran las prestaciones propias de los servicios sociales y asistenciales fue y sigue siendo en la actualidad enormemente relevante. Sin embargo, con el paso del tiempo, alrededor de las necesidades de las personas en situación de vulnerabilidad y de las familias que las atienden, se ha articulado un sistema de responsabilidad pública y de provisión público-privada, en el que participan todos los niveles de administración pública —estatal, autonómica y local, aunque con mayor protagonismo de estas dos últimas, por razones competenciales y de proximidad—, junto con entidades del denominado tercer sector de acción social y empresas privadas que operan en el mercado.

Los sistemas públicos de servicios sociales incluyen un número creciente de ayudas y prestaciones, cada vez más diversas en cuanto a su naturaleza y sus destinatarios, gestionadas por las redes autonómicas de servicios sociales. Estas redes, integradas tanto por administraciones y entidades del sector público como por entidades privadas, de iniciativa social y de iniciativa mercantil conviven, a su vez, con prestadores privados de servicios sociales que se encuentran extramuros del sistema.

El papel del Estado y la sociedad —y, dentro de esta última, el papel de la familia, del tercer sector o del mercado— en la prestación de servicios sociales y asistenciales es una cuestión de rabiosa actualidad. El Estado y, más concretamente, las Comunidades Autó-

nomas, parecen competir por elevar los estándares de protección de sus ciudadanos mediante el reconocimiento de un elenco cada vez más numeroso de derechos sociales y la creación de unas redes o sistemas de prestación cada vez más amplios, en un contexto de evidente falta de recursos públicos para hacer frente a las responsabilidades asumidas. La relación de personas, situaciones y necesidades de las que se hacen responsables los poderes públicos se ha visto ampliada, no solo mediante los servicios y prestaciones incluidos en las carteras autonómicas de servicios sociales, sino también con la aprobación de leyes sectoriales que incluyen ayudas económicas, como el ingreso mínimo vital, medidas de protección de las víctimas de violencia de género, de las personas que sufren pobreza habitacional o energética, de los menores extranjeros no acompañados o de los inmigrantes irregulares.

Los servicios sociales, sin embargo, atienden no solo a personas en situaciones de vulnerabilidad extrema y sin recursos económicos, que requieren una acción social integral, sino también a personas vulnerables, por razones de salud o de edad, que disponen de recursos económicos para, eventualmente, sufragar, total o parcialmente, dichos servicios. Precisamente por esta razón, las empresas privadas advierten nuevas oportunidades de mercado en la prestación de servicios a personas desvalidas, que no pueden ser atendidas por sus familias, debido a la incorporación masiva de las mujeres en el mercado laboral, ni por el Estado, debido a la falta de suficientes centros y servicios de titularidad pública. Las entidades del tercer sector de acción social, tradicionalmente ubicadas en entornos estratégicos en los que no intervenía ni el Estado ni el mercado, deben cumplir ahora, si pretenden beneficiarse de financiación pública, con los criterios de calidad impuestos para su integración en las redes o sistemas autonómicos de servicios sociales y deben competir, en un número creciente de sectores, con las empresas privadas que operan en el mercado.

Las acreditaciones de calidad están llamadas a jugar en este ámbito un papel determinante, en aras de garantizar los derechos de los ciudadanos y la diferenciación de los servicios. No obstante, en la legislación sectorial se advierte una notable confusión entre los estándares de calidad exigibles a las entidades privadas para su integración en las redes y sistemas públicos de servicios sociales, los estándares de calidad exigibles para la concertación social y los estándares de calidad propios de los sistemas voluntarios de acreditación. El uso

del lenguaje de la calidad para asegurar el cumplimiento de unos requisitos reglamentarios homogéneos no se adecua al entorno, cada vez más competitivo, en el que están entrando las entidades privadas —de iniciativa social o mercantil— prestadoras de servicios sociales. En este contexto, la prestación de servicios sociales y asistenciales está siendo objeto de una redistribución de funciones en la que tienen un peso determinante las inercias históricas sucintamente expuestas, los debates ideológicos sobre el redimensionamiento del Estado del bienestar que tuvieron lugar a finales del siglo pasado y el marco jurídico surgido a raíz de estos, que prefigura las fórmulas de colaboración público-privada que pueden utilizarse en la actualidad. La realidad empírica consistente en el protagonismo de la colaboración privada en la prestación de servicios sociales, mucho mayor del que se observa en la prestación de los servicios sanitarios, se explica no solo por los rasgos de solidaridad y proximidad territorial y afectiva que caracterizan este sector, sino también porque la creación de los sistemas autonómicos de servicios sociales se desarrolló en un contexto global de crisis del Estado del bienestar.

Los dogmas económicos que marcaron el fin del siglo pasado, los datos relativos al aumento de las necesidades sociales y asistenciales —agravados con las recientes crisis económica, financiera y sanitaria de los últimos años— y los discursos políticos en los que se da por sentada la responsabilidad pública de garantizar los servicios a las personas y colectivos más desfavorecidos prefiguran el contexto en el que se enmarca este estudio. Sin embargo, los dogmas, los datos y los discursos en los que se sustenta el régimen jurídico vigente de prestación de los servicios sociales y asistenciales no van a ser objeto de análisis en esta obra colectiva.

Este libro tiene por objeto analizar los instrumentos jurídicos de colaboración público-privada que se han articulado, o que pueden articularse en un futuro, para cubrir las prestaciones y servicios a las personas desfavorecidas de las que se han responsabilizado los poderes públicos. Entre dichos instrumentos jurídicos se constata que el contrato, a pesar de ser el negocio jurídico aparentemente más adecuado para articular dicha colaboración, se ha tornado enormemente problemático en este ámbito. Ello es debido, en buena parte, al impacto de la legislación europea de contratos del sector público.

El régimen jurídico vigente de los contratos del sector público es el resultado de la sedimentación irregular y acelerada de materiales

procedentes de concepciones jurídicas dispares, en ocasiones incluso antagónicas. La profunda europeización de este sector de referencia del Derecho administrativo ha sido acogida con notable entusiasmo por la doctrina administrativista, que destaca las innovaciones introducidas en aras de garantizar la competencia entre los operadores económicos del mercado interior, mejorar la eficiencia y la transparencia en la gestión de fondos públicos y evitar la corrupción.

Las valoraciones críticas a la legislación de contratos recaen principalmente en la incorrecta o inadecuada transposición de las Directivas y en la deficiente calidad normativa del legislador español. En términos generales, no se cuestiona el acierto de los fines perseguidos por la legislación europea, su calidad normativa ni su eventual incompatibilidad dogmática o estructural con la legislación nacional. En concreto, no se ha reparado suficientemente en la incompatibilidad entre un Derecho europeo pensado para garantizar la libre concurrencia de los servicios económicos de interés general y las necesidades de las administraciones públicas que operan en el ámbito de los servicios sociales, en su condición de servicios públicos.

En este sentido, en el Derecho de la Unión Europea, el régimen jurídico de los servicios sociales, como servicios a las personas, es un régimen que nace a la sombra de la luz que proyectan los servicios económicos de interés general y, en particular, los servicios en el territorio. En claro contraste con estos, los servicios sociales han sido objeto de una atención meramente residual por parte del legislador europeo, hasta el punto de que el régimen jurídico de la contratación de los servicios sociales se ha regulado meramente como una excepción al régimen general.

El carácter intrínseco de la selección entre diversos candidatos, mediante libre concurrencia, en el concepto de contrato que maneja el legislador europeo, explica que se haya producido una huida del régimen de contratación pública en la legislación autonómica de servicios sociales. Los legisladores autonómicos han mostrado mayoritariamente su firme intención de favorecer a las entidades de iniciativa social, frente a las de iniciativa mercantil, para la prestación de servicios sociales. Y para ello, junto al uso de convenios, han regulado nuevos instrumentos de colaboración público-privada —los conciertos sociales— que han caracterizado como modalidades no contractuales. En concreto, la legislación autonómica, por un lado, otorga una marcada preferencia a la gestión directa frente a la gestión

indirecta de servicios sociales y, por otro lado, entre las fórmulas de gestión indirecta, aboga por fórmulas no contractuales frente a las fórmulas contractuales. Esta preferencia está relacionada, como se ha señalado, con la voluntad de favorecer a las entidades de iniciativa social frente a las entidades de iniciativa mercantil en la prestación de este tipo de servicios. En cualquier caso, los legisladores autonómicos han acogido la acción concertada con enorme entusiasmo y han depositado en ella enormes esperanzas en aras de facilitar su relación con las entidades privadas integradas en las redes o sistemas autonómicos de servicios sociales. Sin embargo, en esta aventura colectiva, no han tomado en consideración que, a los efectos de la aplicación de las Directivas de contratos, la caracterización de un instrumento jurídico como contrato público o como modalidad no contractual no depende de su nomenclatura o definición a nivel interno, sino de su adecuación al concepto manejado por el Derecho de la Unión Europea. Después de un riguroso análisis de la legislación histórica y vigente, en esta obra colectiva se constata que el concepto de contrato que subyace en la legislación autonómica, como acaba de confirmar la STJUE de 14 de julio de 2022, en relación con el asunto C-436/20, no coincide con el concepto manejado en el Derecho de la Unión Europea.

Las consecuencias de este desajuste conceptual que, como se ha avanzado, provienen de una incompatibilidad estructural de mayor calado, pueden resultar devastadoras para un sector inmerso de forma permanente en la inseguridad económica y que no debería verse afectado por un contexto de inseguridad jurídica como el que se acerca. Si los conciertos sociales son contratos públicos a los efectos de las Directivas de contratación, deberán aplicárseles las normas en ellas previstas tanto para la selección de contratistas y la adjudicación de contratos como para las eventuales modificaciones a su clausulado. Ahora bien, en la medida en que este tipo de contratos van a tener por objeto unos servicios —como los servicios sociales— que tienen una dimensión transfronteriza limitada, podrán aplicárseles las excepciones al régimen general previstas en los arts. 74 a 77 de la Directiva 2014/24, entre las que se encuentra la posibilidad de reservarse a determinados operadores económicos. Así pues, a pesar de que los operadores jurídicos deberán reconducir los conciertos sociales a la legislación de la que querían huir, podrán seguir otorgando preferencia a las entidades privadas de iniciativa social para la prestación indirecta de servicios sociales, pudiendo incluso reservarles la adjudici-

cación de estas modalidades contractuales, si garantizan con ello una mayor satisfacción de los principios de solidaridad y eficacia.

El análisis de los puntos débiles y los puntos fuertes del contrato, el convenio y el concierto social como modalidades de colaboración público-privada se complementa en esta obra con un esbozo de diversas fórmulas jurídicas alternativas, que pueden resultar de enorme utilidad para los operadores jurídicos. En concreto, entre otros, se analizan las posibilidades de implantación de sistemas organizativos basados en la elección de los prestadores de servicio por parte de los usuarios o en la imposición de obligaciones tuitivas entre sujetos privados, como manifestación de la externalización del Estado social.

En este sentido, es importante señalar que esta obra colectiva se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación titulado «La externalización del Estado social. Análisis y sistematización de los nuevos instrumentos de Derecho Público para ampliar la protección social de las personas vulnerables» (ref. PID2020-11 58 57 RB-I00). Se trata de una primera aproximación por parte de algunos de los miembros de este proyecto a un tema que tuvimos la ocasión de debatir en el marco de las Jornadas sobre «Nuevas formas de colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales y asistenciales», organizadas en la Universidad de Barcelona con el apoyo de la Cátedra de Derecho de la Regulación de los Servicios Públicos.