



Revista Administración & Cidadanía, EGAP

Vol. 18_núm. 2_2023 | pp. 33-55

Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/0.36402/ac.v18i2.5176>

© Luis Manent Alonso

ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287

Recibido: 29/01/2024 | Aceptado: 15/02/2024

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A acción concertada en servizos sociais tras a doutrina ASADE: do desconcerto á incerteza

La acción concertada en servicios sociales tras la doctrina ASADE: del desconcierto a la incertidumbre

Concerted action in social services after the ASADE [State Association of Entities of Home Care Services] doctrine: from bewilderment to uncertainty

LUIS MANENT ALONSO

Avogado da Generalitat Valenciana
Consellería de Sanidade
manent_lui@gva.es

Resumo: Desde 2016, ano en que se aprobaron as primeiras leis reguladoras da acción concertada, nove comunidades autónomas crearon uns instrumentos organizativos de natureza non contractual cuxa natureza xurídica non é pacífica. Dentro da doutrina, algúns autores cualifícanos como contratos públicos; outros, en cambio, consideran que estamos ante unha manifestación da actividade de fomento.

Recentemente, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, en senllos pronunciamentos de 2022 e 2023, sentenciou que algúns dos negocios xurídicos cos que se instrumentou a acción contractual na Comunidade Valenciana e en Aragón teñen natureza contractual. Tendo en conta esta xurisprudencia, o autor realiza unha proposta normativa que adapte a lexislación española á xurisprudencia comunitaria.

Palabras clave: Acción concertada, contratación pública, Tribunal de Xustiza da Unión Europea, actividade de fomento, concertos sociais.

Resumen: Desde 2016, año en que se aprobaron las primeras leyes reguladoras de la acción concertada, nueve comunidades autónomas han creado unos instrumentos organizativos de naturaleza no contractual cuya naturaleza jurídica no es pacífica. Dentro de la doctrina, algunos autores los califican como contratos públicos; otros, en cambio, consideran que estamos ante una manifestación de la actividad de fomento.



Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sendos pronunciamientos de 2022 y 2023, ha sentenciado que algunos de los negocios jurídicos con los que se ha instrumentado la acción contractual en la Comunidad Valenciana y en Aragón tienen naturaleza contractual.

Teniendo en cuenta esta jurisprudencia, el autor realiza una propuesta normativa que adapte la legislación española a la jurisprudencia comunitaria.

Palabras clave: Acción concertada, contratación pública, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, actividad de fomento, conciertos sociales.

Abstract: Since 2016, the year in which the first laws regulating concerted action were passed, nine autonomous communities have created organisational instruments of a non-contractual nature, the legal nature of which is not peaceful at all. Within the doctrine, some authors classify them as public contracts; others, on the other hand, consider them to be a manifestation of promotional activity.

Recently, the Court of Justice of the European Union, in its rulings of 2022 and 2023, has ruled that some of the legal transactions through which contractual action has been implemented in the Valencian Community and in Aragon are of a contractual nature.

While taking this jurisprudence into account, the author makes a normative proposal to adapt Spanish legislation to Community jurisprudence.

Key words: Concerted action, public procurement, Court of Justice of the European Union, promotional activity, social concerts.

SUMARIO: 1 Enfoque. 2 Antecedentes. 2.1 *Soft law*. 2.1.1 *Libro branco sobre os servizos de interese xeral*. 2.1.2 Comunicación sobre os servizos sociais de interese xeral. 2.1.3 Comunicación «un marco de calidade para os servizos sociais de interese xeral». 2.2 *Hard law*. 2.2.1 Directivas de contratación pública. 2.2.2 Lei de contratos do sector público. 3 Acción concertada. 3.1 Lexislación autonómica. 3.2 Características. 3.2.1 Prioridade. 3.2.2 Reserva. 3.2.3 Indiferente. 4 Doutrina ASADE. 4.1 Xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. 4.1.1 Realidade das cousas. 4.1.2 Contratos onerosos de servizos. 4.1.2.1 Concorrenza competitiva. 4.1.2.2 Actividades económicas. 4.1.2.3 Relación sinalagmática. 4.1.2.4 Liberdade de organización dos sistemas de seguridade social. 4.1.3 Resposta ás cuestións prexudiciais. 4.2 Xurisprudencia do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana. 5 Reconsideración da acción concertada. 5.1 Asumir a doutrina ASADE. 5.2 Repensar a lexislación reguladora da acción concertada. 5.3 Modificar a normativa sectorial. 6. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

A aprobación do Decreto-lei 1/2016, do 17 de maio, do Goberno de Aragón, sobre acción concertada para a prestación ás persoas de servizos de carácter social e sanitario, deu lugar a un novo capítulo na historia dos concertos sociais. Produciu un desconcerto inicial pola súa novidade.

E é que, nesta materia, chove sobre mollado. «A instauración do marco normativo no que se incardina a regulación do concerto social nunca estivo exenta de polémica»¹. Se ata hai uns anos se discutía a aplicación supletoria da lexislación de contratación pública aos concertos sociais, «a nova interrogante a resolver é descubrir se (...) [no caso da acción concertada, verdadeiramente] estamos ante unha fórmula non contractual»².

Así, nos últimos anos preténdense fundar os reparos á regulación autonómica da acción concertada na lexislación sobre contratación pública procedente da Unión Europea (UE). Non pode descoñecerse que, malia que «a acción concertada representa unha grande oportunidade para as entidades sen ánimo de lucro, tamén suscita incontables

reparos ao integrar cláusulas que obstaculizan a liberdade de empresa ou ao prescindir das entidades mercantís»³.

A iso cabe engadir que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE), nos asuntos coñecidos como ASADE I e ASADE II, declarou que algúns dos servizos sociais incluídos na lexislación sectorial de Aragón e a Comunidade Valenciana teñen natureza contractual. Esta falta de concreción, non obstante, xera unha indesexada situación de incerteza.

Sexa como sexa, todas as comunidades autónomas (CC. AA.) regularon a acción concertada ou os concertos sociais ben como fórmulas non contractuais, ben como unha modalidade de xestión indirecta de servizos públicos.

Tendo en conta o anterior, nas seguintes páxinas exporemos que a acción concertada ten a súa orixe no dereito da UE e sinalaremos que axustes poderían realizarse para situar a acción concertada fóra do ámbito da contratación pública.

2 ANTECEDENTES

A acción concertada, como instrumento non contractual para a prestación de servizos públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social, ten a súa orixe no *soft law* comunitario, en concreto en tres comunicacións da Comisión Europea. Na súa configuración tamén interviñeron o *hard law*, a saber, dúas disposicións xerais, unha do Parlamento Europeo e do Consello, e outra das Cortes Xerais.

2.1 *Soft law*

A partir da categoría comunitaria dos servizos de interese xeral (SIX), a Comisión Europea individualizou determinadas actuacións que procuran directamente a vida e a saúde das persoas, teñan ou non natureza contractual. Estas prestacións, que se incardinan dentro da subcategoría de servizos sociais de interese xeral (SSIX), son coñecidas como servizos ás persoas.

A xénese dos servizos ás persoas, como fundamento xurídico da acción concertada, apréciase en tres documentos da Comisión, a saber: o *Libro branco sobre os servizos de interese xeral*; a comunicación sobre os servizos sociais de interese xeral; e a comunicación «un marco de calidade para os servizos sociais de interese xeral en Europa».

Das tres, a de 2006 ten especial importancia. Nela fíxanse as características dos servizos ás persoas e as bases para diferenciar os contratos públicos e concesións da acción concertada como instrumentos para xestionar os servizos ás persoas.

2.1.1 O *Libro branco sobre os servizos de interese xeral*

O primeiro antecedente escrito da acción concertada –en palabras da Comisión, a «concertación»– atopámolo no *Libro branco sobre os servizos de interese xeral* do 12 de maio de 2004, a partir deste momento o *Libro branco*⁴.

Nel púxose de manifesto a necesidade de harmonizar os mecanismos de mercado coas misións de servizo público, posto que «a saúde e a vida das persoas ocupan o primeiro posto entre os bens e intereses protexidos» polo Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE)⁵. Enténdese desta maneira que, para a Comisión, o mantemento duns servizos públicos de calidade e accesibles a todos os cidadáns forme parte do «modelo social europeo».

No contexto dos SIX, o *Libro branco* afirmou que estes servizos podían «xestionarse en concertación co sector privado ou encomendarse a empresas públicas ou privadas»⁶. Deste xeito o *soft law* do dereito comunitario abría as portas a unha nova fórmula non contractual para a xestión dos SSIX, que co tempo daría lugar en España ao que hoxe se coñece como acción concertada.

Este embrión da concertación dos SSIX foi desenvolvido dous anos despois na Comunicación sobre os servizos sociais de interese xeral.

2.1.2 Comunicación sobre os servizos sociais de interese xeral

O 26 de abril de 2006, a Comisión elaborou unha segunda comunicación relacionada cos SIX. Esta vez monograficamente dedicada aos SSIX⁷. De agora en diante referirémonos a ela como a Comunicación de 2006⁸.

A Comunicación categoriza os SSIX como unha especie do xénero dos SIX⁹. A xuízo da Comisión, a razón de ser destes encontrábase na «necesidade de contextualizar a perspectiva do mercado interior coas áreas sobre as que este se proxecta, en particular no caso de actividades de atención humana»¹⁰.

Adicionalmente, hai que ter en conta que «os SSIX poden ser considerados SIEX [servizos de interese económico xeral] sempre e cando se correspondan con actividades “de mercado”»¹¹. Estes servizos son coñecidos como os servizos sociais de interese xeral económicos (SSIXE).

Pois ben, os SSIX «presentan unha ou varias das seguintes características organizativas:

- Funcionamento sobre a base do principio de solidariedade (...);
- Carácter polivalente e personalizado (...);
- Ausencia de ánimo de lucro (...);
- Participación de voluntarios (...);
- Integración marcada nunha tradición cultural (...);
- Relación asimétrica entre prestadores e beneficiarios que non se pode asimilar a unha relación normal de tipo provedor-consumidor»¹².

«Na esfera dos servizos sociais, entre outros, participan destas notas os servizos relacionados coa protección de menores, a dependencia e as residencias da terceira idade»¹³.

De acordo coa Comunicación de 2006, as fórmulas máis frecuentes para a xestión dos SSIX son:

- Prestación directa pola Administración.
- Prestación por contratistas (delegados da misión social segundo a Comunicación de 2006).
- Prestación por cooperadores (recurso a unha compensación financeira pública, en palabras da Comunicación de 2006).
- Prestación por operadores privados sen relación directa coa Administración (recurso á regulación do mercado).

Nas seguintes páxinas limitarémonos á análise dos delegados da misión social e dos cooperadores da Administración. Mediante estas dúas vías préstanse os SSIX de xeito coordinado e mediante un vínculo coa Administración¹⁴.

a) Delegación da misión social.

Para a Comisión, na prestación dos SSIX, os Estados membros pódennles «confiar a misión a un socio exterior ou cooperar co sector privado»¹⁵. Tanto uns como outros exercen unha misión social por delegación dos poderes públicos. Empregando as palabras do *Libro branco*, son empresas públicas ou privadas ás que se lles encomenda a prestación de servizos de interese xeral¹⁶.

Delégase a misión social, total ou parcialmente, cando as administracións públicas recorren ao sector público ou privado para que presten os servizos públicos da súa competencia a cambio dun prezo. Para iso, utilizando o vocabulario da Comunicación de 2006, é posible confiarlle a misión a un socio exterior público ou privado (i. e. un contrato público) ou crear un marco de colaboración público-privada (v. gr. concesión, sociedade de economía mixta, etc.).

Na nosa opinión, a expresión «delegados da misión social» *mutatis mutandis* correspóndese coa actividade prestacional ou de servizo público, xestionada indirectamente.

Segundo a Comisión, «nestes casos, o organismo público que lle atribúe a un organismo exterior unha misión social de interese xeral debe, como mínimo, respectar os principios de transparencia, igualdade de trato e proporcionalidade. Ademais, en determinados casos as directivas de contratos públicos imponen tamén obrigas máis concretas»¹⁷.

Noutras palabras, o dereito comunitario habilita os Estados membros para establecer un réxime xurídico *ad hoc* para os SSIX, «afastada dunha perspectiva económica ou de mercado»¹⁸.

«Isto significa que un contrato de prestacións persoais de carácter [educativo,] sanitario ou social, podería estar excepciónado das regras de concorrencia propias [dunha concesión ou] un contrato típico de servizos ou produtos, dado o marcado carácter estratéxico, desde a perspectiva de correcta prestación deste»¹⁹.

b) Compensación financeira pública.

Para a Comisión, de xeito complementario ou alternativo á delegación da misión social, «os Estados membros e os poderes públicos seguen tendo liberdade para (...) organizar os servizos sociais de maneira que non sexa necesario asinar contratos públicos

[nin crear marcos de cooperación público-privada], por exemplo, mediante o simple financiamento destes servizos»²⁰.

A iso engade que «unha autoridade pública pode decidir compensar as cargas derivadas da realización dunha misión social de interese xeral mediante un organismo externo»²¹. Nestes casos, usando o vocabulario do *Libro branco*, a prestación de SSIX xestiónase «en concertación co sector privado»²².

Deste xeito foméntase que operadores privados desempeñen actividades de interese xeral de xeito paralelo e complementario á Administración²³. Como é sabido, a actividade de fomento «diferénciase [da] do servizo público en que a Administración, con esa modalidade, realiza *directamente* e cos seus propios medios o fin perseguido, mentres que no fomento se limita a *estimular* os particulares para que sexan eles os que, pola súa propia vontade, desenvolvendo unha actividade determinada, cumplan *indirectamente* o fin que a Administración persegue»²⁴.

A propia Comisión aproxima o recurso á compensación financeira pública coa actividade de fomento ao someter estes desprazamentos patrimoniais para a prestación de SSIX á normativa reguladora das axudas de Estado²⁵. Explicámonos.

Nos SSIX, a «compensación financeira destínase a equilibrar as cargas pola realización da misión e que unha empresa que se rexa só polos criterios do mercado non tivese»²⁶. Por este motivo, os que presten servizos sociais de interese xeral económicos (SSIXE) quedan dispensados das normas sobre competencia na medida en que sexa necesario para «o cumprimento da misión específica a elas confiada»²⁷.

Agora ben, co fin de simplificar os requisitos para poder percibir compensacións financeiras, a Comisión ditou varias decisións relativas á imbricación das axudas de Estado e o dereito á competencia en relación coas empresas encargadas da xestión de SIEX. Como regra xeral, estas decisións dispensan do réxime de notificación previa ou comunicación das axudas de Estado á Comisión para as axudas que non superen un limiar económico.

Como regra especial, no caso de determinados servizos sociais –de asistencia sanitaria, de longa duración e infantil, así como os relativos á inserción laboral, vivendas sociais e inclusión social–, acódesse ao principio do «beneficio razoable» como criterio de dispensa de notificación e comunicación²⁸.

Non obstante, tal e como recorda a Comisión, «estas reducións e simplificacións só poden aplicarse se se lles atribuíu aos servizos en cuestión, en principio mediante un acto legal, unha misión que autentique o seu carácter de interese xeral»²⁹.

2.1.3 Comunicación «un marco de calidade para os servizos sociais de interese xeral en Europa»

A Comunicación de 2006 fixo, por primeira vez, unha referencia aos «servizos esenciais prestados directamente ás persoas». Deles afirmou que cumprían unha «función de prevención e de cohesión social, e [que] *achegaban* unha axuda personalizada para

facilitar a inclusión das persoas na sociedade e garantir a realización dos seus dereitos fundamentais»³⁰.

Houbo que esperar a 2011 para que a Comisión retomase a expresión «servizos ás persoas». Ao fío da preparación das directivas de contratos de cuarta xeración, propuxo nunha nova comunicación, a Comunicación de 2011, «un tratamento específico dos servizos sociais e sanitarios», é dicir, dos servizos ás persoas³¹. Estámonos a referir á comunicación, do 20 de novembro de 2011, «un marco de calidade para os servizos sociais de interese xeral en Europa». Nela a Comisión sostivo que os servizos sociais e sanitarios debían estar «suxeitos a un réxime máis sinxelo que terá en conta as súas características e funcións específicas»³².

2.2 *Hard law*

Neste estado de cousas aprobáronse as Directivas 2014/23/UE e 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro, relativas á adjudicación dos contratos de concesión e sobre contratación pública, as cales foron traspostas pola LCSP. Ambas as dúas disposicións de carácter xeral, comunitario e nacional constitúen os antecedentes normativos da acción concertada. Á primeira referirémonos como Directiva 2014/23/UE e á segunda como Directiva 2014/24/UE, e ás dúas como Directivas sobre contratación pública.

2.2.1 Directivas de contratación pública

Tal e como reflicte a parte expositiva das Directivas de contratación pública, «determinadas categorías de servizos, en concreto os servizos que se coñecen como servizos ás persoas, como certos servizos sociais, sanitarios e educativos, seguen tendo, pola súa propia natureza, unha dimensión transfronteiriza limitada. Os ditos servizos préstanse nun contexto particular que varía moito dun Estado membro a outro, debido ás diferentes tradicións culturais»³³.

A partir desta manifestación, as Directivas sobre contratación pública avogaron por establecer un réxime simplificado para os servizos de menor interese transfronteirizo. Estámonos a referir aos servizos sociais e outros específicos dos anexos IV e XIV das Directivas 2014/23/UE e 2014/24/UE. Como non podía ser doutra forma, os servizos ás persoas foron situados entre estes servizos. Adicionalmente, a Directiva 2014/24/UE previu a posibilidade de establecer reservas de participación na licitación dos servizos ás persoas³⁴.

Por ese motivo, a intervención comunitaria limitouse a impulsar unha serie de principios, como os de «transparencia e igualdade», e a velar por «garantir a innovación e (...) un alto nivel de calidade, seguridade e accesibilidade económica, a igualdade de trato e a promoción do acceso universal e dos dereitos dos usuarios»³⁵.

En paralelo á vía contractual, as Directivas de contratos públicos recoñecen que «os Estados membros e os poderes públicos seguen tendo liberdade para prestar por si

mesmos eses servizos [ás persoas] ou organizar os servizos sociais de maneira que non sexa necesario celebrar contratos públicos, por exemplo, mediante o simple financiamento destes servizos (...), sempre que ese sistema garanta unha publicidade suficiente e se axuste aos principios de transparencia e non discriminación»³⁶.

A referencia ao «simple financiamento» evoca o recurso á compensación financeira pública da Comunicación de 2006, como fórmula alternativa á delegación da misión social. É máis, a expresión «simple financiamento» é a que propiciou a publicación das distintas normas autonómicas relativas á acción concertada e provocou que a LCSP conteña unha habilitación para a súa aprobación.

2.2.2 Lei de contratos do sector público

Nas Directivas de contratación pública de cuarta xeración «hai pois unha chamada directa aos lexisladores nacionais para establecer unha regulación *ad hoc* [dos servizos ás persoas] que garanta os valores propios destes servizos (calidade, continuidade, accesibilidade, dispoñibilidade e exhaustividade)»³⁷.

As Cortes Xerais fixeron un uso limitado desta habilitación. Os servizos ás persoas inclúense entre os servizos especiais do anexo IV LCSP, os cales se corresponden cos servizos sociais e outros específicos das Directivas de contratación pública. A LCSP establece para os servizos ás persoas, na súa condición de contratos de servizos especiais, sete regras especiais e un criterio de delimitación para os contratos mixtos que conteñan prestacións de servizos especiais³⁸. Na súa consideración de contratos de servizos ás persoas, a LCSP engade, ademais, sete regras privativas para este tipo de servizos³⁹.

Finalmente, polo que respecta á acción concertada, esta foi excluída do LCSP. De acordo co seu artigo 11.6 LCSP, quedan excluídos desta «a prestación de servizos sociais por entidades privadas, sempre que se realice sen necesidade de asinar contratos públicos, a través, entre outros medios, do simple financiamento destes servizos (...), e que o dito sistema garanta unha publicidade suficiente e se axuste aos principios de transparencia e non discriminación».

É máis, a DA 49 LCSP habilita as CC. AA. para que regulen a acción concertada. Faino ao expresar que o establecido nela «non obsta para que as comunidades autónomas, no exercicio das competencias que teñen atribuídas, lexislen articulando instrumentos non contractuais para a prestación de servizos públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social».

3 ACCIÓN CONCERTADA

A acción concertada é o nome que as CC. AA. que regularon o recurso á compensación financeira pública dos servizos ás persoas lles deron aos instrumentos non contractuais para a prestación de servizos sociais e sanitarios.

As CC. AA. de Aragón, Asturias, Cataluña, Comunidade Valenciana, Madrid e A Rioxa aprobaron leis reguladoras da acción concertada como instrumento organizativo de

natureza non contractual⁴⁰. Aínda que non o afirme expresamente a súa lei de servizos sociais, tamén poden formalizarse este tipo de acordos de natureza non contractual nas comunidades autónomas de Baleares, Castela-A Mancha e Murcia⁴¹.

Non deben confundirse estes acordos de acción concertada cos concertos sociais regulados na normativa andaluza, cántabra, castelán-leonesa, galega, estremeña, murciana, navarra e vasca de servizos sociais⁴². Estas normas considéranos:

- Unha modalidade diferenciada do concerto do extinto contrato de xestión de servizos públicos (Andalucía, Galicia e País Vasco)⁴³.
- Unha forma de xestión indirecta de servizos públicos (Canarias, Cantabria, Navarra, Extremadura e Castela e León).

Entón, estas leis –usando as palabras da Comunicación de 2006– cando se refiren aos concertos sociais debe entenderse que se remiten aos delegados da misión social e, polo tanto, a contratos públicos.

Como sinala Pizarro, os concertos sociais son contratos administrativos especiais, aos cales se lles aplicará a LCSP como norma supletoria. Na súa opinión, «a diferenciación do concerto social non é razón para negar que é un auténtico contrato público, posto que estamos ante un negocio xurídico mediante o que a Administración asume determinados compromisos, fundamentalmente a asignación de fondos públicos para o sostemento dos centros concertados, mentres que as entidades prestadoras se comprometen a prover determinados servizos sociais aos usuarios. Esta estrutura sinalagmática é a propia dun contrato»⁴⁴.

Polo tanto, en principio, «entre as formas de prestación dos servizos (...) [ás persoas], distínguense os modos de xestión directa e os modos de xestión indirecta, intercalándose[se] agora entre eles (...) [a acción concertada], que sería unha forma á que se lle quere outorgar o tratamento de *tertium genus*»⁴⁵.

Esta afirmación, non obstante, non é pacífica. Entre outros, Díez Sastre entende que «a distinción entre formas de xestión directa e indirecta se apoia, fundamentalmente, na incorporación ou non dun actor alleo á organización pública na xestión dos servizos. Na media en que a acción concertada supón a colaboración cun terceiro que asume a prestación do servizo, a acción concertada é unha forma de xestión indirecta»⁴⁶.

Pois ben, esta discutida dualidade de réximes xurídicos –acción concertada e concertos sociais– como fórmulas de xestión dos servizos ás persoas fainos necesario abordar as súas características.

3.1 Lexislación autonómica

Antes e despois de que a DA 49 LCSP declarase formalmente que os servizos ás persoas podían xestionarse igualmente mediante fórmulas non contractuais, varias CC. AA. aprobaron normas con forza de lei reguladoras da acción concertada⁴⁷. Algunhas delas foron desenvolvidas regulamentariamente. A primeira comunidade autónoma en regular a acción concertada foi a aragonesa.

En calquera caso, na nosa opinión é «notorio, evidente, que (...) [as CC. AA.] *dispoñen* de suficiente hábito competencial como para regular a acción concertada para a prestación de servizos ás persoas»⁴⁸.

- i. Porque a normativa autonómica «sitúa a “acción concertada para a prestación de servizos ás persoas no ámbito sanitario” [e social] extramuros da normativa de contratación pública»⁴⁹. Non lle resulta aplicable o artigo 149.1.18 da Constitución (CE), no referente a competencia básica en materia de contratos e concesións.
- ii. Porque a acción concertada non é un título competencial que engarce coa competencia financeira estatal do artigo 133 CE. «A facultade de gasto público en mans do Estado non é título competencial autónomo que poida descoñecer, desprazar ou limitar as competencias materiais que correspondan ás comunidades autónomas»⁵⁰.
- iii. Porque a facultade para legislar en materia de acción concertada depende dos títulos competenciais subxacentes. No caso que nos ocupa, os títulos substantivos aplicables son a competencia exclusiva en materia de servizos sociais e de desenvolvemento legislativo e execución en materia de sanidade que todas as CC. AA. asumiron.
- iv. Porque, aínda que no plano adxectivo ou procedemental as CC. AA. deberían respectar a competencia estatal para fixar as bases do procedemento administrativo común do artigo 149.1.18 CE, non obstante, esta non se ditou. Ademais diso, tras a habilitación da DA 49 LCSP para que as CC. AA. legislen en materia de acción concertada, queda despexada calquera dúbida respecto á inaplicación da Lei 38/2003, do 17 de novembro, xeral de subvencións a aquela. Estamos ante manifestacións distintas da actividade de fomento.

Así o entendeu o Defensor do Pobo e a Administración Xeral do Estado⁵¹.

3.2 Características

De acordo coa lexislación aragonesa, asturiana, balear, catalá, madrileña, manchega, murciana e valenciana, os modelos de acción concertada son dous. O primeiro caracterízase por «primar as entidades sen ánimo de lucro. Faino, non obstante, con diferente intensidade»⁵²: adxudicando en caso de empate o acordo a unha entidade sen ánimo de lucro; excluindo da licitación as entidades con ánimo de lucro. O segundo permite participar e trata por igual as empresas e as entidades sen ánimo de lucro.

3.2.1 Prioridade

É aquel que recoñece unha preferencia na adxudicación ás entidades sen ánimo de lucro sempre que «existan análogas condicións de eficacia, calidade e rendibilidade social, así como de eficiencia orzamentaria»⁵³. Así ocorre, por exemplo, co decreto-lei catalán e a

lei balear de servizos ás persoas, neste último caso respecto dos «servizos declarados de interese económico xeral» (SIEIX)⁵⁴.

3.2.2 Reserva

Limita a posibilidade de formalizar acordos de acción concertada a entidades públicas ou sen ánimo de lucro. Así o prevén, entre outras, as normas aragonesa, asturiana e valenciana, e a balear en relación cos servizos non económicos de interese xeral (SNEIX)⁵⁵.

O establecemento de reservas ou prioridades non parece contravir as regras de competencia comunitarias. O TXUE, mesmo en sede de contratación pública, permite que os Estados membros reserven contratos a entidades sen ánimo de lucro cando o consideren oportuno para lograr atención personalizada e integral dos usuarios ou pacientes, o seu arraigamento no contorno de atención social, a continuidade na atención ou a calidade do servizo⁵⁶.

3.2.3 Indiferente

Rexe na Comunidade de Madrid, onde «as persoas físicas ou xurídicas de carácter privado, calquera que sexa a súa natureza xurídica», poden subscribir acordos de acción concertada⁵⁷.

Na nosa opinión, esta opción cando menos chama a atención posto que as empresas actúan no mercado porque teñen un ánimo de lucro. Non o fan de xeito altruísta.

É máis, a súa presenza permite intuír que detrás do reembolso dos custos pode haber unha verdadeira retribución.

4 DOCTRINA ASADE

A doutrina ASADE arranca con senllas cuestións prexudiciais formuladas ao TXUE polos AATSX da Comunidade Valenciana e Aragón de 30 de xullo e 23 de novembro de 2020, respectivamente. Estes autos, pola súa vez, son consecuencia de dous recursos contencioso-administrativos promovidos por ASADE, a Asociación Estatal de Entidades de Servizos de Atención a Domicilio.

A ASADE recorreu para defender a participación das entidades con ánimo de lucro nos acordos de acción concertada no ámbito social. Para iso argumentou que os acordos de acción concertada tiñan natureza contractual. En concreto, recorreu contra:

- i. O Decreto 181/2017, do Consell, do 17 de novembro, polo que se desenvolve a acción concertada para a prestación de servizos sociais no ámbito da Comunidade Valenciana por entidades de iniciativa social (DACVal).
- ii. O Decreto 62/2017, do 11 de abril, do Goberno de Aragón, sobre acordos de acción concertada de servizos sanitarios e convenios de vinculación con entidades públicas e entidades sen ánimo de lucro⁵⁸.

A resposta ás cuestións prexudiciais deu lugar á doutrina ASADE, emanada da STXUE ASADE I e o ATXUE ASADE II do 14 de xullo de 2022 e do 31 de marzo de 2023, respectivamente⁵⁹.

4.1 Xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea

O punto de partida da doutrina ASADE é a autonomía do dereito comunitario para definir o que é un contrato, de sorte que «a cualificación polo dereito interno (*nomen iuris*) non impide ao Tribunal [de Xustiza da Unión Europea] indagar e apreciar a verdadeira natureza desa figura, de acordo co dereito europeo»⁶⁰.

A partir de aquí, sinala os seguintes criterios sobre: a primacía do ser sobre a denominación das cousas; os requisitos para ser considerado un negocio como contrato de servizos oneroso e, en consecuencia, estar suxeito ao réxime simplificado da Directiva 2014/24/UE; os servizos excluídos da Directiva 2014/24/UE por formaren parte dun sistema da seguridade social; e a resposta dada polo TXUE á cuestión prexudicial formulada polos TSX da Comunidade Valenciana e Aragón sobre a acción concertada.

4.1.1 Realidade das cousas

Para o TXUE, o importante é a realidade das cousas, e a afirmación de que os acordos de acción concertada «constitúen “instrumentos organizativos de natureza non contractual” non basta para que queden fóra do ámbito de aplicación da Directiva 2014/24»⁶¹.

Como afirma Garrido, «non chega con cambiar o *nomen iuris* do negocio xurídico (...) nin proclamar que (...) é unha modalidade de xestión indirecta distinta das previstas na normativa de contratos do sector público». Por iso, para esta autora, «a postura adoptada por algúns lexisladores autonómicos é errónea e de necesaria rectificación neste punto»⁶².

No mesmo sentido, Darnacullea sostén que «a determinación de se un instrumento xurídico ten natureza contractual ou non contractual e, polo tanto, está suxeito ou non ás directivas europeas de contratación, non está en mans do lexislador estatal ou autonómico»⁶³.

4.1.2 Contratos onerosos de servizos

Auízo do TXUE, só estarán suxeitos á Directiva 2014/24/UE os contratos onerosos de servizos sempre que, no marco dunha actividade económica, tras un procedemento de concorrencia competitiva, se lle encomende a un operador a realización dunha prestación de facer distinta unha obra ou subministración a cambio dunha contraprestación.

Se concorren estes requisitos –concorrencia competitiva, actividade económica e relación sinalagmática–, o negocio estará suxeito ás directivas de contratación pública sempre que teña dimensión transfronteiriza.

4.1.2.1 Concorrencia competitiva

Segundo sinala o TXUE, «a elección dunha oferta –e, polo tanto, dun adxudicatario– é un elemento intrinsecamente vinculado ao réxime de contratos públicos»⁶⁴. Por iso, «os procedementos mediante os cales o poder adxudicador renuncia a comparar e clasificar as ofertas admisibles e a designar o operador (...) non están comprendidos no ámbito de aplicación» da Dir. 2014/24/UE⁶⁵.

4.1.2.2 Actividades económicas

Tal e como afirma o TXUE, tratándose de contratos de servizos, o concepto de servizos «debe interpretarse á luz da libre prestación de servizos establecidos no artigo 56 TFUE, cuxo ámbito de aplicación se limita ás actividades económicas»⁶⁶.

O anterior significa: desde un punto de vista negativo, que «a libre prestación de servizos [–e a Dir. 2014/24/UE–] non se estende[n] a actividades (...) relacionadas (...) co poder público»; e desde un punto de vista positivo, «que debe tratarse de «prestacións de servizos [susceptibles de seren] realizadas a cambio dunha retribución sen que sexa necesario, ademais, que sexa pagada polo seu beneficiario»⁶⁷.

Ademais, «a circunstancia de que o contrato se asine cunha entidade sen ánimo de lucro non exclúe que a dita entidade poida exercer unha actividade económica»⁶⁸. Así mesmo, «poden considerarse actividades económicas os servizos (...) que (...) se prestan en interese público e sen ánimo de lucro»⁶⁹.

4.1.2.3 Relación sinalagmática

«En terceiro lugar, [para o TXUE,] o carácter oneroso dun contrato público supón que cada unha das partes se obriga a realizar unha prestación en contrapartida doutra prestación, sen excluír, non obstante, que a contrapartida do poder adxudicador consista unicamente no reembolso dos gastos soportados por prestar o servizo pactado»⁷⁰.

4.1.2.4 Liberdade de organización dos sistemas de seguridade social

Finalmente, o TXUE advirte que a «Directiva non afectará ao xeito en que os Estados membros organizan os seus sistemas de seguridade social (...), [así como que] as actividades dos organismos xestores dun réxime de seguridade social non constitúen, en principio, actividades económicas cando se basean no principio de solidariedade e tales actividades están sometidas ao control do Estado»⁷¹. Non obstante, «non acontece necesariamente así no caso de prestacións sociais específicas que levan a cabo operadores privados e cuxo custo asume ben o propio Estado, ben eses organismos (...) [porque] a consecución dunha finalidade social ou a toma en consideración do principio de solidariedade (...) non impide, en canto tal, considerar como actividade económica esa prestación»⁷².

4.1.3 Resposta ás cuestións prexudiciais

Chegados a este punto, analizadas as características dos contratos de servizos, a STXUE ASADE I conclúe que, *prima facie*, «unha parte polo menos dos servizos sociais de asistencia ás persoas que poden ser obxecto dun acordo de acción concertada están comprendidos no ámbito dos servizos enumerados no anexo XIV da Directiva 2014/24»⁷³. O ATXUE ASADE II, pola súa banda, entende que, tamén, «unha parte polo menos dos servizos sanitarios e servizos de colaboración e apoio á prestación sanitaria (...) está comprendida no ámbito dos servizos enumerados no anexo XIV»⁷⁴.

Deste modo, estas decisións quedaron nunha declaración de principios, porque «por lamentable que sexa, a falta de enumeración nas *peticións das decisións prexudiciais* de categorías precisas de servizos de asistencia ás persoas», lle impediu efectuar un pronunciamiento acertado sobre servizos sociais ou sanitarios concretos⁷⁵.

Tal e como afirma Lazo, o TXUE mostrouse pouco clarificador no caso ASADE. Probablemente para “evitar pechar as portas a futuras interpretacións” nun ámbito caracterizado por tantas singularidades nacionais como o dos servizos ás persoas»⁷⁶.

En definitiva, a doutrina ASADE I e ASADE II resúmese como segue:

«Os artigos 76 e 77 da Directiva 2014/24/UE (...) non se opoñen a unha normativa nacional que lles reserva ás entidades sen ánimo de lucro a facultade de celebrar, con observancia dos principios de publicidade, de competencia e de transparencia, acordos en virtude dos cales esas entidades prestan servizos sociais ou sanitarios de interese xeral, a cambio do reembolso dos custos que soportan, sexa cal sexa o valor estimado deses servizos, cando a utilización de tales acordos persiga satisfacer obxectivos de solidariedade, sen mellorar necesariamente a adecuación ou a eficiencia orzamentaria da prestación dos ditos servizos respecto do réxime de aplicación xeral aos procedementos de adxudicación de contratos públicos, sempre que,
- por unha parte, o marco legal e convencional no que se desenvolve a actividade desas entidades contribúa efectivamente á finalidade social e á consecución dos obxectivos de solidariedade e de eficiencia orzamentaria que sustentan esa normativa e,
- por outra banda, se respecte o principio de transparencia, tal como se precisa, en particular, no artigo 75 da mencionada directiva»⁷⁷.

4.2 Xurisprudencia do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana

O TSX da Comunidade Valenciana, unha vez respondida, pola STXUE ASADE I, a cuestión prexudicial sobre o DACVal, ditou cinco sentenzas:

- i. As SSTSX da Comunidade Valenciana 339/2023, do 29 de xuño, e 342/2023, do 30 de xuño, declararon parcialmente nulo o citado regulamento de acción concertada⁷⁸.

- ii. As SSTSX da Comunidade Valenciana 352/2023, 353/2023 e 354/2023, todas elas do 30 de xuño, anularon tres convocatorias concretas da acción concertada por falta de publicidade, por duración superior do contrato a 3 anos e por adxudicar este ao antigo prestador do servizo⁷⁹.

As SSTSX da Comunidade Valenciana 339/2023, de 29 de xuño, e 342/2023, do 30 de xuño, como consecuencia da cualificación contractual da acción concertada suxeita a regulación harmonizada provocaron as seguintes consecuencias xurídicas na normativa reguladora destes instrumentos: anulación da indemnidade patrimonial, obriga de publicar no DOUE os acordos de acción concertada, prohibición de puntuar o arraigamento local e limitación dos acordos a tres anos sen posibilidade de volverlos adxudicar ao mesmo prestador do servizo.

Deixando de lado cuestións concretas, o relevante da xurisprudencia do TSX da Comunidade Valenciana radica en considerar que «a acción concertada cuxo valor estimado iguale ou supere o limiar comunitario (...) será contrato suxeito a regulación harmonizada»⁸⁰.

Deste xeito, crea unha rocambolesca situación en virtude de cal, para os efectos da LCSP: os acordos de acción concertada non suxeitos a regulación harmonizada son un «instrumento organizativo de natureza non contractual»; e estes mesmos acordos, se o seu valor estimado alcanza os 750.000 euros, son contratos de réxime simplificado da Directiva 2014/24/UE, suxeitos aos seus artigos 74 a 77.

Ademais, tanto a uns como outros instrumentos, estean ou non estean suxeitos a regulación harmonizada, non se lles aplica a LCSP porque a DA 49 LCSP, dedicada á acción concertada, permite que esta non se rexa pola normativa reguladora da contratación pública.

Ademais, esta afirmación predicaa de todos os servizos sociais e sanitarios comprendidos na acción concertada. É máis, chega a esta conclusión, a pesar de que a STXUE ASADE I e o ATXUE ASADE II resolveron que só «unha parte polo menos dos servizos sociais [e sanitarios] obxecto de acción concertada estaba comprendida no ámbito dos servizos enumerados no anexo XIV»⁸¹.

Dito isto, hai que advertir que as citadas resolucións non son firmes. A día de hoxe están pendentes de admisión os recursos de casación interpostos pola Generalitat Valenciana e ASADE, xa que nin unha nin outra están conformes coa xurisprudencia sentada polo TSX da Comunidade Valenciana.

5 RECONSIDERACIÓN DA ACCIÓN CONCERTADA

Vista a doutrina ASADE –e tamén a aplicación desta que fixo o TSX da Comunidade Valenciana– aparecen dous escenarios, asumir a STXUE ASADE I e o ATXUE ASADE II, ou repensar a lexislación sectorial tendo en conta a definición de contrato público derivada destas e efectuar as oportunas modificacións lexislativas.

5.1 Asumir a doutrina ASADE

O primeiro dos escenarios propostos pasa por asumir a STXUE ASADE I e o ATXUE ASADE II. Nese caso o que procederá será analizar cada un dos servizos ás persoas e ver cales deben configurarse como contratos e cales non.

Do que se escribiu ata agora, o criterio máis prudente é defendido por Tolivar e Cueto. Estes autores polo menos recoñecen un ámbito propio á acción concertada, distinto do dos contratos ás persoas.

Tanto un como outra, referíndose aos servizos ás persoas, entenden que as «Directivas sobre contratación pública lles dan un novo tratamento, preservando en todo caso o seu necesario sometemento aos principios de transparencia e igualdade de trato, pero con marxe para a súa organización ben como servizos de interese xeral non económicos, caso en que se permite o uso de fórmulas non contractuais na prestación destes, como o seu financiamento ou a propia acción concertada (...), ben como servizos de interese económico xeral, caso en que se permiten especialidades procedementais, como a reserva a favor de determinadas entidades»⁸².

5.2 Repensar a lexislación reguladora da acción concertada

«Quizais chegara o momento de redefinir a relación entre os dereitos sociais a nivel da Unión Europea e o mercado interior, o que, obviamente, afecta tamén á contratación pública», e por que non, á acción concertada⁸³.

Para iso cómpre atopar un acomodo a este instrumento organizativo de natureza non contractual, o que require –vista a doutrina ASADE, e a súa interpretación polo TSX da Comunidade Valenciana– marcar unha liña vermella que permita distinguilos dos contratos ás persoas.

Hoxe en día o punto de partida é a habilitación da DA 49 LCSP ás comunidades autónomas, para que regulen a acción concertada como «instrumentos non organizativos de natureza contractual», a cal atopa a súa orixe no *Libro branco*. Nel, en 2004, xa dixo a Comisión que «a prestación de servizos de interese xeral *podía* xestionarse en concertación co sector privado ou encomendarse a empresas públicas ou privadas»⁸⁴.

A partir de aquí, habería que articular a acción concertada de xeito que opere como unha compensación financeira pública, nos termos descritos pola Comunicación de 2006.

Segundo o noso parecer, a consideración da acción concertada como un *tertium genus* entre a xestión directa e indirecta dos servizos ás persoas pasa por catalogar a acción como unha manifestación da actividade de fomento⁸⁵.

Para cualificar unha relación como contractual, en ocasións o «criterio da onerosidade debe complementarse con outros criterios», en particular co do obxecto da prestación. Por iso unha prestación determinada poderá cualificarse como acción concertada «sempre que o seu obxecto (...) non coincida co dos contratos regulados na Lei de contratos do sector público»⁸⁶, e no caso que nos ocupa, ante unha xestión indirecta de servizos públicos.

Estaremos ante unha xestión indirecta dun servizo público se o vínculo coa Administración canaliza, en todo ou parte do territorio, total ou parcialmente, a provisión de prazas da rede pública de atención. Xa sexa porque os recursos de titularidade pública son inexistentes ou insuficientes, ou porque se entenda que un particular xestiona con maior eficiencia unha determinada actividade. En ambos os dous supostos «é a Administración a que proporciona (...) a fonte de ingresos á empresa privada que accede á xestión e explotación (...) garantíndolle *ab initio* a produción xeradora dos ingresos xa que a poboación asistencial está asegurada» pola Administración⁸⁷. Así ocorre cando se producen «remisións» ou «derivacións» de pacientes ou usuarios do tratamento dos cales é responsable a Administración.

Pola contra, se o adxudicatario da acción concertada actúa en paralelo, e non de xeito subordinado a unha Administración, existirá unha manifestación da actividade de fomento coñecida como acción concertada. Para que iso sexa así, o prestador do servizo debe ter gran liberdade para organizalo, así como para admitir ou rexeitar solicitudes.

Baixo estas premisas prodúcese unha relación directa entre un cidadán e un prestador de servizos sociais ou sanitarios porque a súa actividade non está mediatizada por unha Administración, a cal se limita a financiar unha actividade de interese xeral. No caso contrario, se é a Administración a que controla o acceso ao servizo ou determina as características deste, o prestador do servizo actuará para a Administración e non para o cidadán.

5.3 Modificar a normativa sectorial

Do escrito ata agora pode concluírse que, se un terceiro colabora coa Administración, dispendo de liberdade de organización para prestar a actividade, así como para sinalar os criterios de admisión e determinar o número de persoas ás que pensa atender, as máis das veces, o instrumento axeitado será a acción concertada.

Nestes casos actúase de xeito complementario e con autonomía respecto da Administración. O destinatario inmediato da prestación é a cidadanía. Pola contra, na xestión indirecta dun servizo público as persoas son só destinatarios mediatos do servizo. Este préstase á Administración e só de maneira reflexa se beneficia a cidadanía.

Agora ben, vistos os antecedentes –e en particular a postura do TXUE e do TSX da Comunidade Valenciana–, parece necesario introducir certas modificacións legislativas co fin de evitar que, pola forma en que actúa un adxudicatario da acción concertada, a súa actividade sexa considerada, total ou parcialmente, un contrato ás persoas.

Neste sentido, non parece idóneo definir a acción concertada como un instrumento «a través do cal as administracións (...) poderán organizar a prestación de servizos (...) fixando o seu financiamento, acceso de persoas usuarias e control baixo a súa competencia e responsabilidade pública»⁸⁸.

Tampouco cremos que sexa oportuno reflectir nunha norma reguladora de acción concertada que a Administración «poderá organizar a prestación de servizos (...) cuxo

financiamento, acceso e control sexan da súa competencia, axustándose ao procedemento e requisitos» establecidos por ela⁸⁹.

Na nosa opinión, non procede afirmar que a acción concertada é subsidiaria á xestión directa ou indirecta dunha actividade de interese xeral xa que o seu recurso non debería estar «*subordinado*, con carácter previo, á utilización óptima dos recursos propios»⁹⁰. É unha modalidade alternativa de satisfacer necesidades sociais.

Segundo o noso parecer, na acción concertada non pode corresponder á Administración a «reserva (...) de prazas para a súa ocupación polas persoas (...) cuxo acceso *sexa* autorizado polas administracións públicas».

En definitiva, se «os Estados membros (...) seguen sendo libres de prestar eles mesmos (...) [os] servizos [de interese xeral] ou de organiza[los] (...) sen asignar [contratos ou] concesións, por exemplo a través do simple financiamento destes», a acción concertada ten cabida no dereito español e comunitario sempre que se configure como unha verdadeira manifestación de fomento⁹¹.

6 BIBLIOGRAFÍA

- Berberoff Ayuda, D. 2018. «La doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en J.M. Gimeno Feliu, *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Carlón Ruiz, M. 2016. «La gestión de los servicios públicos: sus condicionantes en el contexto de la transposición de las directivas sobre contratación pública», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 59.
- Darnacullea Garneda, M.M. 2021. «Las nuevas modalidades de gestión de los servicios a las personas en la legislación autonómica de servicios sociales: especial referencia a la acción concertada», en *Revista Catalana de Dret Públic*, 62.
- Díez Sastre, S. 2019. «La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios públicos sanitarios», en A. Agulló Agüero e E. Marco Peñas (coords.), *Financiación de la Sanidad. Tributación, control de gasto y reparto constitucional de poder financiero*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Domínguez Martín, M. 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», en *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.
- Gallego Anabitarte, A. 1980. «La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo», en *Homenaje a Galván Escutia Javier*. Valencia: Universidade de Valencia.
- Garrido Juncal, A. 2017. «Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate», en *Revista Catalana de Dret Públic*, 55.

- Garrido Juncal, A. 2020. *Los servicios sociales en el s. XXI: Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Gimeno Feliu, J.M. 2015a. «Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», en *Derecho y Salud*, 25 (extra 1).
- Gimeno Feliu, J.M. 2015b. «La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales», en *Observatorio de Contratación Pública*, 11 de maio de 2015.
- Gimeno Feliu, J.M. 2018. «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 52.
- Gimeno Feliu, J.M. 2023. «Acción concertada con entidades sin ánimo de lucro y proceso de contratación», en *Aranzadi digital*, 1.
- Guardia Hernández, J.J. e Manent Alonso, L. 2015. «La cesión de suelo público dotacional para la apertura de centros docentes concertados: Una nueva manifestación del Estado garante», en *Revista Catalana de Dret Públic*, 51.
- Hernández González, F. 2017. «La adjudicación directa de contratos públicos a las entidades sin ánimo de lucro», en J.C. Laguna de Paz, I. Sanz Rubiales e I. de los Mozos Touya (coords.), *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. Madrid: Reus.
- Jordana de Pozas, L. 1949. «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», en *Revista de estudios políticos*, 48.
- Lazo Vitoria, X. 2016. «La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública», en *Observatorio de Contratación Pública*, 11 de novembro de 2016. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/relcategoria.208/chk.8a6aff1570d54bca8a49d120e58dc58c> (Acceso el 29 de septiembre de 2018).
- Lazo Vitoria, X. 2023. «Prestación de servicios a las personas: ¿concierto social o contrato?», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 20.
- Manent Alonso, L. 2016. «Los intereses de demora de la prestación farmacéutica ambulatoria», en *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, 61.
- Manent Alonso, L. 2017. «La influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la configuración de la acción concertada en los servicios sociales», en *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, 62.
- Manent Alonso, L. 2018. «Principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV», en M.A. Recuerda Girela (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de contratos del sector público*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Manent Alonso, L. e Tenhaeff Lackschewitz, S. 2018. «Los contratos para la gestión de los servicios públicos», en J.F. Mestre Delgado e L. Manent Alonso (dirs.), *La Ley de contratos del sector público. Aspectos novedosos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Mendoza Jiménez, J. e Gutiérrez Santana, I.O. 2023. «Los conciertos sociales, novedades jurídicas y sus implicaciones», en *Gabilex*, 34.
- Pizarro Nevado, R. 2020. «El concierto social para la prestación de la atención infantil temprana en Andalucía», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 14.
- Morote Sarrión, J.V. 2018. «Consideraciones sobre la figura de la acción concertada en el ámbito del servicio público sanitario público sanitario de la Comunidad Valenciana», en *Jornadas sobre Novedades de la Ley de Contratos de Sector Público*. Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 8 de marzo de 2018.
- Salas Hernández, J. 1968. «El régimen de la acción concertada», en *Revista de Administración Pública*, 56.
- Tolivar Alas, L. e Cueto Pérez, M. 2020. «Presentación», en L. Tolivar Alas e M. Cueto Pérez (dirs.), *La prestación de servicios sociosanitarios: nuevo marco de la contratación pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

- 1 Garrido Juncal, 2020: 215.
- 2 *Ídem*.
- 3 Garrido Juncal, 2020: 223.
- 4 *Libro blanco sobre os servizos de interese xeral*, do 12 de maio de 2004, COM (2004) 374 final. Non publicado no *Diario Oficial da Unión Europea* (DOUE). Dispoñible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0374&from=ES> (Acceso o 28 de xaneiro de 2024).
- 5 Par. 40 STXUE Blanco Pérez e Chao Gómez do 1 de xuño de 2010 (as. C.570/07 e C-571/07)
- 6 Apartado 2.2 do *Libro blanco*.
- 7 Comunicación da Comisión, do 26 de abril de 2006, sobre os servizos sociais de interese xeral, COM (2006) 177 final. Non publicada no DOUE. Dispoñible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52006DC0122> (Acceso o 28 de xaneiro de 2024).
- 8 A Comunicación de 2006 é continuación do *Libro blanco*. Nel efectuábase unha «formulación sistemática de cara á determinación e o recoñecemento das características específicas dos servizos sociais e sanitarios de interese xeral, e precisar o marco no que eses servizos *funcionaban* e *poderían* modernizarse. O dito enfoque plasmarase nunha Comunicación sobre servizos sociais de interese xeral, incluídos os servizos sanitarios, que se *debería ter adoptado* no transcurso de 2005» (ap. 4.4 do *Libro blanco*). Na Comunicación de 2006, aínda que desenvolvía o *Libro blanco* –e, polo tanto, debía abranguer non só os servizos sociais senón tamén os sanitarios– «tras a votación do Parlamento Europeo en primeira lectura da proposta de Directiva sobre os servizos no mercado interior, o 16 de febreiro de 2006, a Comisión excluíu os servizos sanitarios do ámbito de aplicación» (introdución da comunicación).
- 9 «O dereito comunitario reconece tres categorías de servizos de interese xeral (SIX): económicos, non económicos e sociais. Os servizos de interese económico xeral (SEIX) son servizos básicos que se prestan a cambio dunha remuneración (por exemplo, os servizos postais). Aínda que están suxeitos ás normas europeas de competencia e mercado interior, cando sexa necesario poden facerse excepcións para garantir o acceso dos cidadáns aos servizos básicos. Os servizos non económicos (SNEIX) –por exemplo, a policía, a xustiza e os réximes obrigatorios de seguridade social– non están sometidos a ningunha lexislación europea específica nin ás normas de competencia e mercado interior. Os servizos sociais de interese xeral (SSIX) atenden ás necesidades dos cidadáns máis vulnerables e baséanse nos principios de solidariedade e igualdade de acceso. Poden ser tanto económicos como non económicos. Como exemplos, cabe citar os réximes de seguridade social, os servizos de emprego e a vivenda social». Manent Alonso, 2018: 2133 (nota a pé de páxina 136).
- 10 Manent Alonso e Tenhaeff Lackschewitz, 2018: 204.
- 11 Carlón Ruiz, 2016: 48.
- 12 Ap. 1.1 da Comunicación.
- 13 Manent Alonso, 2017: 219.
- 14 A xestión directa e a prestación autónoma (recurso á regulación de mercado) dos SSIX exceden o labor deste traballo. Non existe un vínculo, contractual ou non contractual, que deba ser cualificado xuridicamente para os efectos de individualizar a acción concertada doutras formas de xestión dos servizos ás persoas.
- 15 Ap. 2.2.1 da Comunicación de 2006.
- 16 *Cfr.* ap. 2.2 do *Libro blanco*.
- 17 Ap. 2.2.1 da Comunicación de 2006.
- 18 Gimeno Feliú, 2018.
- 19 Gimeno Feliú, 2015a: 76.
- 20 Considerandos 54 e 114 das Directivas 2014/23/UE e 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro, relativas á adjudicación dos contratos de concesión e sobre contratación pública.
- 21 Ap. 2.2.2 da Comunicación de 2006.
- 22 Ap. 2.2 do *Libro blanco*.
- 23 Enténdese por actividade de fomento aquela «acción da Administración encamiñada a protexer ou promover aquelas actividades, establecementos ou riquezas debidos aos particulares e que satisfán necesidades públicas ou se consideran de utilidade xeral, sen usar da coacción nin crear servizos públicos». Jordana de Pozas, 1949: 46.
- 24 Jordana de Pozas, 1949: 46.

- 25 Sobre a aplicación das disposicións relativas ás axudas de Estado aos SSIX que se xestionen mediante contratos públicos, sociedades de economía mixta e concesións é interesante consultar as seccións 4 a 6 (preguntas 198 a 227) do documento de traballo dos servizos da Comisión *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*. Non publicada no DOUE. Dispoñible en: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_es.pdf (Acceso o 28 de xaneiro de 2024).
- 26 Ap. 2.2.2 da Comunicación de 2006.
- 27 Art. 106.2 TFUE.
- 28 Cfr. decisión da Comisión, do 20 de decembro de 2011, relativa á aplicación das disposicións do artigo 106.2 TFUE ás axudas estatais en forma de compensación por servizo público concedidas a algunhas empresas encargadas da xestión de servizos de interese económico xeral (DOUE do 11 de xaneiro de 2012).
- 29 Ap. 2.2.2 da Comunicación de 2006.
- 30 Ap. 1.1 da Comunicación de 2006.
- 31 Ap. 1.2 da Comunicación da Comisión, do 20 de decembro de 2011, «Un marco de calidade para os servizos sociais de interese xeral en Europa». Non publicada no DOUE. Dispoñible en: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0900_/com_com\(2011\)0900_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0900_/com_com(2011)0900_es.pdf) (Acceso o 28 de xaneiro de 2024).
- 32 Ap. 1.2 da Comunicación de 2011.
- 33 Considerando 114 da Directiva 2014/24/UE
- 34 A posibilidade de establecer reservas de participación considérase no art. 77 da Directiva 2014/24/UE. Esta, dentro dos preceptos que dedica aos servizos especiais e outros específicos (arts. 74 a 77), dedica un deles –o art. 77– ás reservas de participación. O art. 77 permite aos Estados membro reservar a licitación a entidades sen ánimo de determinados contratos de «servizos sociais, culturais e de saúde».
- 35 Considerando 53 da Directiva 2014/23/UE.
- 36 Considerandos 54 e 114 das Directivas 2014/23/UE e 2014/24/UE.
- 37 Lazo Vitoria, 2016.
- 38 Os servizos especiais singularízanse respecto dos demais contratos «de réxime xeral» por sete regras propias. As tres primeiras proxectáanse sobre os contratos de servizos, as tres seguintes sobre as concesións de servizos. A última aplícase tanto aos contratos como ás concesións de servizos. As singularidades son as seguintes: 1) limiar de harmonización superior (art. 221 c LCSP); 2) vixencia superior do anuncio de información previa (art. 134.6 *in fine* LCSP); 3) criterios de adxudicación relacionados coa calidade (art. 145.4 *in fine* LCSP); 4) procedemento restrinxido como procedemento ordinario de adxudicación (art. 131.2 LCSP); 5) contido e carácter do anuncio de información previa (art. 135.5 e DA 36 LCSP); 6) principios específicos de adxudicación e execución (DA 47 LCSP); 7) dispensa de publicación no DOUE da modificación do contrato ou a concesión (art. 207.3 LCSP). Complementariamente a estas sete regras especiais, a LCSP sinala como criterio delimitador dos contratos mixtos (art. 18.1 a LCSP).
- 39 Os contratos ás persoas, ademais das regras excepcionais como servizos especiais, beneficiáanse de catro regras propias. Son as seguintes, a primeira para os contratos de servizos, a terceira para as concesións de servizos e as restantes para contratos e concesións: 1) prazo de duración superior (art. 29.4 LCSP); 2) dispensa de constitución de garantía definitiva (art. 107.1 LCSP); 3) obriga de utilizar varios criterios de adxudicación (art. 145.3 g LCSP); 4) causa específica do procedemento de licitación con negociación (art. 167 f LCSP); 5) obriga de prestar o servizo coas características propias dos servizos públicos (art. 312 LCSP); 6) posibilidade de incluír principios específicos de adxudicación e execución (DA 47 LCSP); 7) reservas de participación (DA 48 LCSP).
- 40 Refírense á acción concertada como concertos sociais: o Decreto-lei 3/2016, do 31 de maio, da Generalitat de Cataluña, de medidas urgentes en materia de contratación pública (DLCat); a Lei 7/2009, do 22 de decembro, de servizos sociais da Rioxa (LSSRioxa); a Lei 14/2010, do 16 de decembro, de servizos sociais de Castela-A Mancha (LSSC-M); Lei 3/2021, do 29 de xullo, de servizos sociais da Rexión de Murcia (LSSMur); e a Lei 12/2022, do 21 de decembro, de servizos sociais da Comunidade de Madrid (LSSMad). Para simplificar a comprensión do artigo, nós utilizaremos o termo acción concertada para os instrumentos de natureza non contractual e concerto social para os de carácter contractual.
- 41 Pola súa orde de aprobación, a lexislación autonómica reguladora da acción concertada como instrumento non contractual é a seguinte: 1) Decreto-lei 1/2016, do 17 de maio, do Goberno de Aragón, sobre acción concertada para a prestación ás persoas de servizos de carácter social e sanitario. A súa tramitación como proxecto de lei deu lugar á Lei 11/2016, do 15 de decembro (LACara); 2) DDAA 3 e 4 DLCat; 3) Decreto-lei 7/2016, do 4 de novembro, do Consell, sobre acción concertada para a prestación de servizos ás persoas no ámbito sanitario, da Comunidade Valenciana. Posteriormente, ao ser tramitado como proxecto de lei, foi substituído pola Lei 7/2017, do 30 de marzo, da Generalitat Valenciana (LACVal); 4) Arts. 62 a 68 da Lei 5/1997, de 25 de xuño, da Generalitat Valenciana, pola que se regulou o sistema de servizos sociais no ámbito da Comunidade Valenciana, redactados pola Lei 13/2016, do 29 de decembro, de medidas fiscais, de xestión administrativa e financeira, e de organización da Generalitat (LSSVal). Na actualidade estas normas están derogadas e os preceptos de aplicación son os arts. 87 a 91 da Lei 3/2019, do 18 de febreiro, da Generalitat Valenciana, de servizos sociais inclusivos da Comunidade Valenciana; 5) Cap. I da Lei 12/2018, do 15 de novembro, de servizos ás persoas no ámbito social na Comunidade Autónoma das Illas Baleares (LSPBal); 6) Lei 3/2019, do 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sen ánimo de lucro para a prestación de servizos de carácter social, do Principado de Asturias (LACast); 7) Arts. 61 ter e cuater LSSRioxa, redactados pola Lei 2/2020, do 30 de xaneiro 8); Art. 42 LSSC-M, na redacción dada pola Lei 4/2021, do 25 de xuño; 9) Art. 69 LSSMur 10) Arts. 72 a 76 LSSMad. A Lei balear de servizos ás persoas no ámbito social, aínda que non afirma que os acordos de acción concertada sexan instrumentos organizativos de natureza non contractual, este carácter debe entenderse implícito, xa que o diferencia da contratación pública de servizos sociais dirixida ás persoas. Para tal efecto, en senllos capítulos regula a xestión de servizos sociais ás persoas mediante acción concertada e as regras específicas de contratación pública de servizos sociais dirixidos ás persoas. De feito, o acordo da Comisión Bilateral de Cooperación Administración Xeral do Estado–Comunidade Autónoma das Illas Baleares, do 30 de xullo de 2019, en relación coa Lei 12/2018 do Parlamento Balear, publicada no *Boletín Oficial del Estado* (BOE) do 26 de setembro de 2019, concluíu que os acordos da acción concertada non están suxeitos á LCSP. Non o están porque «cumpre cos requisitos que establece o artigo 11.6 da LCSP», isto é, «servizos sociais [prestados] por entidades privadas (...) sen necesidade de asinar contratos públicos, a través (...) do simple financiamento destes servizos». A LSSC-M, e LSSMur gardan silencio sobre a natureza dos concertos sociais. O seu carácter non contractual recoñécese: no art. 1.3 do Decreto 52/2021, de 4 de maio, polo que se regula o concerto social para a xestión de servizos sociais e atención ás persoas en situación de dependencia en Castiella-La Mancha (DACM); exp. mots. do Decreto 62/2019, do 3 de maio, polo que se establece o réxime xurídico dos concertos sociais na Rexión de Murcia, en materia de protección e reforma do menor.
- 42 Pola súa orde de aprobación, a lexislación autonómica reguladora dos concertos sociais como instrumento contractual é a seguinte: 1) Arts. 61 a 68 da Lei 12/2008, do 5 de decembro, de servizos sociais do País Vasco; 2) Arts. 33 bis a 33 octies da Lei 13/2008, do 3 de decembro, de servizos sociais de Galicia, redactados pola Lei 8/2016, do 8 de xullo; 3) Arts. 101 a 106 da Lei 9/2016, do 27 de decembro, de servizos sociais de Andalucía; 4) Lei foral 13/2017, do 16 de novembro, de concertos sociais nos ámbitos de saúde e servizos sociais; 5) Arts. 54 a 62 da Lei 2/2007, do 27 de marzo, de dereitos e servizos sociais de Cantabria, na redacción dada pola Lei 9/2017, do 26

- de decembro; 6) Lei 13/2018, do 26 de decembro, de concertos sociais para a prestación de servizos ás persoas nos ámbitos social, sanitario e sociosanitario en Extremadura; 7) Arts. 63 a 69 da Lei 16/2019, do 2 de maio, de servizos sociais de Canarias (LSSCan).
- 43 Aínda que a LSSCan garda silencio sobre a natureza dos concertos sociais, o art. 1 do Regulamento do concerto social no ámbito dos servizos sociais da Comunidade Autónoma de Canarias, aprobado polo Decreto 144/2021, do 29 de decembro, considera o concerto social como unha modalidade de xestión indirecta.
- 44 Pizarro Nevado, 2020: 102.
- 45 Garrido Juncal, 2020: 219.
- 46 Díez Sastre, 2019: 252.
- 47 Lazo cuestiona, referíndose á lexislación autonómica reguladora da acción concertada, se «pode o lexislador autonómico establecer que unha determinada figura se atopa excluída das normas de contratación pública?», así como se «¿hai afectación de lexislación básica estatal?». Domínguez Marín dá resposta a estas preguntas e conclúe que, «por moito que estas normas traten de considerala unha *tertium genus*, estamos ante unha forma de xestión directa ou indirecta, segundo os casos. Será xestión directa se se trata dunha “acción concertada” cunha entidade pública dependente da propia Administración autonómica, e será unha xestión indirecta se se realiza cunha entidade privada con ánimo de lucro». Idéntico parecer manifestan Mendoza e Gutiérrez Santana, os cales entenden que, tras a STXUE ASADE I e o ATXUE ASADE II, os acordos de acción concertada «son contratos públicos, pero con outro nome». Para ambos, consideran que a acción concertada é un sucedáneo dos «concertos», no sentido de modalidade de xestión indirecta dun servizo público, e atribúen á acción concertada unha natureza contractual. Lazo Vitoria, 2016. Domínguez Martín, 2019: 33. Mendoza Jiménez e Gutiérrez Santana, 2023: 34.
- 48 FX 6 STSX da Comunidade Valenciana 560/2018, do 12 de xuño.
- 49 FX 7 STSX da Comunidade Valenciana 560/2018, do 12 de xuño.
- 50 FX 5 STC 133/1992, do 2 de outubro (con. Compe. 785/1985).
- 51 Tras recibir unha queixa da Alianza da Sanidade Privada Española (ASPE) reclamando a interposición dun recurso de inconstitucionalidade contra a LACVal, a Defensora do Pobo desatendeu a petición. Unicamente realizou dúas recomendacións relacionadas co principio de igualdade e o réxime transitorio. Dispoñible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/medidas-transitorias-para-el-cambio-de-accion-concertada-en-materia-de-salud-en-el-ambito-de-la-comunidad-valenciana/> (Acceso o 28 de xaneiro de 2024).
- 52 Manent Alonso e Tenhaeff Lackschewitz, 2018: 216.
- 53 DA 3.9 DLcat. No art. 6.5 LSPBal exixíase, para que se primen as entidades sen ánimo de lucro, que existan «análogas condicións de eficacia, calidade e custos, así como de eficiencia orzamentaria».
- 54 Art. 4.2 LSPBal.
- 55 Arts. 2 c) LACara e LACVal e 44 bis c) LSSVal.
- 56 *Vid par.* 65 STXUE Spezzino do 11 de decembro de 2014 (as. C.113/13).
- 57 Art. 75 LSSMad.
- 58 O ATXS de Aragón, do 23 de novembro de 2020, formulou as seguintes cuestións: É compatible co dereito da Unión –artigo 49 TFUE e os artigos 76 e 77 (en relación co artigo 74 e anexo XIV) da Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014– unha normativa nacional que lles permite aos poderes adjudicadores recorrer a concertos con entes privados sen ánimo de lucro –non só asociacións de voluntariado– para a prestación de toda sorte de servizos sociais ás persoas a cambio de reembolso de custos, sen acudir aos procedementos previstos na Directiva de contratación e sexa cal sexa e o valor estimado, simplemente, mediante a previa cualificación das ditas figuras como non contractuais? 2) É compatible co dereito da Unión –artigo 49 TFUE e os artigos 76 e 77 (en relación co artigo 74 e anexo XIV) da Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014–, unha normativa nacional que, para a prestación de servizos de interese xeral sanitarios ou sociais, permite eludir a normativa de contratación pública, mediante o emprego da técnica da acción concertada, como complemento ou substitución da xestión por medios propios, non por razóns de idoneidade da técnica para a adecuada prestación do servizo, senón para a consecución de concretos obxectivos de política social, que afectan ao modo de prestación ou que se exixen ao axente encargado de prestarlo para a súa elección, e iso mesmo cando se manteña a vixencia dos principios de publicidade, competencia e transparencia? 3) De selo, é compatible co dereito da Unión –preceptos de constante cita, e ademais o artigo 15.2 b) da Directiva 123/2006/CE, do Parlamento e do Consello, do 12 de decembro, relativa aos servizos do mercado interior– a reserva exclusiva e excluínte desta técnica de intervención, a entidades sen ánimo de lucro –non só a asociacións de voluntariado–, mesmo cando se respecte o principio de transparencia e publicidade? 4) Atendido o artigo 15.2 b) da Directiva de Servizos, cabe interpretar que dar aos poderes adjudicadores a facultade discrecional de acudir á acción concertada para encargarse de servizos de carácter social e sanitario a entidades sen ánimo de lucro equivale a condicionar o acceso a estes servizos en función da forma xurídica? E se a resposta a esta inmediatamente anterior fose afirmativa, é válida, conforme o artigo 15.7 da Directiva de Servizos, unha normativa nacional como a normativa obxecto de cuestión, respecto da que o Estado non lle notificou á Comisión a inclusión do requisito relativo á forma xurídica? 5) Para o caso de que as respostas ás anteriores fosen positivas, deben interpretarse os artigos 49 e 56 do TFUE, os artigos 76 e 77 (en relación co artigo 74 e anexo XIV) da Directiva sobre contratación pública e o artigo 15.2 da Directiva 123/2006/CE do Parlamento e do Consello, do 12 de decembro, relativa aos servizos do mercado interior, no sentido de que permiten aos poderes adjudicadores para os efectos de selección de entidade sen ánimo de lucro (non só a asociacións de voluntariado) coa que concertar a prestación de toda sorte de servizos sociais ás persoas –máis alá dos enunciados no artigo 2.2 j) da dita directiva– que inclúa entre os criterios de selección a implantación na localidade ou área xeográfica na que vaia prestarse o servizo? As tres preguntas do ATXS da Comunidade Valenciana do 30 de xullo de 2020 atópanse incluídas nas cinco preguntas do ATXS de Aragón do 23 de novembro de 2020, polo que non precisa ser reproducido.
- 59 STXUE ASADE I do 14 de xullo de 2022 (as. C-436/20) e ATXUE ASADE II (as. C-676/20).
- 60 Lazo Vitoria, 2023: 4.
- 61 Par. 56 STXUE ASADE I.
- 62 Garrido Juncal, 2020: 227.
- 63 Darnaculleta Garneda, 2021: 43.
- 64 Par. 30 STXUE *Tirkonnen* do 1 de marzo de 2018 (as. C-9/17).
- 65 Par. 68 STXUE ASADE I.
- 66 Par. 59 STXUE ASADE I.
- 67 Par. 60 STXUE ASADE I.
- 68 Par. 62 STXUE ASADE I.
- 69 Par. 63 STXUE ASADE I.
- 70 Par. 67 STXUE ASADE I.
- 71 Par. 64 STXUE ASADE I.
- 72 Par. 65 STXUE ASADE I.
- 73 Par. 73 STXUE ASADE I.

- 74 Par. 40 ATXUE ASADE II. Sobre o ATXUE ASADE II, pode lerse o escrito por Gimeno Feliú, especificamente sobre esta decisión. Gimeno Feliú, 2023.
- 75 Par. 72 STXUE ASADE I.
- 76 Lazo Vitoria, 2023: 13.
- 77 Par. 52 ATXUE ASADE II.
- 78 A STSX da Comunidade Valenciana 339/2023 (rec. 170/2018) declarou nulos os arts. 13.2 par. 1, 15.1 a) e 23 e o «garantindo a indemnidade patrimonial da entidade prestadora» do art. 22, todos eles do DACVal. A STSX da Comunidade Valenciana 342/2023 (rec. 168/2018), ademais do art. 23 e o citado inciso do art. 22, tamén declarou a nulidade do art. 4 d) en relación co art. 13.2 par. 1, todos eles do DACVal.
- 79 As SSTSX da Comunidade Valenciana 352/2023 (rec. 224/2019) e 354/2023 (rec. 171/2019) declararon nulos os acordos de acción concertada de atención –residencial, domiciliaria e en vivendas tuteladas– de persoas en situación de dependencia: a primeira por infracción do principio de publicidade a non divulgar este «contrato de réxime simplificado» no DOUE, así como «a inobservancia do requisito de que non se adxudicara á organización un contrato para os servizos en cuestión nos tres anos precedentes; a segunda por infracción do principio de transparencia por falta de difusión da convocatoria no DOUE. Adicionalmente, a STSX da Comunidade Valenciana 353/2023 (rec. 302/2018) tamén anulou unha convocatoria de acción concertada de atención a persoas con discapacidade ao entender que a súa falta de difusión no DOUE era contraria ao principio de transparencia.
- 80 *Ídem*. En palabras do TSX da Comunidade Valenciana, «o certo é que da sentenza do TXUE do 14 de xullo de 2022 (ASADE I) se extrae para esta Sala e sen ningún xénero de dúbidas o carácter contractual da acción concertada segundo vén regulada no decreto impugnado». *Ídem*.
- 81 Pars. 73 e 40 STXUE ASADE I e ATXUE ASADE II.
- 82 Tolívar Alas e Cueto Pérez, 2020: 15.
- 83 Berberoff Ayuda, 2018: 197. En palabras de Hernández González, a acción concertada «constitúe un exemplo de vontade política de diferenciar o que é mercado de prestacións de calidade en atención ás persoas en ámbitos moi sensibles, poñéndose a atención na complementariedade para conseguir optimizar a eficiencia no modo de prestar servizos tan esenciais. Agora ben, desde un punto de vista político, o que transloce é a vontade de subtraer estes *acordos de acción concertada* da normativa de contratos públicos, excluíndoos das modalidades de xestión indirecta». Hernández González, 2017: 1051.
- 84 Ap. 2.2 do *Libro Branco*.
- 85 Este enfoque non é novo. Gallego Anabitarte, no contexto dos plans de desenvolvemento dos anos sesenta do século XX, cualificou a técnica de concertación como unha manifestación da actividade de fomento. Mediante esta técnica a Administración presentaba un plan, cuns obxectivos, para que os particulares os asumisen e, de xeito paralelo á Administración, contribuísen ao desenvolvemento económico do país. Este compromiso reflectíase nunha «acta de concerto» na que se concretaban as obrigas e beneficios das partes. Ademais, a subscrición da acta supuña a aceptación, polo particular, dun acto administrativo necesitado de colaboración. Máis recentemente Garrido Juncal asimilou a acción concertada a unha subvención e Hernández González advertiu que, de acordo coa regulación actual, «a acción concertada constitúe unha técnica de fomento e non de xestión de servizos públicos. Hernández González, 2017: 1052. Gallego Anabitarte, 1980: 224. Garrido Juncal, 2017: 96 a 98.
- 86 Consideración xurídica 5.1 do informe 53/2010, do 10 de decembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa.
- 87 FX 5 STSX da Comunidade Valenciana 1925/2000, do 20 de decembro (rec. 273/1997).
- 88 Art. 3 DACVal.
- 89 Art. 3 LACVal.
- 90 Cfr. Art. 4 a) DACVal.
- 91 Cdo. 54 Dir. 2014/23/UE.

