



Revista Administración & Cidadanía, EGAP

Vol. 18_núm. 2_2023 | pp. 183-205

Santiago de Compostela, 2023

<https://doi.org/10.36402/ac.v18i2.5176>

© Luis Manent Alonso

ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-5270

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

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

A acción concertada en servicios sociales tras a doutrina ASADE: del 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

Abogado de la Generalitat Valenciana
Consellería de Sanidad
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 Planteamiento. 2 Antecedentes. 2.1 *Soft law*. 2.1.1 *Libro blanco sobre los servicios de interés general*. 2.1.2 Comunicación sobre los servicios sociales de interés general. 2.1.3 Comunicación «un marco de calidad para los servicios sociales de interés general». 2.2 *Hard law*. 2.2.1 Directivas de contratación pública. 2.2.2 Ley de contratos del sector público. 3 Acción concertada. 3.1 Legislación autonómica. 3.2 Características. 3.2.1 Prioridad. 3.2.2 Reserva. 3.2.3 Indiferente. 4 Doctrina ASADE. 4.1 Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 4.1.1 Realidad de las cosas. 4.1.2 Contratos onerosos de servicios. 4.1.2.1 Concurrencia competitiva. 4.1.2.2 Actividades económicas. 4.1.2.3 Relación sinalagmática. 4.1.2.4 Libertad de organización de los sistemas de seguridad social. 4.1.3 Respuesta a las cuestiones prejudiciales. 4.2 Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. 5 Replanteamiento de la acción concertada. 5.1 Asumir la doctrina ASADE. 5.2 Repensar la legislación reguladora de la acción concertada. 5.3 Modificar la normativa sectorial. 6. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

La aprobación del Decreto-ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, ha dado lugar a un nuevo capítulo en la historia de los conciertos sociales. Ha producido un desconcierto inicial por su novedad.

Y es que, en esta materia, llueve sobre mojado. «La instauración del marco normativo en el que se incardina la regulación del concierto social nunca ha estado exenta de polémica»¹. Si hasta hace unos años se discutía la aplicación supletoria de la legislación de contratación pública a los conciertos sociales, «el nuevo interrogante a resolver es descubrir si (...) [en el caso de la acción concertada, verdaderamente] estamos ante una fórmula no contractual»².

Así, en los últimos años se pretenden fundar los reparos a la regulación autonómica de la acción concertada en la legislación sobre contratación pública procedente de la Unión Europea (UE). No puede desconocerse que, si bien «la acción concertada representa una gran oportunidad para las entidades sin ánimo de lucro, también suscita incontables reparos al integrar cláusulas que obstaculizan la libertad de empresa o al prescindir de las entidades mercantiles»³.

A ello cabe añadir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en los asuntos conocidos como ASADE I y ASADE II, ha declarado que algunos de los servicios sociales incluidos en la legislación sectorial de Aragón y la Comunidad Valenciana tienen naturaleza contractual. Esta falta de concreción, empero, genera una indeseada situación de incertidumbre.

Sea como fuere, todas las comunidades autónomas (CC. AA.) han regulado la acción concertada o los conciertos sociales bien como fórmulas no contractuales, bien como una modalidad de gestión indirecta de servicios públicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, en las siguientes páginas expondremos que la acción concertada tiene su origen en el derecho de la UE y señalaremos qué ajustes podrían realizarse para ubicar la acción concertada fuera del ámbito de la contratación pública.

2 ANTECEDENTES

La acción concertada, como instrumento no contractual para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social, tiene su origen en el *soft law* comunitario, en concreto en tres comunicaciones de la Comisión Europea. En su configuración también han intervenido el *hard law*, a saber, dos disposiciones generales, una del Parlamento Europeo y del Consejo, y otra de las Cortes Generales.

2.1 *Soft law*

A partir de la categoría comunitaria de los servicios de interés general (SIG), la Comisión Europea ha individualizado determinadas actuaciones que procuran directamente la vida y la salud de las personas, tengan o no naturaleza contractual. A estas prestaciones, que se incardinan dentro de la subcategoría de servicios sociales de interés general (SSIG), se las conoce como servicios a las personas.

La génesis de los servicios a las personas, como fundamento jurídico de la acción concertada, se aprecia en tres documentos de la Comisión, a saber: el *Libro blanco sobre los servicios de interés general*; la comunicación sobre los servicios sociales de interés general; y la comunicación «un marco de calidad para los servicios sociales de interés general en Europa».

De las tres, la de 2006 tiene especial importancia. En ella se fijan las características de los servicios a las personas y las bases para diferenciar los contratos públicos y concesiones de la acción concertada como instrumentos para gestionar los servicios a las personas.

2.1.1 El Libro blanco sobre los servicios de interés general

El primer antecedente escrito de la acción concertada –en palabras de la Comisión, la «concertación»– lo encontramos en el *Libro blanco sobre los servicios de interés general* de 12 de mayo de 2004, en lo sucesivo el *Libro blanco*⁴.

En él se puso de manifiesto la necesidad de armonizar los mecanismos de mercado con las misiones de servicio público, puesto que «la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos» por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁵. Así se entiende que, para la Comisión, el mantenimiento de unos servicios públicos de calidad y asequibles a todos los ciudadanos forme parte del «modelo social europeo».

En el contexto de los SIG, el *Libro blanco* afirmó que estos servicios podían «gestionarse en concertación con el sector privado o encomendarse a empresas públicas o privadas»⁶. De esta manera el *soft law* del derecho comunitario abrió las puertas a una nueva fórmula no contractual para la gestión de los SSIG, que con el tiempo daría lugar en España a lo que hoy se conoce como acción concertada.

Este embrión de la concertación de los SSIG fue desarrollado dos años después en la Comunicación sobre los servicios sociales de interés general.

2.1.2 Comunicación sobre los servicios sociales de interés general

El 26 de abril de 2006, la Comisión elaboró una segunda comunicación relacionada con los SIG. Esta vez monográficamente dedicada a los SSIG⁷. De ahora en adelante nos referiremos a ella como la Comunicación de 2006⁸.

La Comunicación categorizó los SSIG como una especie del género de los SIG⁹. A juicio de la Comisión, la razón de ser de los mismos se encontraba en «la necesidad de contextualizar la perspectiva del mercado interior con las áreas sobre las que este se proyecta, en particular en el caso de actividades de atención humana»¹⁰.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que «los SSIG pueden ser considerados SIEG [servicios de interés económico general] siempre y cuando se correspondan con actividades “de mercado”»¹¹. Estos servicios son conocidos como los servicios sociales de interés general económicos (SSIGE).

Pues bien, los SSIG «presentan una o varias de las siguientes características organizativas:

- Funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad (...);
- Carácter polivalente y personalizado (...);
- Ausencia de ánimo de lucro (...);
- Participación de voluntarios (...);
- Integración marcada en una tradición cultural (...);
- Relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación “normal” de tipo proveedor-consumidor»¹².

«En la esfera de los servicios sociales, entre otros, participan de estas notas los servicios relacionados con la protección de menores, la dependencia y las residencias de la tercera edad»¹³.

De acuerdo con la Comunicación de 2006, las fórmulas más frecuentes para la gestión de los SSIG son:

- Prestación directa por la Administración.
- Prestación por contratistas (delegados de la misión social según la Comunicación de 2006).
- Prestación por cooperadores (recurso a una compensación financiera pública, en palabras de la Comunicación de 2006).
- Prestación por operadores privados sin relación directa con la Administración (recurso a la regulación del mercado).

En las siguientes páginas nos limitaremos al análisis de los delegados de la misión social y de los cooperadores de la Administración. Mediante estas dos vías se prestan los SSIG de manera coordinada y mediante un vínculo con la Administración¹⁴.

a) Delegación de la misión social.

Para la Comisión, en la prestación de los SSIG, los Estados miembros pueden «confiar la misión a un socio exterior o cooperar con el sector privado»¹⁵. Tanto unos como otros ejercen una misión social por delegación de los poderes públicos. Empleando las palabras del *Libro blanco*, son empresas públicas o privadas a las que se les encomienda la prestación de servicios de interés general¹⁶.

Se delega la misión social, total o parcialmente, cuando las administraciones públicas recurren al sector público o privado para que presten los servicios públicos de su competencia a cambio de un precio. Para ello, utilizando el vocabulario de la Comunicación de 2006, es posible confiar la misión a un socio exterior público o privado (*i. e.* un contrato público) o crear un marco de colaboración público-privada (*v. gr.* concesión, sociedad de economía mixta, etc.).

En nuestra opinión, la expresión «delegados de la misión social» *mutatis mutandis* se corresponde con la actividad prestacional o de servicio público, gestionada indirectamente.

Según la Comisión, «en estos casos, el organismo público que atribuye a un organismo exterior una misión social de interés general debe, como mínimo, respetar los principios de transparencia, igualdad de trato y proporcionalidad. Por añadidura, en determinados casos las directivas de contratos públicos imponen también obligaciones más concretas»¹⁷.

En otras palabras, el derecho comunitario habilita a los Estados miembros para establecer un régimen jurídico *ad hoc* para los SSIG, «alejada de una perspectiva económica o de mercado»¹⁸.

«Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter [educativo,] sanitario o social, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de [una concesión o] un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, del mismo»¹⁹.

b) Compensación financiera pública.

Para la Comisión, de manera complementaria o alternativa a la delegación de la misión social, «los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para (...) organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos [ni crear marcos de cooperación público-privada], por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios»²⁰.

A ello añade que «una autoridad pública puede decidir compensar las cargas derivadas de la realización de una misión social de interés general mediante un organismo externo»²¹. En estos casos, usando el vocabulario del *Libro blanco*, la prestación de SSIG se gestiona «en concertación con el sector privado»²².

De esta manera se fomenta que operadores privados desempeñen actividades de interés general de manera paralela y complementaria a la Administración²³. Como es sabido, la actividad de fomento «se diferencia [de la] del servicio público en que la Administración, con esa modalidad, realiza *directamente* y con sus propios medios el fin perseguido, mientras que en el fomento se limita a *estimular* a los particulares para que sean ellos los que, por su propia voluntad, desarrollando una actividad determinada, cumplan *indirectamente* el fin que la Administración persigue»²⁴.

La propia Comisión aproxima el recurso a la compensación financiera pública con la actividad de fomento al someter estos desplazamientos patrimoniales para la prestación de SSIG a la normativa reguladora de las ayudas de Estado²⁵. Nos explicamos.

En los SSIG, la «compensación financiera se destina a equilibrar las cargas por la realización de la misión y que una empresa que se rija solamente por los criterios del mercado no hubiera tenido»²⁶. Por este motivo, quienes presten servicios sociales de interés general económicos (SSIGE) quedan dispensados de las normas sobre competencia en la medida en que sea necesario para «el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada»²⁷.

Ahora bien, con el fin de simplificar los requisitos para poder percibir compensaciones financieras, la Comisión ha dictado varias decisiones relativas a la imbricación de las ayudas de Estado y el derecho a la competencia en relación con las empresas encargadas de la gestión de SIEG. Como regla general, estas decisiones dispensan del régimen de notificación previa o comunicación de las ayudas de Estado a la Comisión para las ayudas que no superen un umbral económico.

Como regla especial, en el caso de determinados servicios sociales –de asistencia sanitaria, de larga duración e infantil, así como los relativos a la inserción laboral, viviendas sociales e inclusión social–, se acude al principio del «beneficio razonable» como criterio de dispensa de notificación y comunicación²⁸.

No obstante, tal y como recuerda la Comisión «estas reducciones y simplificaciones sólo pueden aplicarse si se ha atribuido a los servicios en cuestión, en principio mediante un “acto legal”, una misión que autentifique su carácter de interés general»²⁹.

2.1.3 Comunicación «un marco de calidad para los servicios sociales de interés general en Europa»

La Comunicación de 2006 hizo, por primera vez, una referencia a los «servicios esenciales prestados directamente a las personas». De ellos afirmó que cumplían una «función de prevención y de cohesión social, y [que] aportaban una ayuda personalizada para facilitar la inclusión de las personas en la sociedad y garantizar la realización de sus derechos fundamentales»³⁰.

Hubo que esperar a 2011 para que la Comisión retomase la expresión «servicios a las personas». Al hilo de la preparación de las directivas de contratos de cuarta generación, propuso en una nueva comunicación, la Comunicación de 2011, «un tratamiento específico de los servicios sociales y sanitarios», esto es, de los servicios a las personas³¹. Nos estamos refiriendo a la comunicación, de 20 de noviembre de 2011, «un marco de calidad para los servicios sociales de interés general en Europa». En ella la Comisión sostuvo que los servicios sociales y sanitarios debían estar «sujetos a un régimen más sencillo que tendrá en cuenta sus características y funciones específicas»³².

2.2 *Hard law*

En este estado de cosas se aprobaron las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativas a la adjudicación de los contratos de concesión y sobre contratación pública, las cuales han sido transpuestas por la LCSP. Ambas disposiciones de carácter general, comunitario y nacional constituyen los antecedentes normativos de la acción concertada. A la primera nos referiremos como Directiva 2014/23/UE y a la segunda como Directiva 2014/24/UE, y a las dos como Directivas sobre contratación pública.

2.2.1 Directivas de contratación pública

Tal y como refleja la parte expositiva de las Directivas de contratación pública, «determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales»³³.

A partir de esta manifestación, las Directivas sobre contratación pública abogaron por establecer un régimen simplificado para los servicios de menor interés transfronterizo. Nos estamos refiriendo a los servicios sociales y otros específicos de los anexos IV y XIV de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE. Como no podía ser de otra forma, los servicios a las personas fueron ubicados entre estos servicios. Adicionalmente, la Directiva 2014/24/UE previó la posibilidad de establecer reservas de participación en la licitación de los servicios a las personas³⁴.

Es por ello por lo que la intervención comunitaria se ha limitado a impulsar una serie de principios, como los de «transparencia e igualdad», y a velar por «garantizar la innovación y (...) un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios»³⁵.

En paralelo a la vía contractual, las Directivas de contratos públicos reconocen que «los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios [a las personas] u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios (...), siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación»³⁶.

La referencia a la «simple financiación» evoca el recurso a la compensación financiera pública de la Comunicación de 2006, como fórmula alternativa a la delegación de la misión social. Es más, la expresión «simple financiación» es la que ha propiciado la publicación de las distintas normas autonómicas relativas a la acción concertada y ha provocado que la LCSP contenga una habilitación para su aprobación.

2.2.2 Ley de contratos del sector público

En las Directivas de contratación pública de cuarta generación «hay pues una llamada directa a los legisladores nacionales para establecer una regulación *ad hoc* [de los servicios a las personas] que garantice los valores propios de estos servicios (calidad, continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad)»³⁷.

Las Cortes Generales han hecho un uso limitado de esta habilitación. Los servicios a las personas se incluyen entre los servicios especiales del anexo IV LCSP, los cuales se corresponden con los servicios sociales y otros específicos de las Directivas de contratación pública. La LCSP establece para los servicios a las personas, en su condición de contratos de servicios especiales, siete reglas especiales y un criterio de delimitación para los contratos mixtos que contengan prestaciones de servicios especiales³⁸. En su consideración de contratos de servicios a las personas, la LCSP añade, además, siete reglas privativas para este tipo de servicios³⁹.

Finalmente, por lo que respecta a la acción concertada, esta ha sido excluida del LCSP. De acuerdo con su artículo 11.6 LCSP, quedan excluidos de la misma «la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios (...), y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación».

Es más, la DA 49 LCSP habilita a las CC. AA. para que regulen la acción concertada. Lo hace al expresar que lo establecido en ella «no obsta para que las comunidades autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social».

3 ACCIÓN CONCERTADA

La acción concertada es el nombre que las CC. AA. que han regulado el recurso a la compensación financiera pública de los servicios a las personas han dado a los instrumentos no contractuales para la prestación de servicios sociales y sanitarios.

Las CC. AA. de Aragón, Asturias, Cataluña, Comunidad Valenciana, Madrid y La Rioja han aprobado leyes reguladoras de la acción concertada como instrumento organizativo de naturaleza no contractual⁴⁰. Aunque no lo afirme expresamente su ley de servicios sociales, también pueden formalizarse este tipo de acuerdos de naturaleza no contractual en las Comunidades Autónomas de Baleares, Castilla-La Mancha y Murcia⁴¹.

No deben confundirse estos acuerdos de acción concertada con los conciertos sociales regulados en la normativa andaluza, cántabra, castellanoleonesa, gallega, extremeña, murciana, navarra y vasca de servicios sociales⁴². Estas normas los consideran:

- Una modalidad diferenciada del concierto del extinto contrato de gestión de servicios públicos (Andalucía, Galicia y País Vasco)⁴³.
- Una forma de gestión indirecta de servicios públicos (Canarias, Cantabria, Navarra, Extremadura y Castilla y León).

Entonces, estas leyes –usando las palabras de la Comunicación de 2006– cuando se refieren a los conciertos sociales debe entenderse que se remiten a los delegados de la misión social y, por lo tanto, a contratos públicos.

Como señala Pizarro los conciertos sociales son contratos administrativos especiales, a los cuales se les aplicará la LCSP como norma supletoria. En su opinión, «la diferenciación del concierto social no es razón para negar que es un auténtico contrato público, puesto que estamos ante un negocio jurídico mediante el que la Administración asume determinados compromisos, fundamentalmente la asignación de fondos públicos para el sostenimiento de los centros concertados, mientras que las entidades prestadoras se comprometen a proveer determinados servicios sociales a los usuarios. Esta estructura sinalagmática es la propia de un contrato»⁴⁴.

Por lo tanto, en principio, «entre las formas de prestación de los servicios (...) [a las personas], se distinguen los modos de gestión directa y los modos de gestión indirecta, intercalando[se] ahora entre ellos (...) [la acción concertada], que sería una forma a la que se le quiere otorgar el tratamiento de *tertium genus*»⁴⁵.

Esta afirmación, sin embargo, no es pacífica. Entre otros, Díez Sastre entiende que «la distinción entre formas de gestión directa e indirecta se apoya, fundamentalmente, en la incorporación o no de un actor ajeno a la organización pública en la gestión de los servicios. En la media en que la acción concertada supone la colaboración con un tercero que asume la prestación del servicio, la acción concertada es una forma de gestión indirecta»⁴⁶.

Pues bien, esta discutida dualidad de regímenes jurídicos –acción concertada y conciertos sociales– como fórmulas de gestión de los servicios a las personas nos hace necesario abordar sus características.

3.1 Legislación autonómica

Antes y después de que la DA 49 LCSP declarase formalmente que los servicios a las personas podían gestionarse igualmente mediante fórmulas no contractuales, varias CC. AA. han aprobado normas con fuerza de ley reguladoras de la acción concertada⁴⁷. Algunas de ellas han sido desarrolladas reglamentariamente. La primera comunidad autónoma en regular la acción concertada fue la aragonesa.

En cualquier caso, en nuestra opinión es «palmario, evidente, que (...) [las CC. AA.] disponen de suficiente hábito competencial como para regular la acción concertada para la prestación de servicios a las personas»⁴⁸.

- i. Porque la normativa autonómica «sitúa la “acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario” [y social] extramuros de la normativa de contratación pública»⁴⁹. No le resulta aplicable el artículo 149.1.18 de la Constitución (CE), en lo referente a competencia básica en materia de contratos y concesiones.
- ii. Porque la acción concertada no es un título competencial que engarce con la competencia financiera estatal del artículo 133 CE. «La facultad de gasto público en manos del Estado no es “título competencial autónomo” que pueda desconocer, desplazar o limitar las competencias materiales que correspondan a las comunidades autónomas»⁵⁰.
- iii. Porque la facultad para legislar en materia de acción concertada depende de los títulos competenciales subyacentes. En el caso que nos ocupa, los títulos sustantivos aplicables son la competencia exclusiva en materia de servicios sociales y de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad que todas las CC. AA. han asumido.
- iv. Porque, si bien en el plano adjetivo o procedimental las CC. AA. deberían respetar la competencia estatal para fijar las bases del procedimiento administrativo común del artículo 149.1.18 CE, sin embargo, esta no se ha dictado. A mayor abundamiento, tras la habilitación de la DA 49 LCSP para que las CC. AA. legislen en materia de acción concertada, queda despejada cualquier duda respecto a la inaplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones a aquella. Estamos ante manifestaciones distintas de la actividad de fomento.

Así lo ha entendido el Defensor del Pueblo y la Administración General del Estado⁵¹.

3.2 Características

De acuerdo con la legislación aragonesa, asturiana, balear, catalana, madrileña, manchega, murciana y valenciana, los modelos de acción concertada son dos. El primero se caracteriza por «primar a las entidades sin ánimo de lucro. Lo hace, empero, con diferente intensidad»⁵²: adjudicando en caso de empate el acuerdo a una entidad sin

ánimo de lucro; excluyendo de la licitación a las entidades con ánimo de lucro. El segundo permite participar y trata por igual a las empresas y a las entidades sin ánimo de lucro.

3.2.1 Prioridad

Es aquel que reconoce una preferencia en la adjudicación a las entidades sin ánimo de lucro siempre que «existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, así como de eficiencia presupuestaria»⁵³. Así ocurre, por ejemplo, con el decreto-ley catalán y la ley balear de servicios a las personas, en este último caso respecto de los «servicios declarados de interés económico general» (SIEG)⁵⁴.

3.2.2 Reserva

Limita la posibilidad de formalizar acuerdos de acción concertada a entidades públicas o sin ánimo de lucro. Así lo prevén, entre otras, las normas aragonesa, asturiana y valenciana, y la balear en relación con los servicios no económicos de interés general (SNEIG)⁵⁵.

El establecimiento de reservas o prioridades no parece contravenir las reglas de competencia comunitarias. El TJUE, incluso en sede de contratación pública, permite que los Estados miembros reserven contratos a entidades sin ánimo de lucro cuando lo consideren oportuno para lograr atención personalizada e integral de los usuarios o pacientes, su arraigo en el entorno de atención social, la continuidad en la atención o la calidad del servicio⁵⁶.

3.2.3 Indiferente

Rige en la Comunidad de Madrid, donde «las personas físicas o jurídicas de carácter privado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica», pueden suscribir acuerdos de acción concertada⁵⁷.

En nuestra opinión, esta opción es cuando menos llamativa puesto que las empresas actúan en el mercado porque tienen un ánimo de lucro. No lo hacen de manera altruista.

Es más, su presencia permite intuir que detrás del reembolso de los costes puede haber una verdadera retribución.

4 DOCTRINA ASADE

La doctrina ASADE arranca con sendas cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE por los AATSJ de la Comunidad Valenciana y Aragón de 30 de julio y 23 de noviembre de 2020, respectivamente. Estos autos, a su vez, son consecuencia de dos recursos contencioso-administrativos promovidos por ASADE, la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio.

ASADE recurrió para defender la participación de las entidades con ánimo de lucro en los acuerdos de acción concertada en el ámbito social. Para ello argumentó que los acuerdos de acción concertada tenían naturaleza contractual. En concreto, recurrió:

- i. El Decreto 181/2017, del Consell, de 17 de noviembre, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana por entidades de iniciativa social (DACVal).
- ii. El Decreto 62/2017, de 11 de abril, del Gobierno de Aragón, sobre acuerdos de acción concertada de servicios sanitarios y convenios de vinculación con entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro⁵⁸.

La respuesta a las cuestiones prejudiciales ha dado lugar a la doctrina ASADE, emanada de la STJUE ASADE I y el ATJUE ASADE II de 14 de julio de 2022 y 31 de marzo de 2023, respectivamente⁵⁹.

4.1 Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El punto de partida de la doctrina ASADE es la autonomía del derecho comunitario para definir qué es un contrato, de suerte que «la calificación por el derecho interno (*nomen iuris*) no impide al Tribunal [de Justicia de la Unión Europea] indagar y apreciar la verdadera naturaleza de esa figura, de acuerdo con el derecho europeo»⁶⁰.

A partir de aquí, señala los siguientes criterios sobre: la primacía del ser sobre la denominación de las cosas; los requisitos para ser considerado un negocio como contrato de servicios oneroso y, en consecuencia, estar sujeto al régimen simplificado de la Directiva 2014/24/UE; los servicios excluidos de la Directiva 2014/24/UE por formar parte de un sistema de la seguridad social; y la respuesta dada por el TJUE a la cuestión prejudicial planteada por los TSJ de la Comunidad Valenciana y Aragón sobre la acción concertada.

4.1.1 Realidad de las cosas

Para el TJUE, lo importante es la realidad de las cosas, y la afirmación de que los acuerdos de acción concertada «constituyen “instrumentos organizativos de naturaleza no contractual” no basta para que queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24»⁶¹.

Como afirma Garrido, «no basta con cambiar el *nomen iuris* del negocio jurídico (...) ni proclamar que (...) es una modalidad de gestión indirecta distinta a las previstas en la normativa de contratos del sector público». Por ello, para esta autora, «la postura adoptada por algunos legisladores autonómicos es errónea y de necesaria rectificación en este punto»⁶².

En el mismo sentido Darnacullea sostiene que «la determinación de si un instrumento jurídico tiene naturaleza contractual o no contractual y, por tanto, está sujeto o no a las directivas europeas de contratación, no está en manos del legislador estatal o autonómico»⁶³.

4.1.2 Contratos onerosos de servicios

A juicio del TJUE, sólo estarán sujetos a la Directiva 2014/24/UE los contratos onerosos de servicios siempre que, en el marco de una actividad económica, tras un procedimiento de concurrencia competitiva, se encomiende a un operador la realización de una prestación de hacer distinta una obra o suministro a cambio de una contraprestación.

Si concurren estos requisitos –concurrencia competitiva, actividad económica y relación sinalagmática–, el negocio estará sujeto a las directivas de contratación pública siempre que tenga dimensión transfronteriza.

4.1.2.1 Concurrencia competitiva

Según señala el TJUE, «la elección de una oferta –y, por lo tanto, de un adjudicatario– es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de contratos públicos»⁶⁴. Por ello, «los procedimientos mediante los cuales el poder adjudicador renuncia a comparar y clasificar las ofertas admisibles y a designar el operador (...) no están comprendidos en el ámbito de aplicación» de la Dir. 2014/24/UE⁶⁵.

4.1.2.2 Actividades económicas

Tal y como afirma el TJUE, tratándose de contratos de servicios, el concepto de servicios «debe interpretarse a la luz de la libre prestación de servicios establecidos en el artículo 56 TFUE, cuyo ámbito de aplicación se limita a las actividades económicas»⁶⁶.

Lo anterior significa: desde un punto de vista negativo, que «la libre prestación de servicios [–y la Dir. 2014/24/UE–] no se extiende[n] a actividades (...) relacionadas (...) con el poder público»; y desde un punto de vista positivo, «que ha de tratarse de «prestaciones de servicios [susceptibles de ser] realizadas a cambio de una retribución sin que sea necesario, además, que sea pagada por su beneficiario»⁶⁷.

Además, «la circunstancia de que el contrato se celebre con una entidad sin ánimo de lucro no excluye que dicha entidad pueda ejercer una actividad económica»⁶⁸. Asimismo, «pueden considerarse actividades económicas los servicios (...) que (...) se prestan en interés público y sin ánimo de lucro»⁶⁹.

4.1.2.3 Relación sinalagmática

«En tercer lugar, [para el TJUE,] el carácter oneroso de un contrato público supone que cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación, sin excluir, no obstante, que la contrapartida del poder adjudicador consista únicamente en el reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado»⁷⁰.

4.1.2.4 Libertad de organización de los sistemas de seguridad social

Finalmente, el TJUE advierte que la «Directiva no afectará a la manera en que los Estados miembros organizan sus sistemas de seguridad social (...), [así como que] las actividades de

los organismos gestores de un régimen de seguridad social no constituyen, en principio, actividades económicas cuando se basan en el principio de solidaridad y tales actividades están sometidas al control del Estado»⁷¹. Sin embargo, «no ocurre necesariamente así en el caso de prestaciones sociales específicas que llevan a cabo operadores privados y cuyo coste asume bien el propio Estado, bien esos organismos (...) [porque] la consecución de una finalidad social o la toma en consideración del principio de solidaridad (...) no impide, en cuanto tal, considerar como actividad económica esa prestación»⁷².

4.1.3 Respuesta a las cuestiones prejudiciales

Llegados a este punto, analizadas las características de los contratos de servicios, la STJUE ASADE I concluye que, *prima facie*, «una parte al menos de los servicios sociales de asistencia a las personas que pueden ser objeto de un acuerdo de acción concertada están comprendidos en el ámbito de los servicios enumerados en el anexo XIV de la Directiva 2014/24»⁷³. El ATJUE ASADE II, por su parte, entiende que, también, «una parte al menos de los servicios sanitarios y servicios de colaboración y apoyo a la prestación sanitaria (...) está comprendida en el ámbito de los servicios enumerados en el anexo XIV»⁷⁴.

De este modo, estos fallos han quedado en una declaración de principios, porque «por lamentable que sea, la falta de enumeración en las peticiones de las decisiones prejudiciales de categorías precisas de servicios de asistencia a las personas» le ha impedido efectuar un pronunciamiento certero sobre concretos servicios sociales o sanitarios⁷⁵.

Tal y como afirma Lazo, el TJUE «se ha mostrado poco clarificador en el caso ASADE. Probablemente para “evitar cerrar las puertas a futuras interpretaciones” en un ámbito caracterizado por tantas singularidades nacionales como el de los servicios a las personas»⁷⁶.

En definitiva, la doctrina ASADE I y ASADE II se resume como sigue:

«Los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE (...) no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, con observancia de los principios de publicidad, de competencia y de transparencia, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales o sanitarios de interés general, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, cuando la utilización de tales acuerdos persiga satisfacer objetivos de solidaridad, sin mejorar necesariamente la adecuación o la eficiencia presupuestaria de la prestación de dichos servicios respecto del régimen de aplicación general a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, siempre que,

– por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y,

– por otra parte, se respete el principio de transparencia, tal como se precisa, en particular, en el artículo 75 de la mencionada directiva»⁷⁷.

4.2 Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

El TSJ de la Comunidad Valenciana, una vez respondida, por la STJUE ASADE I, la cuestión prejudicial sobre el DACVal, ha dictado cinco sentencias:

- i. Las SSTSJ de la Comunidad Valenciana 339/2023, de 29 de junio, y 342/2023, de 30 de junio, han declarado parcialmente nulo el citado reglamento de acción concertada⁷⁸.
- ii. Las SSTSJ de la Comunidad Valenciana 352/2023, 353/2023 y 354/2023, todas ellas de 30 de junio, han anulado tres concretas convocatorias de la acción concertada por falta de publicidad, por duración superior del contrato a 3 años y por adjudicar el mismo al antiguo prestador del servicio⁷⁹.

Las SSTSJ de la Comunidad Valenciana 339/2023, de 29 de junio, y 342/2023, de 30 de junio, como consecuencia de la calificación contractual de la acción concertada sujeta a regulación armonizada han provocado las siguientes consecuencias jurídicas en la normativa reguladora de estos instrumentos: anulación de la indemnidad patrimonial, obligación de publicar en el DOUE los acuerdos de acción concertada, prohibición de puntuar el arraigo local y limitación de los acuerdos a tres años sin posibilidad de volverlos a adjudicar al mismo prestador del servicio.

Dejando de lado cuestiones concretas, lo relevante de la jurisprudencia del TSJ de la Comunidad Valenciana radica en considerar que «la acción concertada cuyo valor estimado iguale o supere el umbral comunitario (...) será contrato sujeto a regulación armonizada»⁸⁰.

De esta manera crea una rocambolesca situación por virtud de cual, a efectos de la LCSP: los acuerdos de acción concertada no sujetos a regulación armonizada son un «instrumento organizativo de naturaleza no contractual»; y estos mismos acuerdos, si su valor estimado alcanza los 750.000 euros, son contratos de régimen simplificado de la Directiva 2014/24/UE, sujetos a sus arts. 74 a 77.

Además, tanto a unos como a otros instrumentos, estén o no estén sujetos a regulación armonizada, no se les aplica la LCSP porque la DA 49 LCSP, dedicada a la acción concertada, permite que esta no se rija por la normativa reguladora de la contratación pública.

A mayor abundamiento esta afirmación la predica de todos los servicios sociales y sanitarios comprendidos en la acción concertada. Es más, llega a esta conclusión, a pesar de que la STJUE ASADE I y el ATJUE ASADE II fallaron que solo «una parte al menos de los servicios sociales [y sanitarios] objeto de acción concertada estaba comprendida en el ámbito de los servicios enumerados en el anexo XIV»⁸¹.

Dicho esto, hay que advertir que los citados fallos no son firmes. A día de hoy están pendientes de admisión los recursos de casación interpuestos por la Generalitat

Valenciana y ASADE, ya que ni una ni otra están conformes con la jurisprudencia sentada por el TSJ de la Comunidad Valenciana.

5 REPLANTEAMIENTO DE LA ACCIÓN CONCERTADA

Vista la doctrina ASADE –y también la aplicación de esta que ha hecho el TSJ de la Comunidad Valenciana– se plantean dos escenarios, asumir la STJUE ASADE I y el ATJUE ASADE II, o repensar la legislación sectorial teniendo en cuenta la definición de contrato público derivada de las mismas y efectuar las oportunas modificaciones legislativas.

5.1 Asumir la doctrina ASADE

El primero de los escenarios propuestos pasa por asumir la STJUE ASADE I y el ATJUE ASADE II. En ese caso lo que procederá será analizar cada uno de los servicios a las personas y ver cuáles deben configurarse como contratos y cuáles no.

De lo que se ha escrito hasta ahora, el criterio más prudente es defendido por Tolivar y Cueto. Estos autores al menos reconocen un ámbito propio a la acción concertada, distinto del de los contratos a las personas.

Tanto uno como otra, refiriéndose a los servicios a las personas, entienden que las «Directivas sobre contratación pública les dan un nuevo tratamiento, preservando en todo caso su necesario sometimiento a los principios de transparencia e igualdad de trato, pero con margen para su organización bien como servicios de interés general no económicos, en cuyo caso se permite el uso de fórmulas no contractuales en la prestación de los mismos, como su financiación o la propia acción concertada (...), bien como servicios de interés económico general, en cuyo caso se permiten especialidades procedimentales, como la reserva a favor de determinadas entidades»⁸².

5.2 Repensar la legislación reguladora de la acción concertada

«Quizás haya llegado el momento de redefinir la relación entre los derechos sociales a nivel de la Unión Europea y el mercado interior, lo que, obviamente, afecta también a la contratación pública», y por qué no, a la acción concertada⁸³.

Para ello es necesario encontrar un acomodo a este instrumento organizativo de naturaleza no contractual, lo que requiere –vista la doctrina ASADE, y su interpretación por el TSJ de la Comunidad Valenciana– marcar una línea roja que permita distinguirlos de los contratos a las personas.

Hoy en día el punto de partida es la habilitación de la DA 49 LCSP a las comunidades autónomas, para que regulen la acción concertada como «instrumentos no organizativos de naturaleza contractual», la cual encuentra su origen en el *Libro blanco*. En él, en 2004, ya dijo la Comisión que «la prestación de servicios de interés general *podía* gestionarse en concertación con el sector privado o encomendarse a empresas públicas o privadas»⁸⁴.

A partir de aquí, habría que articular la acción concertada de modo que opere como una compensación financiera pública, en los términos descritos por la Comunicación de 2006.

Según nuestro parecer, la consideración de la acción concertada como un *tertium genus* entre la gestión directa e indirecta de los servicios a las personas pasa por catalogar la acción como una manifestación de la actividad de fomento⁸⁵.

Para calificar una relación como contractual, en ocasiones el «criterio de la onerosidad debe complementarse con otros criterios», en particular con el del objeto de la prestación. Es por ello que una prestación determinada podrá calificarse como acción concertada «siempre que su objeto (...) no coincida con el de los contratos regulados en la Ley de contratos del sector público»⁸⁶, y en el caso que nos ocupa, ante una gestión indirecta de servicios públicos.

Estaremos ante una gestión indirecta de un servicio público si el vínculo con la Administración canaliza, en todo o parte del territorio, total o parcialmente, la provisión de plazas de la red pública de atención. Ya sea porque los recursos de titularidad pública son inexistentes o insuficientes, o porque se entienda que un particular gestiona con mayor eficiencia una determinada actividad. En ambos supuestos «es la Administración la que proporciona (...) la fuente de ingresos a la empresa privada que accede a la gestión y explotación (...) garantizándole *ab initio* la producción generadora de los ingresos ya que la población asistencial está asegurada» por la Administración⁸⁷. Así ocurre cuando se producen «remisiones» o «derivaciones» de pacientes o usuarios de cuyo tratamiento es responsable la Administración.

Por el contrario, si el adjudicatario de la acción concertada actúa en paralelo, y no de manera subordinada a una Administración, existirá una manifestación de la actividad de fomento conocida como acción concertada. Para que ello sea así, el prestador del servicio debe tener gran libertad para organizarlo, así como para admitir o rechazar solicitudes.

Bajo estas premisas se produce una relación directa entre un ciudadano y un prestador de servicios sociales o sanitarios porque su actividad no está mediatizada por una Administración, la cual se limita a financiar una actividad de interés general. En caso contrario, si es la Administración la que controla el acceso al servicio o determina las características de este, el prestador del servicio actuará para la Administración y no para el ciudadano.

5.3 Modificar la normativa sectorial

De lo escrito hasta ahora puede concluirse que, si un tercero colabora con la Administración, disponiendo de libertad de organización para prestar la actividad, así como para señalar los criterios de admisión y determinar el número de personas a las que piensa atender, las más de las veces, el instrumento adecuado será la acción concertada.

En estos casos se actúa de manera complementaria y con autonomía respecto de la Administración. El destinatario inmediato de la prestación es la ciudadanía. Por el contrario, en la gestión indirecta de un servicio público las personas son solo destinatarios

mediatos del servicio. Este se presta a la Administración y solo de manera refleja se beneficia la ciudadanía.

Ahora bien, vistos los antecedentes –y en particular la postura del TJUE y del TSJ de la Comunidad Valenciana– parece necesario introducir ciertas modificaciones legislativas con el fin de evitar que, por la forma en que actúa un adjudicatario de la acción concertada, su actividad sea considerada, total o parcialmente, un contrato a las personas. En este sentido no parece idóneo definir la acción concertada como un instrumento «a través del cual las administraciones (...) podrán organizar la prestación de servicios (...) fijando su financiación, acceso de personas usuarias y control bajo su competencia y responsabilidad pública»⁸⁸.

Tampoco creemos que sea oportuno reflejar en una norma reguladora de acción concertada que la Administración «podrá organizar la prestación de servicios (...) cuya financiación, acceso y control sean de su competencia, ajustándose al procedimiento y requisitos» establecidos por ella⁸⁹.

En nuestra opinión, no procede afirmar que la acción concertada es subsidiaria a la gestión directa o indirecta de una actividad de interés general por cuanto su recurso no debería estar «subordinado, con carácter previo, a la utilización óptima de los recursos propios»⁹⁰. Es una modalidad alternativa de satisfacer necesidades sociales.

Según nuestro parecer, en la acción concertada no puede corresponder a la Administración la «reserva (...) de plazas para su ocupación por las personas (...) cuyo acceso sea autorizado por las administraciones públicas».

En definitiva, si «los Estados miembros (...) siguen siendo libres de prestar ellos mismos (...) [los] servicios [de interés general] o de organizar[los] (...) sin asignar [contratos o] concesiones, por ejemplo a través de la simple financiación de los mismos», la acción concertada tiene cabida en el derecho español y comunitario siempre que se configure como una verdadera 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 Feliú, *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.
- Darnaculleta 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 y 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: Universidad 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 Feliú, 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 Feliú, J.M. 2015b. «La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales», en *Observatorio de Contratación Pública*, 11 de mayo de 2015.
- Gimeno Feliú, 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 Feliú, J.M. 2023. «Acción concertada con entidades sin ánimo de lucro y proceso de contratación», en *Aranzadi digital*, 1.
- Guardia Hernández, J.J. y 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 noviembre 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. y Tenhaeff Lackschewitz, S. 2018. «Los contratos para la gestión de los servicios públicos», en J.F. Mestre Delgado y L. Manent Alonso (dirs.), *La Ley de contratos del sector público. Aspectos novedosos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mendoza Jiménez, J. y 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 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. y Cueto Pérez, M. 2020. «Presentación», en L. Tolivar Alas y 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 los servicios de interés general*, de 12 de mayo de 2004, COM (2004) 374 final. No publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0374&from=ES> (Acceso el 28 de enero de 2024).
- 5 Pár. 40 STJUE *Blanco Pérez y Chao Gómez* de 1 de junio de 2010 (as. C.570/07 y C-571/07).
- 6 Apartado 2.2 del *Libro blanco*.
- 7 Comunicación de la Comisión, de 26 de abril de 2006, sobre los servicios sociales de interés general, COM (2006) 177 final. No publicada en el DOUE. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52006DC0122> (Acceso el 28 de enero de 2024).
- 8 La Comunicación de 2006 es continuación del *Libro blanco*. En él se efectuaba un «planteamiento sistemático con vistas a la determinación y el reconocimiento de las características específicas de los servicios sociales y sanitarios de interés general, y precisar el marco en el que esos servicios *funcionaban* y *podrían* modernizarse. Dicho planteamiento se plasmará en una Comunicación sobre servicios sociales de interés general, incluidos los servicios sanitarios, que *debería haberse adoptado* en el transcurso de 2005» (ap. 4.4 del *Libro blanco*). En la Comunicación de 2006, aunque desarrollaba el *Libro blanco* –y por lo tanto debía abarcar no solo los servicios sociales sino también los sanitarios– «tras la votación del Parlamento Europeo en primera lectura de la propuesta de Directiva sobre los servicios en el mercado interior, el 16 de febrero de 2006, la Comisión excluyó a los servicios sanitarios del ámbito de aplicación» (introducción de la comunicación).
- 9 «El Derecho comunitario reconoce tres categorías de servicios de interés general (SIG): económicos, no económicos y sociales. Los servicios de interés económico general (SIEG) son servicios básicos que se prestan a cambio de una remuneración (por ejemplo, los servicios postales). Aunque están sujetos a las normas europeas de competencia y mercado interior, cuando sea necesario pueden hacerse excepciones para garantizar el acceso de los ciudadanos a los servicios básicos. Los servicios no económicos (SNEIG) –por ejemplo, la policía, la justicia y los regímenes obligatorios de seguridad social– no están sometidos a ninguna legislación europea específica ni a las normas de competencia y mercado interior. Los servicios sociales de interés general (SSIG) atienden a las necesidades

- de los ciudadanos más vulnerables y se basan en los principios de solidaridad e igualdad de acceso. Pueden ser tanto económicos como no económicos. Como ejemplos cabe citar los regímenes de seguridad social, los servicios de empleo y la vivienda social». Manent Alonso, 2018: 2133 (nota a pie de página 136).
- 10 Manent Alonso y Tenhaeff Lackschewitz, 2018: 204.
- 11 Carlón Ruiz, 2016: 48.
- 12 Ap. 1.1 de la Comunicación.
- 13 Manent Alonso, 2017: 219.
- 14 La gestión directa y la prestación autónoma (recurso a la regulación de mercado) de los SSIG exceden del cometido de este trabajo. No existe un vínculo, contractual o no contractual, que deba ser calificado jurídicamente a efectos de individualizar la acción concertada de otras formas de gestión de los servicios a las personas.
- 15 Ap. 2.2.1 de la Comunicación de 2006.
- 16 Cfr. ap. 2.2 del *Libro blanco*.
- 17 Ap. 2.2.1 de la Comunicación de 2006.
- 18 Gimeno Feliú, 2018.
- 19 Gimeno Feliú, 2015a: 76.
- 20 Considerandos 54 y 114 de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativas a la adjudicación de los contratos de concesión y sobre contratación pública.
- 21 Ap. 2.2.2 de la Comunicación de 2006.
- 22 Ap. 2.2 del *Libro blanco*.
- 23 Se entiende por actividad de fomento aquella «acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos». Jordana de Pozas, 1949: 46.
- 24 Jordana de Pozas, 1949: 46.
- 25 Sobre la aplicación de las disposiciones relativas a las ayudas de Estado a los SSIG que se gestionen mediante contratos públicos, sociedades de economía mixta y concesiones es interesante consultar las secciones 4 a 6 (preguntas 198 a 227) del documento de trabajo de los servicios de la 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*. No publicada en el DOUE. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_es.pdf (Acceso el 28 de enero de 2024).
- 26 Ap. 2.2.2 de la Comunicación de 2006.
- 27 Art. 106.2 TFUE.
- 28 Cfr. decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106.2 TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DOUE de 11 de enero de 2012).
- 29 Ap. 2.2.2 de la Comunicación de 2006.
- 30 Ap. 1.1 de la Comunicación de 2006.
- 31 Ap. 1.2 de la Comunicación de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, «Un marco de calidad para los servicios sociales de interés general en Europa». No publicada en el DOUE. Disponible 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 el 28 de enero de 2024).
- 32 Ap. 1.2 de la Comunicación de 2011.
- 33 Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE.
- 34 La posibilidad de establecer reservas de participación se contempla en el art. 77 Directiva 2014/24/UE. Esta, dentro de los preceptos que dedica a los servicios especiales y otros específicos (arts. 74 a 77), dedica uno de ellos –el art. 77– a las reservas de participación. El art. 77 permite a los Estados miembros reservar la licitación a entidades sin ánimo de determinados contratos de «servicios sociales, culturales y de salud».
- 35 Considerando 53 de la Directiva 2014/23/UE.
- 36 Considerandos 54 y 114 de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE.
- 37 Lazo Vitoria, 2016.
- 38 Los servicios especiales se singularizan respecto de los demás contratos «de régimen general» por siete reglas propias. Las tres primeras se proyectan sobre los contratos de servicios, las tres siguientes sobre las concesiones de servicios. La última se aplica tanto a los contratos como a las concesiones de servicios. Las singularidades son las siguientes: 1) umbral de armonización superior (art. 22.1 c LCSP); 2) vigencia superior del anuncio de información previa (art. 134.6 *in fine* LCSP); 3) criterios de adjudicación relacionados con la calidad (art. 145.4 *in fine* LCSP); 4) procedimiento restringido como procedimiento ordinario de adjudicación (art. 131.2 LCSP); 5) contenido y carácter del anuncio de información previa (art. 135.5 y DA 36 LCSP); 6) principios específicos de adjudicación y ejecución (DA 47 LCSP); 7) dispensa de publicación en el DOUE de la modificación del contrato o la concesión (art. 207.3 LCSP). Complementariamente a estas siete reglas especiales, la LCSP señala como criterio delimitador de los contratos mixtos (art. 18.1 a LCSP).
- 39 Los contratos a las personas, además de las reglas excepcionales como servicios especiales, se benefician de cuatro reglas propias. Son las siguientes, la primera para los contratos de servicios, la tercera para las concesiones de servicios y las restantes para contratos y concesiones: 1) plazo de duración superior (art. 29.4 LCSP); 2) dispensa de constitución de garantía definitiva (art. 107.1 LCSP); 3) obligación de utilizar varios criterios de adjudicación (art. 145.3 g LCSP); 4) causa específica del procedimiento de licitación con negociación (art. 167 f LCSP); 5) obligación de prestar el servicio con las características propias de los servicios públicos (art. 312 LCSP); 6) posibilidad de incluir principios específicos de adjudicación y ejecución (DA 47 LCSP); 7) reservas de participación (DA 48 LCSP).
- 40 Se refieren a la acción concertada como conciertos sociales: el Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de la Generalitat de Cataluña, de medidas urgentes en materia de contratación pública (DLCat); la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de servicios sociales de La Rioja (LSSRioja); la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha (LSSC-M); Ley 3/2021, de 29 de julio, de servicios sociales de la Región de Murcia (LSSMur); y la Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de servicios sociales de la Comunidad de Madrid (LSSMad). Para simplificar la comprensión del artículo nosotros utilizaremos el término acción concertada para los instrumentos de naturaleza no contractual y concierto social para los de carácter contractual.
- 41 Por su orden de aprobación, la legislación autonómica reguladora de la acción concertada como instrumento no contractual es la siguiente: 1) Decreto-ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. Su tramitación como proyecto de ley ha dado lugar a la Ley 11/2016, de 15 de diciembre (LACAr); 2) DDAA 3 y 4 DLCat; 3) Decreto-ley 7/2016, de 4 de noviembre, del Consell, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario, de la Comunidad Valenciana. Posteriormente, al ser tramitado como proyecto de ley, fue sustituido por la Ley 7/2017, de 30 de marzo, de la Generalitat Valenciana (LACVal); 4) Arts. 62 a 68 de la Ley 5/1997, de 25 de junio, de la Generalitat Valenciana, por la que se reguló el sistema de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana, redactados

- por la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (LSSVal). En la actualidad estas normas están derogadas y los preceptos de aplicación son los arts. 87 a 91 de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de la Generalitat Valenciana, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana; 5) Cap. I de la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (LSPBa); 6) Ley 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social, del Principado de Asturias (LACast); 7) Arts. 61 ter y cuater LSSRioja, redactados por la Ley 2/2020, de 30 de enero 8); Art. 42 LSSC-M, en la redacción dada por la Ley 4/2021, de 25 de junio; 9) Art. 69 LSSMur 10) Arts. 72 a 76 LSSMad. La Ley balear de servicios a las personas en el ámbito social, aunque no afirma que los acuerdos de acción concertada sean instrumentos organizativos de naturaleza no contractual, este carácter debe entenderse implícito ya que lo diferencia de la contratación pública de servicios sociales dirigida a las personas. A tal efecto, en sendos capítulos regula la gestión de servicios sociales a las personas mediante acción concertada y las reglas específicas de contratación pública de servicios sociales dirigidos a las personas. De hecho, el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado – Comunidad Autónoma de Illes Balears, de 30 de julio de 2019, en relación con la Ley 12/2018 del Parlamento Balear, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE) de 26 de septiembre de 2019, concluyó que los acuerdos de la acción concertada no están sujetos a la LCSP. No lo están porque «cumple con los requisitos que establece el artículo 11.6 de la LCSP», esto es, «servicios sociales [prestados] por entidades privadas (...) sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través (...) de la simple financiación de estos servicios». La LSSC-M, y LSSMur guardan silencio sobre la naturaleza de los conciertos sociales. Su carácter no contractual se reconoce: en el art. 1.3 del Decreto 52/2021, de 4 de mayo, por el que se regula el concierto social para la gestión de servicios sociales y atención a las personas en situación de dependencia en Castilla-La Mancha (DACC-M); exp. mots. del Decreto 62/2019, de 3 de mayo, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia, en materia de protección y reforma del menor.
- 42 Por su orden de aprobación, la legislación autonómica reguladora de los conciertos sociales como instrumento contractual es la siguiente: 1) Arts. 61 a 68 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales del País Vasco; 2) Arts. 33 bis a 33 octes de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia, redactados por la Ley 8/2016, de 8 de julio; 3) Arts. 101 a 106 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía; 4) Ley foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales; 5) Arts. 54 a 62 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales de Cantabria, en la redacción dada por la Ley 9/2017, de 26 de diciembre; 6) Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura; 7) Arts. 63 a 69 Ley 16/2019, de 2 de mayo, de servicios sociales de Canarias (LSSCan).
- 43 Aunque la LSSCan guarda silencio sobre la naturaleza de los conciertos sociales, el art. 1 del Reglamento del concierto social en el ámbito de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Canarias, aprobado por el Decreto 144/2021, de 29 de diciembre, considera el concierto social como una modalidad de gestión indirecta.
- 44 Pizarro Nevado, 2020: 102.
- 45 Garrido Juncal, 2020: 219.
- 46 Díez Sastre, 2019: 252.
- 47 Lazo se plantea, refiriéndose a la legislación autonómica reguladora de la acción concertada, si «¿puede el legislador autonómico establecer que una determinada figura se encuentra excluida de las normas de contratación pública?» así como si «¿hay afectación de legislación básica estatal?». Domínguez Marín da respuesta a estas preguntas y concluye que «por mucho que estas normas traten de considerarla una *tertium genus* estamos ante una forma de gestión directa o indirecta, según los casos. Será gestión directa si se trata de una “acción concertada” con una entidad pública dependiente de la propia Administración autonómica, y será una gestión indirecta si se realiza con una entidad privada con ánimo de lucro». Idéntico parecer manifiestan Mendoza y Gutiérrez Santana, los cuales entienden que, tras la STJUE ASADE I y el ATJUE ASADE II, los acuerdos de acción concertada «son contratos públicos, pero con otro nombre». Para ambos, consideran que la acción concertada es un sucedáneo de los «conciertos», en el sentido de modalidad de gestión indirecta de un servicio público, y atribuyen a la acción concertada una naturaleza contractual. Lazo Vitoria, 2016. Domínguez Martín, 2019: 33. Mendoza Jiménez y Gutiérrez Santana, 2023: 34.
- 48 FJ 6 STS) de la Comunidad Valenciana 560/2018, de 12 de junio.
- 49 FJ 7 STS) de la Comunidad Valenciana 560/2018, de 12 de junio.
- 50 FJ 5 STC 133/1992, de 2 de octubre (con. Compe. 785/1985).
- 51 Tras recibir una queja de la Alianza de la Sanidad Privada Española (ASPE) reclamando la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la LACVal, la Defensora del Pueblo desatendió la petición. Únicamente realizó dos recomendaciones relacionadas con el principio de igualdad y el régimen transitorio. Disponible 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 el 28 de enero de 2024).
- 52 Manent Alonso y Tenhaeff Lackschewitz, 2018: 216.
- 53 DA 3.9 DLCat. En el art. 6.5 LSPBa se exige, para que se primen a las entidades sin ánimo de lucro, que existan «análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, así como de eficiencia presupuestaria».
- 54 Art. 4.2 LSPBa.
- 55 Arts. 2 c) LACAr y LACVal y 44 bis c) LSSVal.
- 56 Vid pár. 65 STJUE *Spezzino* de 11 de diciembre de 2014 (as. C.113/13).
- 57 Art. 75 LSSMad.
- 58 El ATSJ de Aragón de 23 de noviembre de 2020, planteó las siguientes cuestiones: ¿Es compatible con el Derecho de la Unión –artículo 49 TFUE y los artículos 76 y 77 (en relación con el artículo 74 y anexo XIV) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014– una normativa nacional que permite a los poderes adjudicadores recurrir a conciertos con entes privados sin ánimo de lucro –no sólo asociaciones de voluntariado– para la prestación de toda suerte de servicios sociales a las personas a cambio de reembolso de costes, sin acudir a los procedimientos previstos en la Directiva de contratación y sea cual fuere el valor estimado, simplemente, mediante la previa calificación de dichas figuras como no contractuales? 2) ¿Es compatible con el Derecho de la Unión –artículo 49 TFUE y los artículos 76 y 77 (en relación con el artículo 74 y anexo XIV) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014–, una normativa nacional que, para la prestación de servicios de interés general sanitarios o sociales, permite eludir la normativa de contratación pública, mediante el empleo de la técnica de la acción concertada, como complemento o sustitución de la gestión por medios propios, no por razones de idoneidad de la técnica para la adecuada prestación del servicio, sino para la consecución de concretos objetivos de política social, que afectan al modo de prestación o que se exigen al agente encargado de prestarlo para su elección, y ello aun cuando se mantenga la vigencia de los principios de publicidad, competencia y transparencia? 3) De serlo ¿es compatible con el Derecho de la Unión –preceptos de constante cita, y además el artículo 15.2 b) de la Directiva 123/2006/CE, del Parlamento y del consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior– la reserva exclusiva y excluyente de esta técnica de intervención, a entidades sin ánimo de lucro –no sólo a asociaciones de voluntariado–, aun cuando se respete el principio de transparencia y publicidad? 4) ¿Atendido el artículo 15.2 b) de la

- Directiva de Servicios, cabe interpretar que dar a los poderes adjudicadores la facultad discrecional de acudir a la acción concertada para encargar la gestión de servicios de carácter social y sanitario a entidades sin ánimo de lucro equivale a condicionar el acceso a estos servicios en función de la forma jurídica? Y si la respuesta a esta inmediatamente anterior fuera afirmativa, ¿es válida, con arreglo al artículo 15.7 de la Directiva de Servicios, una normativa nacional como la normativa objeto de cuestión, respecto de la que el Estado no ha notificado a la comisión la inclusión del requisito relativo a la forma jurídica? 5) Para el caso de que las respuestas a las anteriores fueran positivas, ¿deben interpretarse los artículos 49 y 56 del TFUE, los artículos 76 y 77 (en relación con el artículo 74 y anexo XIV) de la Directiva sobre contratación pública y el artículo 15.2 de la Directiva 123/2006/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior, en el sentido de que permiten a los poderes adjudicadores a efectos de selección de entidad sin ánimo de lucro (no sólo a asociaciones de voluntariado) con la que concertar la prestación de toda suerte de servicios sociales a las personas –más allá de los enunciados en el artículo 2.2) de dicha directiva– que incluya entre los criterios de selección la implantación en la localidad o área geográfica en la que vaya a prestarse el servicio? Las tres preguntas del ATSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de julio de 2020 se encuentran incluidas en las cinco preguntas del ATSJ de Aragón de 23 de noviembre de 2020, por lo que no precisa ser reproducido.
- 59 STJUE ASADE I de 14 de julio de 2022 (as. C-436/20) y ATJUE ASADE II (as. C-676/20).
- 60 Lazo Vitoria, 2023: 4.
- 61 Pár. 56 STJUE ASADE I.
- 62 Garrido Juncal, 2020: 227.
- 63 Darnaculleta Garneda, 2021: 43.
- 64 Pár. 30 STJUE *Tirkonnen* de 1 de marzo de 2018 (as. C-9/17).
- 65 Pár. 68 STJUE ASADE I.
- 66 Pár. 59 STJUE ASADE I.
- 67 Pár. 60 STJUE ASADE I.
- 68 Pár. 62 STJUE ASADE I.
- 69 Pár. 63 STJUE ASADE I.
- 70 Pár. 67 STJUE ASADE I.
- 71 Pár. 64 STJUE ASADE I.
- 72 Pár. 65 STJUE ASADE I.
- 73 Pár. 73 STJUE ASADE I.
- 74 Pár. 40 ATJUE ASADE II. Sobre el ATJUE ASADE II, puede leerse lo escrito por Gimeno Feliú, específicamente sobre este fallo. Gimeno Feliú, 2023.
- 75 Pár. 72 STJUE ASADE I.
- 76 Lazo Vitoria, 2023: 13.
- 77 Pár. 52 ATJUE ASADE II.
- 78 La STSJ de la Comunidad Valenciana 339/2023 (rec. 170/2018) declaró nulos los arts. 13.2 par. 1, 15.1 a) y 23 y el «garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora» del art. 22, todos ellos del DACVal. La STSJ de la Comunidad Valenciana 342/2023 (rec. 168/2018), además del art. 23 y el citado inciso del art. 22, también declaró la nulidad del art. 4 d) en relación con el art. 13.2 par. 1, todos ellos del DACVal.
- 79 Las SSTSJ de la Comunidad Valenciana 352/2023 (rec. 224/2019) y 354/2023 (rec. 171/2019) declararon nulos los acuerdos de acción concertada de atención –residencial, domiciliaria y en viviendas tuteladas– de personas en situación de dependencia: la primera por infracción del principio de publicidad al no divulgar este «contrato de régimen simplificado» en el DOUE, así como «la inobservancia del requisito de que no se haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión en los tres años precedentes; la segunda por infracción del principio de transparencia por falta de difusión de la convocatoria en el DOUE. Adicionalmente, la STSJ de la Comunidad Valenciana 353/2023 (rec. 302/2018) también anuló una convocatoria de acción concertada de atención a personas con discapacidad al entender que su falta de difusión en el DOUE era contraria al principio de transparencia.
- 80 *Ídem*. En palabras del TSJ de la Comunidad Valenciana, «lo cierto es que de la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022 (ASADE I) se extrae para esta Sala y sin ningún género de dudas el carácter contractual de la acción concertada según viene regulada en el Decreto impugnado». *Ídem*.
- 81 Párrs. 73 y 40 STJUE ASADE I y ATJUE ASADE II.
- 82 Tolívar Alas y Cueto Pérez, 2020: 15.
- 83 Berberoff Ayuda, 2018: 197. En palabras de Hernández González, la acción concertada «constituye un ejemplo de voluntad política de diferenciar lo que es mercado de prestaciones de calidad en atención a las personas en ámbitos muy sensibles, poniéndose la atención en la complementariedad para conseguir optimizar la eficiencia en el modo de prestar servicios tan esenciales. Ahora bien, desde un punto de vista político, lo que late es la voluntad de sustraer estos *acuerdos de acción concertada* de la normativa de contratos públicos, excluyéndolos de las modalidades de gestión indirecta». Hernández González, 2017: 1051.
- 84 Ap. 2.2 del *Libro blanco*.
- 85 Este planteamiento no es nuevo. Gallego Anabitarte, en el contexto de los planes de desarrollo de los años sesenta del siglo XX, calificó la técnica de concertación como una manifestación de la actividad de fomento. Mediante esta técnica la Administración presentaba un plan, con unos objetivos, para que los particulares los asumieran y, de manera paralela a la Administración, contribuyesen al desarrollo económico del país. Este compromiso se reflejaba en un «acta de concierto» en la que se concretaban las obligaciones y beneficios de las partes. Además, la suscripción del acta suponía la aceptación, por el particular, de un acto administrativo necesitado de colaboración. Más recientemente Garrido Juncal ha asimilado la acción concertada a una subvención y Hernández González ha advertido que, de acuerdo con la regulación actual, «la acción concertada constituye una técnica de fomento y no de gestión de servicios públicos. Hernández González, 2017: 1052. Gallego Anabitarte, 1980: 224. Garrido Juncal, 2017: 96 a 98.
- 86 Consideración jurídica 5.1 del informe 53/2010, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
- 87 FJ 5 STSJ de la Comunidad Valenciana 1925/2000, de 20 de diciembre (rec. 273/1997).
- 88 Art. 3 DACVal.
- 89 Art. 3 LACVal.
- 90 Cfr. Art. 4 a) DACVal.
- 91 Cdo. 54 Dir. 2014/23/UE.

