

LES NOVES MODALITATS DE GESTIÓ DE SERVEIS A LES PERSONES A LA LEGISLACIÓ AUTONÒMICA DE SERVEIS SOCIALS: ESPECIAL REFERÈNCIA A L'ACCIÓ CONCERTADA

M. Mercè Darnaculleta Gardella*

Resum

La prestació de serveis adreçats a les persones, d'acord amb el marc normatiu europeu i estatal de contractació pública i la legislació autonòmica de serveis socials, es pot articular a través de formes de gestió directa, formes de gestió indirecta basades en la contractació pública i altres formes organitzatives basades en instruments no contractuals. La legislació autonòmica de serveis socials, sota la denominació comuna de *concert*, *concert social* o *acord d'acció concertada* ha introduït noves modalitats de gestió de serveis a les persones que es qualifiquen, en alguns supòsits, com a modalitats contractuals i en altres com a modalitats no contractuals. En aquest article es pretén posar de relleu, per una banda, que en la majoria dels casos hi ha una falta de correspondència entre la qualificació jurídica dels instruments regulats i el règim jurídic que es correspondria amb l'esmentada qualificació i, per altra banda, que aquesta indefinició, juntament amb la utilització d'una terminologia homogènia per identificar instruments de naturalesa jurídica diversa, no s'ajusta al principi de seguretat jurídica.

Paraules clau: concerts; concerts socials; acords d'acció concertada; acció concertada; serveis a les persones; entitats sense ànim de lucre.

NEW FORMS OF MANAGEMENT OF SERVICES FOR PEOPLE IN AUTONOMOUS COMMUNITY LEGISLATION ON SOCIAL SERVICES: SPECIAL REFERENCE TO THE CONCERT

Abstract

The provision of services for people, in accordance with the European and national regulatory framework for public procurement and autonomous community legislation on social services, can be handled through direct management, indirect management based on public procurement and other organisational forms based on non-contractual instruments. Autonomous community legislation on social services, under the common denomination in Catalan of concert, concert social or acord d'acció concertada, has introduced new forms of management of services for people that in some cases are qualified as contractual forms and, in others, as non-contractual forms. This article aims to show, on the one hand, that in most cases there is a lack of congruity between the legal qualification of regulated instruments and the legal regime that would correspond to this qualification and, on the other, that this lack of definition, together with the use of homogeneous terminology to identify instruments of a different legal nature, is not in line with the principle of legal certainty.

Key words: concerts; concerts socials; acords d'acció concertada; acció concertada; *people services*; *non-profit organisations*.

* M. Mercè Darnaculleta Gardella, professora titular de dret administratiu a la Universitat de Girona i membre de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya. Facultat de Dret, c. de la Universitat de Girona, 12, 17071 Girona. merce.darnaculleta@udg.edu.

Article rebut el 11.01.2021. Avaluació cega: 12.01.2021 i 17.02.2021. Data d'acceptació de la versió final: 03.03.2021.

Citació recomanada: Darnaculleta Gardella, M. Mercè. (2021). Les noves modalitats de gestió de serveis a les persones a la legislació autonòmica de serveis socials: especial referència a l'acció concertada. *Revista Catalana de Dret Públic*, 62. 37-52. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i62.2021.3594>.

Sumari

- 1 Els serveis socials com a serveis adreçats a les persones
- 2 La transformació de les formes de gestió dels serveis a les persones derivada del marc europeu de contractació pública
 - 2.1 L'alternativa tradicional entre gestió directa i gestió indirecta per concert
 - 2.2 L'acció concertada com a modalitat no contractual de prestació de serveis
- 3 La regulació autonòmica de les modalitats de gestió de serveis a les persones
 - 3.1 Classificació de les formes de gestió dels serveis a les persones
 - 3.2 La generalització de les expressions *concert*, *concert social* i *acord d'acció concertada* per regular modalitats contractuals i modalitats no contractuals de prestació de serveis
 - 3.3 La indefinició dels trets diferencials entre les modalitats contractuals i les modalitats no contractuals
 - 3.3.1 L'objecte de la prestació
 - 3.3.2 L'ànim de lucre en les entitats prestadores dels serveis
 - 3.3.3 L'adjudicació basada en criteris de concurrència competitiva o en criteris d'aptitud
 - 3.3.4 El caràcter oneros o no oneros de la prestació
 - 3.3.5 El règim jurídic supletori de les diverses modalitats de concertació social
- 4 Consideracions finals: el marc jurídic vigent des de la perspectiva de la seguretat jurídica
- 5 Bibliografia

1 Els serveis socials com a serveis adreçats a les persones

Els serveis socials, juntament amb els serveis educatius i sanitaris, són serveis que es caracteritzen per estar adreçats a les persones, serveis que “la societat (personificada en l’Estat), presta a la persona en tant que membre de la mateixa” (Vaquer, 2000: 33). L’orientació immediata dels serveis socials a les persones es posa clarament de manifest quan s’analitzen les carteres autonòmiques de serveis socials, en les quals s’inclouen serveis adreçats a les persones menors d’edat (infants i adolescents), la gent gran, les persones amb discapacitat, les persones amb problemàtica social derivada de malaltia mental, les persones amb drogodependència, les persones que pateixen violència masclista, les persones cuidadores (familiars i altres persones cuidadores no professionals) i les famílies amb problemàtica social i risc d’exclusió.

La vinculació d’aquests serveis a la dignitat humana i el fet que no siguin rentables en termes de mercat fa que es tracti de serveis en els quals el caràcter econòmic i el principi de competència, propis dels anomenats *serveis d’interès econòmic general*, siguin substituïts, tendencialment, pel seu caràcter no econòmic i pel principi de solidaritat. La Unió Europea ha assumit aquestes particularitats, i ha reconegut en el Tractat Fundacional de la Unió Europea que els serveis socials que s’organitzen a partir de criteris de solidaritat i cohesió social, i no de criteris econòmics, no formen part del mercat interior, de manera que no els resulten d’aplicació les llibertats d’establiment ni de prestació de serveis, ni les regles sobre competència i ajudes públiques.¹

En qualsevol cas, l’organització dels serveis adreçats a les persones d’acord amb criteris econòmics o no econòmics és una decisió que correspon als Estats membres, atès que, en principi, el caràcter no econòmic d’aquests serveis no és una qüestió fàctica sinó axiològica (Vaquer, 2000: 49-51). En el cas que la legislació estatal configuri els serveis socials com a serveis econòmics, poden tenir un tractament específic i diferenciat, atesa la seva condició de serveis basats en l’afinitat i el veïnatge, tal com reconeix expressament la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 24 de febrer de 2014 sobre contractació pública, que es refereix a la limitada dimensió transfronterera d’uns serveis caracteritzats per la proximitat amb els seus destinataris, com són “els serveis que es coneixen com a serveis a les persones, com certs serveis socials, sanitaris i educatius” (consideració 114 de la Directiva 2014/24/UE).

La caracterització que fa la legislació europea dels serveis a les persones s’ha de completar amb la prevista a la legislació interna. En el nostre entorn jurídic, els serveis a les persones tenen el seu origen en la beneficència pública (Míguez et al., 2011) i ha estat necessari recórrer un llarg camí fins a la seva actual configuració com a serveis públics, la prestació dels quals pot ser exigida pels ciutadans, en els termes reconeguts per la legislació.²

La caracterització dels serveis a les persones com a serveis públics no implica la seva reserva al sector públic en règim de monopoli (Gimeno, 2018: 17). Precisament, un dels trets característics d’aquests serveis és que són prestats de forma directa o indirecta per les administracions públiques, en concurrència no competitiva amb la iniciativa privada (Tornos, 2004: 9). En aquesta article ens centrarem només en les modalitats de prestació indirecta d’aquests serveis.³

Durant la vigència de la legislació contractual anterior a la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), la prestació indirecta de serveis a les persones es podia articular mitjanant qualsevol de les modalitats contractuals previstes per a la gestió de serveis públics —concessió, gestió interessada, concert i societat d’economia mixta—, entre les quals destaca la utilització preferent del concert (Villar 2005: 402; López-Veiga: 449). Tot i això, la importància de la proximitat territorial i afectiva pròpia dels serveis a les persones (Vaquer, 2002: 139), fa que aquests hagin tingut un encaix problemàtic amb els processos competitius de selecció dels contractistes previstos a la legislació de contractes del sector públic. Per aquest motiu, en l’àmbit de la prestació de serveis a les persones, juntament amb els contractes com a modalitat de gestió indirecta i els encàrrecs a mitjans propis, com a modalitat preferent de gestió

1 En concret, l’article 2 del Protocol núm. 26 del Tractat de Lisboa disposa que: “Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico”.

2 Sobre la configuració dels serveis socials com a serveis públics i el progressiu reconeixement d’un dret subjectiu dels ciutadans a la prestació del servei, vegeu: Tornos i Galán (2007); Aguado (2008); Alonso (2017).

3 Sobre el règim jurídic general de prestació dels serveis socials, vegeu, entre d’altres: Rodríguez (2007); Ezquerria (2012); Alonso i Alemán (2020).

directa, ha proliferat la utilització d'altres instruments jurídics, com els convenis i les subvencions (Villar, 2005; Domínguez, 2019).⁴

2 La transformació de les formes de gestió dels serveis a les persones derivada del marc europeu de contractació pública

El marc europeu de contractació pública derivat de l'aprovació de les Directives del Parlament Europeu i de Consell, 2014/23/UE, de 26 de febrer, d'adjudicació de contractes de concessió i 2014/24/UE, de 26 de febrer, de contractació pública, ha introduït modificacions importants en el règim jurídic de les modalitats de gestió dels serveis a les persones preexistent.

En primer lloc, la incorporació d'aquestes Directives a la nova LCSP ha comportat la supressió de les diverses modalitats contractuals de gestió de serveis públics —concessió, gestió interessada, concert i societat d'economia mixta, regulades en l'article 253 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic. Amb la nova regulació dels contractes administratius típics continguda a l'LCSP, els serveis públics, en funció de si es trasllada o no el risc operacional a l'operador econòmic, es poden prestar mitjançant la concessió de serveis o el contracte de serveis.⁵

En segon lloc, el nou marc legislatiu ha introduït diverses particularitats en el procediment d'adjudicació dels contractes de serveis a les persones, que introdueixen una enorme flexibilitat en els criteris de selecció dels contractistes i que permeten adaptar el règim general de lliure concurrència, i admeten fins i tot l'adjudicació directa a entitats sense ànim de lucre (Calvo, 2019).⁶

En tercer lloc, s'ha reconegut expressament que, juntament amb les formes de gestió directa i de gestió indirecta mitjançant contracte, els poders públics puguin decidir organitzar els serveis adreçats a les persones mitjançant modalitats no contractuals.⁷ En concret, l'article 11.6 de l'LCSP exclou de l'àmbit d'aplicació de la llei “la prestació de serveis socials per entitats privades, sempre que aquesta es dugui a terme sense necessitat de subscriure contractes públics, a través, entre altres mitjans, del simple finançament d'aquests serveis o la concessió de llicències o autoritzacions a totes les entitats que compleixin les condicions que el poder adjudicador hagi fixat prèviament, sense límits ni quotes, i que el sistema esmentat garanteixi una publicitat suficient i s'ajusti als principis de transparència i no discriminació”. Aquesta previsió es completa amb la disposició addicional 49 de l'LCSP, segons la qual “el que estableix aquesta Llei no obsta perquè les comunitats autònomes, en l'exercici de les competències que tenen atribuïdes, legislin articulant instruments no contractuals per prestar serveis públics destinats a satisfer necessitats de caràcter social”. En virtut d'aquesta habilitació, la legislació autonòmica de serveis socials ha optat per redefinir les modalitats de prestació de serveis a les persones en el seu respectiu àmbit territorial regulant, de forma majoritària però no exclusiva, l'acció concertada com a modalitat no contractual (López-Veiga, 2017: 448; Lazo, 2019: 73).

Aquest nou marc jurídic deixa obertes nombroses qüestions rellevants que no han estat resoltes de forma satisfactòria. En allò que afecta més directament a l'objecte d'aquest estudi escau preguntar-se, per una banda,

4 En aquest estudi, per tal de no afegir major complexitat al discurs, deixem expressament al marge de l'anàlisi tant les subvencions com les diverses modalitats de convenis existents en l'àmbit dels serveis a les persones. La distinció entre contractes, convenis i subvencions té enorme rellevància en la determinació del règim jurídic aplicable, que remet, respectivament, a l'LCSP, la Llei 40/2015, de 1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic i la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions, tal com ha analitzat la doctrina (Bauzá, 2018).

5 D'acord amb la vigent LCSP, les modalitats contractuals previstes per a la gestió de serveis públics són, d'una banda, el contracte de concessió de serveis (article 15 de l'LCSP), que es caracteritza pel risc operacional del concessionari i, d'altra banda, el contracte de serveis (article 17 LCSP), que es caracteritza perquè qui presta el servei no assumeix el risc operacional del contracte.

6 En concret, en l'article 145 de l'LCSP i en la disposició addicional 47 de l'LCSP es preveu la possibilitat d'incorporar en els procediments de selecció criteris tècnics i de qualitat adequats als serveis que s'han de prestar, en termes similars als establerts en l'article 76.1 de la Directiva 2014/24/UE; i en la disposició addicional 48 de l'LCSP es permet la reserva de contractes de serveis socials a determinades entitats sense ànim de lucre, sempre que es compleixin determinades condicions, regulades també en l'article 77.1 de la Directiva 2014/24/UE.

7 Les consideracions 54 de la Directiva 23/2014 i 114 de la Directiva 2014/24/UE, estableixen que “[...] els poders públics segueixen tenint llibertat per prestar per si mateixos determinades categories de serveis, en concret els serveis que es coneixen com a serveis a les persones, com ara certs serveis socials, sanitaris, inclosos els farmacèutics, i educatius, o per organitzar-los de manera que no sigui necessari subscriure contractes públics”.

si es pot seguir emprant la figura del concert com a modalitat contractual de gestió indirecta i, per altra banda, quines són i quin règim jurídic tenen les modalitats no contractuals de prestació dels serveis a les persones.

2.1 L'alternativa tradicional entre gestió directa i gestió indirecta per concert

Com ja s'ha avançat, la prestació de serveis a les persones s'ha articulat tradicionalment o bé de forma directa per part de la mateixa administració pública, o bé de forma indirecta mitjançant el contracte de concert, que es defineix precisament com aquell que es celebra amb una persona natural o jurídica que estigui realitzant prestacions anàlogues a les que constitueixen el servei públic de què es tracti.⁸

Aquesta alternativa entre la gestió directa i el concert deriva històricament de l'article 43.2 del Decret de 17 de juny de 1955, pel qual s'aprova el Reglament de serveis de les corporacions locals (RSCL), en el qual s'establia expressament que "els serveis relacionats amb les activitats benèfiques podran prestar-se per gestió directa o per concert". La legislació general de contractació pública i la legislació de règim local aprovada amb posterioritat a l'RSCL no van establir mai més aquesta disjuntiva de forma tan clara, atès que admetia per a la gestió de tot tipus de serveis públics la utilització de qualsevol de les modalitats contractuals, inclosa la concessió. Tot i això, com bé ha explicat la doctrina més autoritzada en aquest àmbit, el concert ha estat la modalitat contractual més utilitzada per a la gestió indirecta dels serveis educatius, els serveis hospitalaris i els serveis socials, i s'ha erigit com un instrument característic dels serveis adreçats a les persones (Vaquer, 2000: 52; Bernal, 2018b: 2864).⁹

La derogació de la regulació general del concert derivada de l'entrada en vigor de l'LCSP planteja la qüestió sobre la vigència d'aquesta figura contractual. La doctrina considera de forma majoritària que els concerts (Míguez, 2015) i, en particular, els concerts sanitaris (Cueto, 2018; Díez, 2020; Domínguez, 2019), són una modalitat contractual en vies d'extinció que, en funció de si suposen o no una transferència del risc operacional al contractista, s'han de reconduir a les modalitats vigents de contractació, és a dir, a la concessió de serveis o al contracte de serveis. Tot i això, des de la perspectiva de les directives europees de contractació, res no impedeix que les administracions públiques puguin seguir emprant el concert com a modalitat contractual, si la legislació nacional —estatal o autonòmica, en funció del règim competencial— ho preveu (Garrido, 2020: 213).

La legislació bàsica estatal ha comportat la derogació expressa de la regulació anterior del concert, però no prohibeix expressament que la legislació sectorial reguli aquesta figura, atesa la previsió de l'existència de contractes administratius especials o no nominats en els articles 12.2 i 25.1.2.b de l'LCSP.¹⁰ És cert que la regulació actual del contracte de serveis sembla tenir una enorme vis expansiva.¹¹ Però això no hauria d'impedir que la gestió indirecta de serveis a les persones es pogués articular d'acord amb qualsevol de les modalitats contractuals previstes a la legislació europea i estatal de contractació pública o d'acord amb les modalitats contractuals que, si és el cas, pugui establir el legislador sectorial, estatal o autonòmic.¹² En

⁸ Article 253.c de la derogada Llei 30/2007, de contractes del sector públic i article 277.c del també derogat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic.

⁹ Tant en l'àmbit autonòmic com en l'àmbit local la prestació indirecta de serveis a les persones s'ha articulat també mitjançant modalitats contractuals diferents al concert. Ara bé, la preferència pel concert com a modalitat contractual enfront la concessió s'explica principalment per tres raons: a) el concessionari gestiona un servei al seu risc i ventura, mentre que els serveis a les persones estan orientats a la gratuïtat, de manera que qui presta el servei no cobra una tarifa als usuaris sinó que rep els seus ingressos directament de l'Administració; b) la concessió suposa l'accés a una activitat prèviament reservada a l'Administració, mentre que en els serveis adreçats a les persones l'activitat sempre ha pogut dur-se a terme en règim de lliure concurrència; c) l'extinció de la concessió comporta la reversió de les obres i instal·lacions dedicades a la prestació en favor de l'administració i aquest règim no s'adequa als serveis adreçats a les persones, en els quals el particular pot continuar exercint la mateixa activitat quan s'extingeix el contracte, encara que sigui fora del sistema públic (Vaquer, 2002: 136; Tornos, 2004: 14).

¹⁰ En aquest sentit, cal tenir en compte el recent pronunciament de la Comissió Jurídica Assessora, en el seu Dictamen 114/2020, en el qual es pot llegir que: "Entre les fórmules contractuals subjectes a l'LCSP, d'acord amb l'article 12 de l'LCSP, s'inclouen tant els contractes públics nominats —contracte de concessió de serveis i contracte de serveis—, com els contractes administratius especials —entre els quals es troba el concert—".

¹¹ Menéndez (2020: 399).

¹² Sobre aquest aspecte resulten d'especial interès els arguments exposats en el Dictamen 58/2018, de 7 de febrer, del Consell Consultiu d'Andalusia, sobre el Projecte de decret pel qual es regula la prestació dels serveis socials a través de la figura del concert social a Andalusia (Núñez, 2018).

el cas que ens ocupa, atesa la competència exclusiva de les comunitats autònomes en matèria de serveis socials, la regulació autonòmica del concert o de qualsevol altra modalitat contractual especial per a la gestió indirecta de serveis a les persones ha de respectar tant la legislació estatal bàsica com les directives europees de contractació.¹³ Sigui com sigui, l'anàlisi d'aquesta compatibilitat s'ha de fer cas per cas i en funció del règim jurídic previst per a les modalitats contractuales regulades i no en funció ni de la qualificació ni de la denominació jurídica emprada pel legislador.¹⁴

2.2 L'acció concertada com a modalitat no contractual de prestació de serveis

El marge d'actuació del legislador autonòmic és molt més ampli, en qualsevol cas, per establir una regulació d'instruments no contractuals per a la gestió de serveis a les persones que no pas per a la regulació de noves modalitats contractuales. Això és degut al fet que, com és obvi, les legislacions europea i estatal de contractació no tenen per objecte regular les modalitats no contractuales de prestació de serveis a les persones. El que fan les directives europees i l'LCSP, com s'ha avançat, és, per una banda, establir un règim procedimental molt flexible per a l'adjudicació dels contractes que tinguin per objecte la prestació d'aquests serveis i, per altra banda, preveure que aquests es puguin prestar de tal manera que no sigui necessari celebrar contractes públics.

Les consideracions 54 de la Directiva 23/2014 i 114 de la Directiva 24/2014, tal com recull l'article 11.6 de l'LCSP, indiquen, a títol d'exemple, que es pot optar, simplement, per finançar els serveis, o per atorgar llicències o autoritzacions a tots els operadors econòmics que compleixin amb unes condicions prèviament establertes, sense imposar límits ni quotes, sempre que es garanteixi la publicitat suficient i es respectin els principis de transparència i no discriminació.

Es reconeix expressament, per tant, que es poden articular mecanismes de finançament dels serveis com a modalitats no contractuales de prestació de serveis a les persones i, donat que l'enumeració dels instruments no contractuals es fa a títol merament exemplificatiu, es manté la possibilitat de seguir utilitzant els convenis de col·laboració, que són un instrument profusament utilitzat en aquest àmbit (Villar, 2005: 405; Díez, 2020: 459). Així mateix, també s'indica expressament que tenen la consideració de modalitats no contractuales els mecanismes d'habilitació basats en criteris d'aptitud o capacitat i no en criteris competitiu (sense imposar límits ni quotes).

En el nostre ordenament jurídic, entre les modalitats no contractuales articulades a partir d'un mecanisme d'habilitació prèvia o de selecció basada en criteris d'aptitud o capacitat, té una llarga tradició l'acció concertada, que és un instrument que forma part de l'activitat administrativa de foment, i que es basa en la promoció d'activitats socials o econòmiques d'interès públic (Salas, 1968; Gallego 1980).

En l'àmbit dels serveis a les persones, l'acció concertada és una fórmula de col·laboració entre l'Administració i els particulars que consisteix en l'homologació o l'acreditació d'entitats privades perquè puguin realitzar prestacions dins la xarxa autonòmica de serveis socials. Es tracta d'una modalitat organitzativa que exigeix una previsió legal expressa que en determini el sentit i l'abast, els serveis i prestacions afectats i el seu règim retributiu (Gimeno, 2018: 45). L'acció concertada es formalitza a través d'un acord de concertació social, qualificat habitualment com a concert social, signat entre l'Administració pública competent i l'entitat que presta el servei.

Els concerts socials com a instruments organitzatius per a la prestació de serveis de caràcter no contractual permeten a les administracions públiques que es relacionin amb persones i entitats privades que operen fora del mercat i que són retribuïdes mitjançant mòduls, que només cobreixen els costos fixos, variables i permanents (sense incloure-hi el benefici industrial) de la prestació del servei.

13 Precisament, l'abast de la legislació bàsica estatal en matèria de contractes i la conflictivitat competencial derivada dels intents autonòmics d'aprovar una legislació específica en matèria de contractació pública (Bernal, 2018a: 96) és una de les raons que expliquen que les comunitats autònomes hagin optat majoritàriament per regular els acords d'acció concertada i els concerts socials com a modalitats no contractuales.

14 D'acord amb aquestes consideracions no sembla encertat que es desqualifiqui la legislació autonòmica que regula el concert social com a modalitat contractual, amb l'argument que suposa una desviació de la tipologia contractual prevista a l'LCSP i que és contrari a l'essència i justificació de l'acció concertada (Gimeno, 2018: 46).

Per tal que l'acció concertada respongui realment a una modalitat no contractual de prestació de serveis a les persones és important que no inclogui prestacions que mereixin la consideració de contracte de serveis, que es defineix com aquell que "té per objecte prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o en un resultat diferent a l'obra o al subministrament, incloent-hi aquells en els quals l'adjudicatari s'obligui a executar el servei de forma successiva i per un preu unitari" (art. 17 LCSP).

En qualsevol cas, cal tenir en compte que la determinació de si un instrument jurídic té naturalesa contractual o no contractual i, per tant, està subjecte o no a les directives europees de contractació, no està en mans del legislador estatal o autonòmic.

En aquest punt, a més de la respectiva condició de poder adjudicador i de subjecte econòmic de les parts, l'objecte del negoci i el seu caràcter oneros, cal tenir en compte que el concepte de contracte públic des de la perspectiva de la Unió Europea es troba estretament vinculat a l'elecció d'una oferta, a partir de criteris d'adjudicació, que comporti una competència entre els operadors (TJUE de 2 de juny de 2016, C-410/14 ECLI:EU:C:2016:399). En canvi, allò determinant del règim no contractual és que tots els operadors puguin concórrer en condicions de transparència (publicitat) i igualtat de tracte i, a més, que l'admissió o selecció se sustenti en l'apreciació de l'aptitud dels operadors i no en criteris d'adjudicació que porti a competir entre ells (STJUE d'1 de març de 2018, C-9/17 ECLI:EU:C:2018:142).

3 La regulació autonòmica de les modalitats de gestió de serveis a les persones

En aquest marc general, la majoria de comunitats autònomes han modificat les seves respectives lleis de serveis socials,¹⁵ o han aprovat una legislació específica, per regular les modalitats de gestió de serveis a les persones, per incorporar concretament la figura dels concerts socials o acords d'acció concertada.¹⁶ En alguns casos, aquestes normes han estat objecte de desenvolupament reglamentari.¹⁷

En tot cas, la majoria de les comunitats autònomes han optat per incorporar la figura dels concerts socials en normes amb rang formal de llei. Aquest és el cas del País Basc, que és la primera comunitat autònoma que va incorporar, en l'article 61 de la Llei 12/2008, de 5 de desembre, de serveis socials del País Basc, un règim especial de concert, diferenciat de la modalitat contractual de concert regulada a la normativa de contractació de les administracions públiques; el cas d'Aragó, que, si bé en un primer moment va modificar la Llei 5/2009, de 30 de juny, de serveis socials d'Aragó, amb caràcter d'urgència, mitjançant el Decret llei 1/2016, de 17 de

15 Llei andalusa 9/2016, de 27 de desembre, de serveis socials d'Andalusia (LSSAnd); Llei aragonesa 5/2009, de 30 de juny, de serveis socials d'Aragó (LSSAr); Llei asturiana 1/2003, de 24 de febrer, de serveis socials, modificada per a Llei 9/2015, de 20 de març (LSSAst); Llei balear 4/2009, d'11 de juny, de serveis socials de les Illes Balears, modificada per la Llei 10/2013, de 23 de desembre (LSSIB); Llei canària 16/2019, de 2 de maig, de serveis socials de Canàries (LSSCan); Llei cantàbrica 2/2007, de 27 de març, de drets i serveis socials (LSSCant); Llei de Castella-La Manxa 14/2010, de 16 de desembre, de serveis socials de Castella-La Manxa (LSSCLM); Llei de Castella i Lleó 16/2010, de 20 de desembre, de serveis socials de Castella i Lleó (LSSCL); Llei catalana 12/2007, de serveis socials (LSSCat); Llei valenciana 3/2019, de 18 de febrer, de serveis socials inclusius de la Comunitat Valenciana (LSSVal); Llei gallega 13/2008, de 3 de desembre, de serveis socials de Galícia, modificada per la Llei 8/2016, de 8 de juliol (LSSGal); Llei de La Rioja 7/2009, de 22 de desembre, de serveis socials de La Rioja, modificada per l'article 10 de la Llei 2/2018, de 30 de gener (LSSR); Llei murciana 3/2003, de 10 d'abril, del sistema de serveis socials de la Regió de Múrcia, modificada per la Llei 16/2015, de 9 de novembre (LSSM); Llei foral Navarra 15/2006, de 14 de desembre, de serveis socials (LSSFNav); Llei basca 12/2008, de 5 de desembre, de serveis socials del País Basc (LSSPB).

16 Llei aragonesa 11/2016, de 15 de desembre, d'acció concertada per a la prestació de serveis socials i sanitaris (LACAr); Llei asturiana 3/2019, de 15 de març, d'acció concertada amb entitats sense ànim de lucre d'iniciativa social per a la prestació de serveis socials (LACAst); Llei balear 12/2018, de 15 de novembre, de serveis a les persones en l'àmbit social de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (LSPiB); Llei valenciana 7/2017, de 30 de març, d'actuació concertada per a la prestació de serveis a les persones en l'àmbit sanitari (LACVal); Llei 13/2018, de 26 de desembre, de concerts socials per a la prestació de serveis a persones en l'àmbit social, sanitari i social-sanitari d'Extremadura (LCSEExt); Llei Foral 13/2017, de 16 de novembre, de concerts socials en l'àmbit de la salut i els serveis socials (LCSFNav).

17 Decret andalús 41/2018, de 20 de febrer, pel qual es regula el concert social per a la prestació de serveis socials (DCSAnd); Decret andalús 57/2020, de 22 d'abril, pel qual es regula el concert social per a la prestació d'atenció infantil primerenca (DCSAIAnd); Ordre CDS 2042/2017, de 30 de novembre, per la qual es regula l'acció concertada en matèria de prestació de serveis socials a Aragó (OACAr); Decret balear 48/2017, de 27 d'octubre, pel qual s'estableixen els principis generals als quals s'han de presentar els concerts socials (DCSIB); Decret murcià 10/2018, de 14 de febrer, pel qual s'estableix el règim jurídic dels concerts socials a la Regió de Múrcia en serveis socials especialitzats en els sectors de la gent gran i les persones amb discapacitat (DCSM); Decret murcià 62/2019, de 3 de maig, pel qual s'estableix el règim jurídic dels concerts socials a la Regió de Múrcia sobre protecció i reforma de menors (DCSMM).

maig, d'acció concertada per a la prestació a les persones de serveis de caràcter social i sanitari, posteriorment ha regulat aquesta figura a la Llei 11/2016, de 15 de desembre, d'acció concertada per prestació de serveis socials i sanitaris (López-Veiga, 2017: 450); el cas d'Andalusia, que és l'única comunitat autònoma que regula el concert social com a modalitat contractual (Núñez, 2018); o el cas de les Illes Balears i Astúries, que en l'exposició de motius de les respectives lleis de serveis socials utilitzen la crisi econòmica com a justificació per incorporar la figura del concert social com a modalitat no contractual (Ezquerro, 2017: 95).

La legislació catalana constitueix una excepció a aquest model, tant des de la perspectiva formal com des de la perspectiva material, ja que la regulació de la concertació social no s'ha incorporat en una llei, sinó en una norma en rang de llei; i no s'ha incorporat en una norma adreçada a regular els serveis socials o els serveis a les persones, sinó en la norma aprovada amb l'objectiu d'incorporar les noves directives de contractació del sector públic a l'àmbit autonòmic.¹⁸

A diferència també de la resta de comunitats autònomes, a Catalunya s'han regulat dues modalitats no contractuals de concertació social: el concert social i la gestió delegada (Fuentes, 2020: 201).

En concret, els dos primers apartats de la disposició addicional tercera del Decret llei català 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents de contractació pública (DLCPCat) regulen l'acció concertada en els següents termes:

“D'acord amb el que estableix la consideració setena de la Directiva 2014/24/UE i la consideració sisena de la Directiva 2014/23/UE, en relació amb l'article 14 del Tractat Fundacional de la Unió Europea i el Protocol número 26 sobre els serveis d'interès general, els serveis socials regulats a la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials, es podran gestionar mitjançant fórmules no contractuals, tal com es defineix a continuació: 1. Concert social: la prestació de serveis socials de la xarxa de serveis socials d'atenció pública a través de tercers titulars dels serveis i establiments en els quals es prestin amb finançament, accés i control públics. En l'establiment dels concerts socials per a la provisió de serveis socials s'han d'atendre els principis d'atenció personalitzada i integral, arrelament de la persona a l'entorn d'atenció social, elecció de la persona i continuïtat en l'atenció i la qualitat. Per això, es podran establir com a requisits, clàusules, mesures de preferència o mesures de discriminació positiva, criteris socials, de qualitat, d'experiència i trajectòria acreditada, i els altres que es determinin reglamentàriament. 2. Gestió delegada: la prestació de serveis socials de la xarxa de serveis socials d'atenció pública en establiments de titularitat de l'Administració pública, a través de tercers, en els termes i en les condicions que li encomani l'Administració pública titular de l'establiment o servei.”

La relativa uniformitat terminològica de la legislació autonòmica de serveis socials (que utilitza majoritàriament els termes de *concert*, *concert social* o *acció concertada*) contrasta, això no obstant, amb les diferències existents quant al règim jurídic i a la concreta qualificació de la naturalesa jurídica d'aquests instruments, de manera que, en una visió de conjunt, el panorama resultant ofereix un mosaic confús, de difícil interpretació i totalment contrari al principi de seguretat jurídica.

La confusió al·ludida en veu agreujada en aquest cas perquè els legisladors autonòmics, en comptes d'utilitzar les expressions i els termes jurídics d'acord amb el seu significat habitual o especialitzat, tal com recomanen els manuals d'elaboració de disposicions legislatives,¹⁹ han decidit incorporar una regulació pròpia de la concertació social que altera la classificació tradicional de les formes de gestió de serveis públics alhora que introdueix major indefinició de la ja existent a la distinció entre les modalitats contractuals i no contractuals de prestació dels serveis a les persones.

3.1 Classificació de les formes de gestió dels serveis a les persones

La gestió dels serveis a les persones incloses en els sistemes o les xarxes autonòmics de serveis socials es pot dur a terme o bé de manera directa, per la mateixa administració, o bé de manera indirecta, per una entitat

¹⁸ En concret, la regulació catalana de la concertació social es troba: a la disposició addicional tercera del Decret llei català 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents de contractació pública (DLCPCat); i al Decret català 69/2020, de 14 de juliol, d'acreditació, concert social i gestió delegada a la Xarxa de Serveis Socials d'Atenció Pública (DCSGDCat).

¹⁹ Vegeu, per exemple, la norma 14.1 de la *Guia pràctica comuna del Parlament Europeu, del Parlament i de la Comissió per a la redacció de textos legislatius de la Unió Europea*.

privada amb o sense ànim de lucre (Villar, 2012). La gestió indirecta de serveis a les persones s'ha articulada habitualment mitjançant el concert, com a fórmula contractual, o mitjançant convenis, com a fórmula jurídica exclosa de la Llei de contractes del sector públic (Villar, 2005). Els acords d'acció concertada o concerts socials, com a noves modalitats de gestió de serveis de responsabilitat pública adreçats a les persones, amb independència de si es configuren com a modalitats contractuals o com a modalitats no contractuals, són fórmules de prestació de serveis socials part de tercers i, per tant, s'inscriuen entre les formes de gestió indirecta de serveis.

En aquest sentit, la legislació de serveis socials de La Rioja i de la Comunitat Foral de Navarra assenyalen que formen part del respectiu sistema públic de serveis socials tant els serveis prestats directament per les seves administracions públiques “com els prestats indirectament a través d'entitats d'iniciativa privada de serveis socials”.²⁰ Igualment correcta és la fórmula emprada per les legislacions aragonesa i manxega, en les quals s'indica que les administracions públiques incloses en el Sistema Públic de Serveis Socials poden efectuar la prestació de serveis previstos en el respectiu catàleg preferentment mitjançant gestió directa, però que “poden emprar qualsevol de les formes de gestió indirecta o col·laboració previstes en l'ordenament jurídic a través d'entitats privades de caràcter social o mercantil”.²¹ Explícitament, inclouen el concert social i els acords de concertació com una modalitat de gestió indirecta de serveis socials tant la legislació asturiana com la canària i l'extremenya.²²

Això no obstant, diverses comunitats autònomes (Andalusia, Galícia, Múrcia i el País Basc) regulen el concert social com una modalitat de gestió diferenciada tant de la gestió directa com de la gestió indirecta de serveis a les persones.²³ La regulació d'aquests instruments com un *tertium genus* estaria plenament justificada si la seva regulació s'articulés al marge dels serveis integrats en les xarxes autonòmiques de serveis socials, com a instruments de foment d'una activitat privada d'interès social en àmbits en els quals les comunitats autònomes no n'haguessin assumit la responsabilitat, com correspon a l'acció concertada, en sentit estricte. Les lleis de serveis socials aragonesa, andalusa, gallega, murciana i basca inclouen els concerts socials entre les modalitats de prestació dels serveis públics inclosos en les respectives carteres de serveis, però consideren que la gestió indirecta es circumscriu únicament al marc de la normativa de contractació del sector públic, i regulen els acords d'acció concertada,²⁴ els concerts socials²⁵ i els convenis²⁶ com a modalitats diferenciades o alternatives tant a la gestió directa com a la gestió indirecta.

20 Art. 3.2 LSSR i art. 9.2 LSSFN.

21 Art. 21.1 LSSR i art. 40 LSSCLM.

22 Segons l'article 44.1 LSSAst, el Principat d'Astúries pot organitzar la prestació dels serveis socials mitjançant fórmules de gestió indirecta “en el marc general de la normativa de contractació del sector públic inclòs el règim del concert social [...]”. Per la seva banda, l'article 59.1 LSSCan disposa que els serveis socials es presten per l'administració pública canària mitjançant gestió indirecta “a través de dues modalitats: a través d'acords de concertació amb entitats d'iniciativa social, o d'acord amb alguna de les fórmules establertes a través de la normativa de contractes del sector públic”. Finalment, l'article 2 de l'LCSExt estableix expressament que el concert social és un instrument de gestió indirecta per a l'organització dels serveis socials d'atenció social especialitzada.

23 Art. 100.1 LSSAnd; art. 61.1 LSSR; art. 29.1 LSSGal; art. 7.bis LSSM; i art. 60.1 LSSPB. Sobre aquest punt: Garrido, 2017: 87.

24 L'article 2 de l'LACAr disposa que les administracions públiques competents poden gestionar la prestació de serveis de caràcter social i sanitari a les persones: a) mitjançant gestió directa o mitjans propis; b) mitjançant gestió indirecta d'acord amb alguna de les fórmules establertes a la normativa de contractes del sector públic; c) mitjançant acords d'acció concertada amb entitats públiques o amb entitats privades sense ànim de lucre.

25 Segons l'article 100.1 LSSAnd: “La Conselleria competent en matèria de serveis socials pot organitzar la prestació dels serveis del catàleg de prestacions del sistema públic de serveis socials d'Andalusia a través de les següents fórmules: gestió directa, règim de concert social previst en aquesta llei i gestió indirecta en el marc de la normativa de contractació del sector públic”.

26 Segons els articles 29.1 LSSGal i 60.1 LSSPB, els serveis socials de responsabilitat autonòmica són prestats per les respectives administracions a través de les següents fórmules: a) gestió directa; b) gestió indirecta en el marc de la normativa reguladora de contractes del sector públic; c) mitjançant el règim de concert social previst a la present llei; d) mitjançant convenis amb entitats sense ànim de lucre.

De manera similar, però introduint alguna variació en relació amb la tipologia de les entitats que poden prestar els serveis, l'article 7.bis LSSM disposa que les formes d'organització dels serveis socials són: a) la gestió directa; b) la gestió indirecta en el marc de la normativa de contractació del sector públic; c) els concerts socials amb entitats privades amb o sense ànim de lucre declarades d'interès assistencial; d) i els convenis amb entitats d'iniciativa social, entenent com a tals les fundacions, associacions, cooperatives, organitzacions de voluntariat i demés entitats i institucions sense ànim de lucre que desenvolupen activitats de serveis socials, sempre que sobre aquestes entitats no tingui el domini efectiu una entitat mercantil que operi amb ànim de lucre.

3.2 La generalització de les expressions *concert*, *concert social* i *acord d'acció concertada* per regular modalitats contractuals i modalitats no contractuals de prestació de serveis

La legislació autonòmica de serveis socials ha optat per l'ús de les expressions *concert*,²⁷ *concert social*²⁸ o *acord d'acció concertada*²⁹ per qualificar les noves modalitats de gestió dels serveis a les persones. En alguns casos s'indica expressament que aquests instruments jurídics s'emmarquen en l'àmbit de l'acció concertada.³⁰

Aquesta terminologia comuna contrasta amb la diferent qualificació jurídica que mereixen aquests instruments en la legislació autonòmica (Manent, 2019). Els decrets andalusos que regulen el concert social per a la prestació de serveis socials i per a la prestació de serveis a la infància qualifiquen els concerts socials com a modalitats contractuals.³¹ Les lleis aragonesa, asturiana, valenciana i catalana, per la seva banda, els qualifiquen expressament com a modalitats no contractuals.³² Les lleis autonòmiques de les Illes Balears, Castella-Lleó, Galícia, La Rioja, Múrcia i Navarra qualifiquen aquests instruments com a instruments diferenciats dels previstos a la legislació general de contractació pública, però no es pronuncien sobre si es tracta de contractes administratius especials o d'instruments no contractuals.³³ Finalment, les lleis canària, cantàbrica, manxega i extremeña no es pronuncien sobre la naturalesa, contractual o no contractual dels instruments de concertació social que regulen.³⁴

3.3 La indefinició dels trets diferencials entre les modalitats contractuals i les modalitats no contractuals

La naturalesa jurídica dels concerts socials i els acords d'acció concertada regulats a la legislació autonòmica no depèn, però, com s'ha avançat, de la qualificació que els hagi atribuït el legislador, sinó que depèn del seu concret règim jurídic. En aquest punt és notable també l'enorme indeterminació que es desprèn de la legislació autonòmica quan s'analitza l'objecte de les prestacions, la tipologia de les entitats que poden subscriure concerts amb l'Administració, la submissió o no d'aquests instruments al règim de competència, el caràcter oneros del negoci jurídic o el règim jurídic supletori previst.

3.3.1 L'objecte de la prestació

En tots els casos, l'objecte dels concerts, concerts socials o acords d'acció concertada regulats en la legislació autonòmica és bastant similar. Aquests instruments jurídics tenen per objecte, per una banda, la reserva i

27 Aragó, Illes Canàries, Cantàbria, Castella-La Manxa, Castella-Lleó, Comunitat Valenciana, País Basc.

28 Andalusia, Illes Balears, Catalunya, Extremadura, Galícia, La Rioja, Múrcia, Navarra.

29 Astúries.

30 Aragó, Astúries, Illes Balears, Comunitat Valenciana, Extremadura.

31 Els articles 1.2 DCSAnd i 1.2 DCSAIAnd estableixen expressament que el concert social es configura com un contracte administratiu especial, d'acord amb allò previst a l'article 25.1.2.b de l'LCSP (Núñez, 2018; Pizarro, 2020).

32 Els articles 3 LACAr, 2 LACAs i 87 LSSVal disposen que "els acords d'acció concertada són instruments organitzatius de naturalesa no contractual". En la mateixa línia, la DA 3a DLPCat i l'exposició de motius del DCSGDCat qualifiquen l'acció concertada i la gestió delegada com a fórmules no contractuals de gestió de les prestacions incloses a la xarxa catalana de serveis socials d'atenció pública.

33 La DA 2a DCSIB preveu que el règim de concert regulat en el Decret de concerts socials de les Illes Balears s'estableix com a diferenciat de la modalitat contractual de concert que regula el text refós de l'LCSP aprovat per RDL 3/2011, de 14 de novembre i, per tant, està exclòs del seu àmbit d'aplicació; i l'exposició de motius de l'LSSGal i els articles 89.3 LSSCL i 61.1 LSSPV assenyalen que el règim de concert o de concert social regulat en aquestes normes s'estableix com a diferenciat de la modalitat contractual de concert regulada a la normativa de contractació del sector públic.

La data d'aprovació de les normes citades podria fer pensar que aquesta fórmula resultava habitual durant la vigència del concert com a modalitat contractual i que podria desaparèixer amb l'aprovació de l'LCSP. Això no obstant, amb posterioritat a l'entrada en vigor de la vigent LCSP, l'article 61.ter.4 LSSR manté la mateixa indefinició, i determina que "el concert social s'estableix com a modalitat diferenciada de la normativa de contractació del sector públic"; els articles 1.3 DCSM i 1.3. DCSMM estableixen que "el règim del concert referit al concert social previst en aquest Decret és una modalitat d'organització de la gestió de serveis socials diferenciat de la modalitat contractual del concert regulat a la normativa de contractació del sector públic"; i l'article 1.1 LCSFNav regula el concert social amb entitats sense ànim de lucre com a modalitat de gestió indirecta no subjecta a l'LCSP.

34 Art. 63 LSSCan; art. 55 LSSCant; art. 42 LSSCLM; art. 2. LCSExt.

ocupació de places pels usuaris dels serveis socials i, per altra banda, la gestió de prestacions, programes, serveis³⁵ i centres³⁶ inclosos en les carteres autonòmiques de serveis i no reservats a la gestió directa.

Només en el cas d'Astúries l'acció concertada es circumscriu a determinades prestacions, entre les quals s'exclou expressament la provisió de serveis socials d'atenció residencial, de centres de dia i d'atenció domiciliària.³⁷ Inversament, en el cas de Cantàbria, l'objecte de la concertació social es limita a la reserva i/o ocupació de places en centres de serveis socials.³⁸

En el cas de Catalunya la qualificació de concert social es circumscriu al sistema de provisió de serveis socials de titularitat privada que s'integren a la xarxa pública, mentre que la gestió de serveis de titularitat pública per entitats privades s'articula a través de l'anomenada *gestió delegada*.³⁹ En tots els casos, caldria fer una anàlisi més detinguda de la que permet l'extensió d'aquest article per esbrinar si les prestacions objecte de concertació social podrien ser o no objecte d'un contracte de serveis.

3.3.2 L'ànim de lucre en les entitats prestadores dels serveis

Les diferències més notables entre les diverses lleis autonòmiques de serveis socials tenen a veure amb els subjectes que poden subscriure els concerts socials o acords d'acció concertada, en funció del tractament que es dona en cada cas a les entitats privades sense ànim de lucre. Això no obstant, no existeix una correlació directa entre la qualificació la naturalesa jurídica —contractual o no contractual— dels instruments regulats i la preferència per entitats amb o sense ànim de lucre. L'única dada rellevant en aquest cas és que la preferència per a la prestació de serveis adreçats a les persones per part d'entitats sense ànim de lucre mitjançant modalitats contractuals ha de respectar les directives europees de contractació i la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, mentre que, en el cas de modalitats no contractuals, sempre que realment s'operi fora del mercat, la discrecionalitat administrativa és més àmplia.

Les comunitats autònomes d'Aragó, Astúries, Canàries, Extremadura, Illes Balears, La Rioja, Navarra i València reserven la utilització dels instruments d'acció concertada com a modalitat de prestació de serveis a les persones per a les entitats sense ànim de lucre.⁴⁰

En canvi, Andalusia, Cantàbria, Castella-La Manxa, Castella i Lleó, Catalunya, Galícia, Múrcia i el País Basc admeten la utilització d'aquests instruments tant per a entitats amb ànim de lucre com per a entitats sense ànim de lucre,⁴¹ tot i que estableixen mesures de discriminació positiva enfront d'aquestes últimes.⁴²

35 Art. 4.3 LSSIB.

36 Art. 4.1 DCSAnd; art. 25.2 LACAr; art. 64 LSSCan.

37 Art. 5 LACAst.

38 Art. 56 LSSCant.

39 La DA 3a DLPCCat defineix el concert social com "la prestació de serveis socials de la xarxa de serveis socials d'atenció pública a través de tercers titulars dels serveis i establiments en els quals es prestin amb finançament, accés i control públics". Poden ser objecte de concert social: "a) La reserva i l'ocupació de places, en centres d'iniciativa privada, per a ús exclusiu de les persones usuàries de serveis socials de responsabilitat pública, l'accés als quals sigui autoritzat per les administracions públiques mitjançant l'aplicació dels criteris previstos per la normativa vigent."; i "b) La gestió integral de prestacions tècniques, tecnològiques o de serveis en centres d'iniciativa privada".

La definició i l'objecte de la gestió delegada es troba en els apartats 2 i 4 de la mateixa DA 3a DLPCCat. En concret, la gestió delegada es defineix com "la prestació de serveis socials de la xarxa de serveis socials d'atenció pública en establiments de titularitat de l'Administració pública, a través de tercers, en els termes i en les condicions que li encomani l'Administració pública titular de l'establiment o servei. [...] Podran ser objecte de gestió delegada la gestió integral de places en establiments de titularitat pública o de serveis de titularitat pública".

40 Art. 3 OACAr; art. 2 LCSAst; art. 63 LSSCan; art. 1 LCSExt; art. 5.1 LSPiB; art. 61.1 LSSR; art. 1.1 LCSFNav; art. 34 i 87 LSSVal.

41 Art. 8 DCSAnd; art. 8 DCSAIAnd; art. 57 LSSCant; art. 28.1 LSSCLM; art. 86 LSSCL; art. 5 DCSGDCat; art. 33 bis LSSGal; art. 25 quarter LSSM; art. 61 LSSPB.

42 En concret, s'estableix que en condicions d'eficàcia, qualitat i rendibilitat social anàlogues, tenen prioritat les entitats sense ànim de lucre: art. 15.1 DCSAnd; art. 15.1 DCSAIAnd; art. 28.2 LSSCLM; art. 14.4 DCSGDCat.

3.3.3 L'adjudicació basada en criteris de concurrència competitiva o en criteris d'aptitud

La legislació autonòmica de serveis socials estableix de forma unànime que, per tal de poder prestar serveis en l'àmbit de les respectives xarxes autonòmiques, les entitats privades han de disposar de les oportunes autoritzacions administratives per a la construcció i posada en funcionament dels centres en els quals es presten els serveis, han d'estar inscrites en el registre corresponent i han d'estar degudament acreditades (Garrido, 2020: 270).

L'acreditació garanteix el compliment d'uns requisits mínims d'aptitud de les entitats privades i de qualitat dels centres i serveis que gestionen, que s'erigeixen com un requisit previ, tant per a la prestació dels serveis a les persones mitjançant modalitats contractuals com per a la seva prestació mitjançant modalitats no contractuals. En un model de concertació social basat en genuïns instruments no contractuals, sense límits ni quotes, l'acreditació hauria de ser requisit suficient per la prestació dels serveis inclosos en les carteres de serveis socials amb finançament autonòmic. Això no obstant, donada la limitació de recursos pressupostaris, la legislació autonòmica introdueix un procediment posterior de selecció per a l'adjudicació de les places o els serveis concertats, basat principalment en criteris socials i de proximitat afectiva i territorial.⁴³

La interpretació que han fet els legisladors autonòmics dels criteris d'aptitud en què s'han de basar els instruments no contractuals, com ja ha assenyalat la doctrina (Garrido, 2017: 91), planteja nombrosos interrogants relacionats amb la seva adequació al principi de no discriminació i lliure competència.

L'anàlisi d'aquest aspecte mereix una consideració més acurada de la que ha rebut fins al moment. En qualsevol cas, el que es vol posar ara de relleu és que l'existència d'aquests procediments implica l'obertura d'un règim de concurrència competitiva que desdibuixa el caràcter pretesament no contractual dels instruments d'acció social, almenys des de la perspectiva de la legislació i la jurisprudència europea sobre contractació pública.

3.3.4 El caràcter oneros o no oneros de la prestació

L'onerositat de la prestació també és un element important per determinar la naturalesa, contractual o no contractual, dels instruments de concertació regulats a la legislació autonòmica. El caràcter oneros del contracte, entès com l'obtenció d'un benefici econòmic, directe o indirecte, per part del contractista, és un tret característic dels contractes del sector públic, d'acord amb el que estableix l'article 2.1 LCSP. Els concerts socials i els acords d'acció concertada previstos a la legislació autonòmica, donada la voluntat dels legisladors autonòmics d'excloure l'aplicació de la legislació general de contractació, no tenen, en canvi, caràcter oneros.

El finançament públic dels instruments d'acció concertada cobreix només les despeses de funcionament del servei, sense incloure el benefici industrial⁴⁴ d'acord amb els costos de referència, els preus o les tarifes establerts reglamentàriament.⁴⁵ Per garantir que les entitats privades concertades no obtinguin un benefici amb la seva activitat s'estableix expressament, en alguns casos, que l'acció concertada és incompatible amb l'atorgament de subvencions per a finançar les activitats o serveis objecte de concert.⁴⁶ Escau posar de manifest que aquest caràcter no oneros dels concerts socials és predicable també dels regulats a la legislació andalusa, que els qualifica expressament com a modalitats contractuals.⁴⁷

3.3.5 El règim jurídic supletori de les diverses modalitats de concertació social

L'anàlisi concreta del règim jurídic dels instruments de concertació social regulats a la legislació autonòmica desborda completament els objectius d'aquest article. Les normes analitzades, a més de regular els requisits objectius, subjectius i procedimentals de la concertació social, regula, amb major o menor detall segons els

43 Art. 12 a 17 DCSAnd i DCSAIAnd; art. 5 LACAr; art. 66 LSSCan; art. 57 LSSCant; art. 14 DCSGDCat; art. 6 LCSExt; art. 8 DCSM; art. 6. LCSFNav; art. 7 LACVal. Només en el cas d'Astúries i les Illes Balears s'estableix expressament que aquest procediment selectiu s'aplica només en els supòsits en els quals sigui necessari, degut a limitacions pressupostaries o al número i característiques de les prestacions susceptibles d'acció concertada: art. 8 LACAst i art. 14 DCSIB.

44 Art. 26 LCAr; art. 29 LACAst; art. 10.2 LCSExt.

45 Art. 22 DCSGDCat; art. 11 LACVal.

46 DA 1a LCAr i DA 1a LCSFNav.

47 Disposició addicional única DCSAnd.

casos, la formalització, la durada, els efectes i l'extinció dels concerts socials i dels acords d'acció concertada. S'observa però que aquesta regulació, a més de no ser sempre coherent amb la qualificació jurídica dels instruments regulats, conté algunes llacunes, sense que resulti fàcil interpretar quina normativa s'ha d'aplicar amb caràcter supletori.

Entre les lleis autonòmiques que qualifiquen el concert social com una modalitat no contractual de prestació de serveis a les persones, només la llei asturiana preveu expressament l'aplicació amb caràcter supletori de la legislació de general de serveis socials i de la legislació del procediment administratiu i del sector públic.⁴⁸

Entre les lleis autonòmiques que no es pronuncien sobre la naturalesa dels concerts socials, o que estableixen expressament que aquests constitueixen una modalitat diferent a la prevista en la legislació general de contractació pública, només preveuen expressament un règim supletori les lleis de concertació social extremenya i foral navarresa, que es decanten en aquest cas per l'aplicació supletòria de la legislació de contractació pública.⁴⁹

4 Consideracions finals: el marc jurídic vigent des de la perspectiva de la seguretat jurídica

El panorama que ofereix l'anàlisi comparada de la legislació autonòmica de serveis socials no afavoreix en absolut la seguretat jurídica de les entitats privades, amb o sense ànim de lucre, que pretenen accedir a la prestació dels serveis a les persones inclosos en les xarxes autonòmiques de serveis socials, ni tampoc de les que, en aquests moments, estan prestant aquests serveis.

La inseguretat jurídica que es denuncia en aquest article no rau, només, en el fet que l'anàlisi de conjunt de la legislació autonòmica ofereixi un mosaic confús i de difícil interpretació. L'exercici de la potestat legislativa autonòmica pot donar lloc, òbviament, a l'establiment de models molt diversos de gestió dels serveis socials de competència autonòmica. El problema rau, tal com s'ha intentat demostrar, en la confusa naturalesa jurídica dels denominats instruments no contractuals de gestió dels serveis a les persones, que deriva tant de la seva falta de definició d'aquests instruments en l'àmbit legislatiu i jurisprudencial com de la falta d'un tractament doctrinal adequat de la concertació social. El règim establert per la legislació autonòmica és inestable, perquè no s'han pres en consideració els riscos d'establir una regulació materialment contractual per a instruments qualificats com a no contractuals.

L'opció autonòmica per qualificar majoritàriament com a instruments no contractuals —o com a instruments de dubtosa naturalesa jurídica— els concerts socials i els acords d'acció concertada de concertació social sembla estar més influenciada per aspectes competencials i procedimentals que no pas per aspectes substantius. Les comunitats autònomes poden desenvolupar la legislació contractual bàsica, però no poden exceptuar-la, com tampoc poden subvertir el règim de lliure competència previst en l'àmbit europeu per als serveis d'interès econòmic general.

La qualificació com a instruments no contractuals de les noves modalitats de prestació de serveis a les persones i la preferència per limitar la concertació a entitats sense ànim de lucre s'inscriu amb major comoditat en l'àmbit competencial autonòmic. Això explica que fins al moment no s'hagin plantejat conflictes de competencials que qüestionin la legislació autonòmica analitzada en aquest estudi.

El substrat econòmic o no econòmic —i, per tant, subjecte o no a les regles de la lliure competència— dels serveis adreçats a les persones no depèn però del *nomen iuris* escollit pel legislador o per l'Administració, sinó que depèn de les contraprestacions previstes en cada relació jurídica establerta entre l'Administració i les entitats privades prestadores dels serveis. El temps dirà, per tant, si els nous instruments regulats a la legislació autonòmica de serveis socials són modalitats contractuals o modalitats no contractuals de gestió de

48 DF 3a LACAst.

49 En concret, la DF 4a LCSExt preveu que: "En allò no previst en aquesta llei ni en la normativa de desenvolupament, per resoldre els dubtes i llacunes que es suscitin és d'aplicació, sempre que resulti compatible amb la naturalesa dels concerts, la normativa en matèria de contractació pública". Per la seva banda, l'article 11 de l'LCFNav disposa que: "En cas de dubtes o llacunes, per allò no previst en aquesta llei foral ni en les condicions establertes per a cada concert en aplicació d'aquesta, són aplicables pel que fa a la seva execució les regles i principis de la legislació foral sobre contractació pública compatibles amb aquesta modalitat de gestió i, si escau, la normativa sanitària per als concerts en aquest àmbit sectorial".

serveis a les persones. Mentrestant, serien benvinguts treballs de recerca que, fent ús del mapa orientatiu ofert amb caràcter provisional en aquest article, prepararessin el terreny per a la resolució dels conflictes als quals, sense cap mena de dubte, es veuran abocades les administracions autonòmiques i locals que han d'aplicar la legislació objecte d'aquest estudi.⁵⁰

5 Bibliografia

- Aguado Cudolà, Vicenç (coord.). (2008). *El sistema de serveis socials a Catalunya: garantir drets, prestar serveis*. Atelier.
- Alonso Seco, José María. (2017). Las nuevas leyes autonómicas de servicios sociales: hacia un reconocimiento progresivo de los servicios sociales como derechos subjetivos. *Revista General del Derecho Administrativo*, 45.
- Alonso Seco, José María, i Alemán Bracho, Carmen. (2020). *El sistema de Servicios sociales: nuevas tendencias en España*. Tirant lo Blanch.
- Bauzá Martorell, Felio J. (2018). Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención. *Revista General de Derecho Administrativo*, 48.
- Bernal Blay, Miguel Ángel. (2018a). El desarrollo autonómico de la normativa sobre contratos públicos. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 18, 91-138.
- Bernal Blay, Miguel Ángel. (2018b). La contratación de servicios a las personas. Dins Isabel Gallego Corcóles i Eduardo Gamero Casado (coord.), *Tratado de contratos del sector público* (vol. 3, p. 2841-2874). Tirant lo Blanch.
- Calvo Vérguez, Juan. (2019). La proyección de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público, sobre el ámbito de la Economía social: un nuevo marco regulatorio para las entidades del tercer sector. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4.
- Cueto Pérez, Miriam. (2018). La continuidad del concierto sanitario tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Dins Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid (dir.), *Libro homenaje al profesor Ángel Menéndez Reixach* (p. 885-912). Aranzadi Thomson Reuters.
- Díez Sastre, Silvia. (2020). Los servicios municipales para mayores en el entorno rural y urbano. *Istituzioni del Federalismo*, 2, 441-460.
- Domínguez Martín, Mónica. (2019). 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*, 50.
- Ezquerria Huerva, Antonio (coord.). (2012). *El marco jurídico de los servicios sociales en España. Realidad actual y perspectivas de futuro*. Atelier.
- Ezquerria Huerva, Antonio. (2017). Las repercusiones de la crisis económica en el sector de los servicios sociales. *Revista Jurídica de Asturias*, 40, 83-105.
- Fuentes Gasó, Josep Ramon. (2020). El règim jurídic de la provisió de serveis d'atenció a les persones a Catalunya: el concert social després de les Directives de contractació pública. Dins Maria Victòria Forns Fernández (ed.), *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar* (p. 201-229). Atelier.

50 En aquest sentit, resulta prometedora el projecte de recerca de Ricard Gracia Retortillo, titulat *La nueva regulación del concierto social y la gestión delegada como formas de prestación de servicios sociales en Cataluña: ¿Fomento de la colaboración público-privada o huida del Derecho de la contratación pública?*. Treball en curs cedit per l'autor.

- Gallego Anabitarte, Alfredo. (1980). La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo. Dins *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia* (p. 191-262). Universitat de València.
- Garrido Juncal, Andrea. (2017). [Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate](http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.3007). *Revista Catalana de Dret Públic*, 55, 84-100. <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.3007>.
- Garrido Juncal, Andrea. (2020). *Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y formas de prestación*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Gimeno Feliu, José María. (2018). 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*, 52, 12-65.
- Lazo Vitoria, Ximena, (2019). Un cambio de rumbo en la prestación de los servicios sociales en Asturias. *Revista Jurídica de Asturias*, 42, 73-88.
- López-Veiga Brea, Jorge. (2017). La contratación pública de servicios a las personas tras la aprobación de las Directivas europeas de cuarta generación. Un nuevo horizonte en las políticas sociales autonómicas. *Revista Gallega de Administración Pública*, 53, 441-463.
- Manent Alonso, Luis. (2019). El desconcierto de la acción concertada. *Actualidad Administrativa*, 547-574.
- Menéndez Sebastián, Eva María. (2020). El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios. *Revista de Administración Pública*, 212, 375-400.
- Míguez Macho, Luís. (2015). Las distinciones entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el Derecho español. Dins *Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo* (p. 345-409). Aranzadi Thomson Reuters.
- Míguez Macho, Luís, Almeida Cerredá, Marcos, i Santiago Iglesias, Diana. (2011). La génesis de los modernos servicios sociales: la beneficiencia pública. Dins María Zambonino Pulito (coord.), *Nacimiento y desarrollo de la administración moderna: la libertad de comercio: pasado y presente. Los grandes maestros del Derecho Administrativo* (p. 335-345). Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Núñez Lozano, María del Carmen. (2018). El concierto social para la prestación de los servicios sociales: Crónica de su reconducción a la legislación de contratos. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 101, 495-506.
- Pizarro Nevado, Rafael. (2020). El concierto social para la prestación de la atención temprana infantil en Andalucía. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 14, 88-103.
- Rodríguez Santiago, José María. (2007). *La administración del Estado social*. Marcial Pons.
- Salas, Javier. (1968). El régimen de la acción concertada. *Revista de Administración Pública*, 56, 435-484.
- Tornos Mas, Joaquín. (2004). Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público. *Cuadernos de Derecho Local*, 6, 7-18.
- Tornos Mas, Joaquín, i Galán Galán, Alfredo. (2007). *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Vaquero Caballería, Marcos. (2000). Los servicios atinentes a la persona en el Estado social. *Cuadernos de Derecho Público*, 11, 31-72.
- Vaquero Caballería, Marcos. (2002). *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*. Tirant Lo Blanch.

- Villar Rojas, Francisco José. (2005). Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios. *Documentación Administrativa*, 271-272, 389-412.
- Villar Rojas, Francisco José. (2012). Iniciativa privada y prestación de servicios sociales. Las redes o sistemas públicos de servicios sociales. Dins Antonio Ezquerro Huerva (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España. Realidad actual y perspectivas de futuro* (p. 87-120). Atelier.