

A vueltas con la acción concertada: un régimen fallido para la prestación no contractual de servicios de cuidados¹

ROSARIO LEÑERO BOHÓRQUEZ
Profesora contratada doctora.
Universidad de Huelva

- 1. Introducción**
- 2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia como trasfondo de la acción concertada en la gestión de servicios a las personas**
 - 2.1. Servicios sociales de interés general y mercado interior: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la contratación pública de los servicios a las personas
 - 2.2. El concepto de “contrato público”: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la elección del proveedor como criterio determinante en la aplicación de las directivas
- 3. La prestación de servicios a las personas en la normativa sobre contratación pública**
 - 3.1. Instrumentos no contractuales y régimen simplificado de contratación de los servicios a las personas en las directivas de contratación de 2014
 - 3.2. Instrumentos no contractuales y un régimen escasamente especial de contratación de servicios a las personas en la Ley de Contratos del Sector Público
- 4. La recuperación de la acción concertada y del concierto social como instrumentos no contractuales en la normativa autonómica: una fundamentación jurídica dudosa para unos legítimos fines prácticos**
- 5. Los regímenes de acción concertada y de concierto social ante los tribunales: los asuntos ASADE I y ASADE II como punto de inflexión en la interpretación de la acción concertada y del concierto social**

Artículo recibido el 28/10/2025; aceptado el 31/10/2025.

1. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i “Externalización del Estado social y garantía de cuidados de calidad para mayores y personas con discapacidad” (PID2024-162032OB-I00), financiado por MICIU /AEI /10.13039/501100011033 / FEDER, UE (convocatoria 2024).

- 5.1. La acción concertada ante el TJUE: naturaleza contractual de los acuerdos y condiciones para la compatibilidad con el derecho de la Unión de la reserva a entidades sin ánimo de lucro
- 5.2. La acción concertada ante los tribunales españoles: desdoblamiento de su naturaleza jurídica y marginación de la Ley de Contratos
 - 5.2.1. *El control de la acción concertada ante la jurisdicción contencioso-administrativa*
 - 5.2.2. *El control de la acción concertada por tribunales administrativos de resolución de recursos contractuales*

6. Consideraciones finales

7. Bibliografía

Resumen

El trabajo analiza críticamente la configuración jurídica de la acción concertada y del concierto social como fórmulas no contractuales para la prestación de servicios de cuidados en el marco del derecho europeo y español. Partiendo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la normativa sobre contratación pública (directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, así como la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público), se examinan la fundamentación jurídica y los fines perseguidos con la regulación de la acción concertada y el concierto social como modos de prestación de servicios a las personas al margen de la normativa contractual. Se sostiene que la pretendida naturaleza “no contractual” de la acción concertada se construye sobre una base jurídica débil y ha generado una notable inseguridad jurídica, agravada por las dificultades de nuestros tribunales para asimilar la doctrina elaborada por el TJUE en los asuntos ASADE I y ASADE II, conduciendo a resultados particularmente lesivos en el contexto de la atención a personas en situaciones de vulnerabilidad física o psíquica como son las receptoras de cuidados.

Palabras clave: *acción concertada; concierto social; contratos públicos; servicios sociales de interés general; servicios a las personas; tercer sector*.

Revisiting concerted action: A failed regime for the non-contractual provision of care services

Abstract

The article critically analyzes the legal configuration of concerted action and the social concert as non-contractual formulas for the

provision of care services within the framework of European and Spanish law. Drawing on the case law of the Court of Justice of the European Union and regulations on public procurement (Directives 2014/24/EU and 2014/23/EU, as well as Law 9/2017 on Public Sector Contracts), it examines the legal basis and the objectives pursued by regulating concerted action and the social concert as methods of providing services to persons outside the scope of procurement law. It is argued that the purported “non-contractual” nature of concerted action is built on a weak legal basis and has generated significant legal uncertainty, aggravated by the difficulties of our courts in assimilating the doctrine established by the CJEU in the ASADE I and ASADE II cases, leading to particularly harmful outcomes in the context of care for people in situations of physical or psychological vulnerability.

Keywords: concerted action; social concert; public procurement; social services of general interest; services to persons; third sector.

1 Introducción

El legislador europeo ha contemplado los “servicios a las personas”² como objeto propio de la contratación pública en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante, DCP) y en la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, DAC). Bajo la rúbrica “Servicios sociales y otros servicios específicos” se establecen una serie de disposiciones específicas para los servicios cuyos códigos CPV se listan en el anexo XIV de la DCP y en el anexo IV de la DAC. Allí, junto a otro tipo de servicios que solo comparten con los servicios a las personas su menor interés transfronterizo³, encontramos un amplio catálogo de actividades prestacionales que

2. Sobre el origen de la noción “servicios a las personas” y su contraposición a “servicios atinentes al territorio, v. Vaquer Caballería (2000).

3. El régimen específico de contratación de los servicios se extiende por razón de su escaso interés transfronterizo a los servicios de hostelería y restauración (considerando 115), a determinados servicios jurídicos que suelen ocuparse exclusivamente de cuestiones de estricto derecho nacional (considerando 116) o a los servicios de salvamento, servicios de extinción de incendio y servicios penitenciarios (considerando 117). Además, los anexos XIV DCP y IV DAC hacen extensivo este régimen especial a actividades tales como la organización de exposiciones, ferias y congresos, de desfiles de moda, servicios de investigación criminológica o de seguridad, servicios postales, servicios de recauchutado de neumáticos o de herrería.

constituyen la espina dorsal de la acción protectora material de los modernos Estados del bienestar en los campos social, sanitario y educativo, donde se encuadrarían como especie los servicios de cuidados.

Resulta paradójico que en el momento de mayor proyección de la disciplina contractual europea sobre los servicios todas las comunidades autónomas hayan reformado sus sistemas públicos de servicios sociales y, en su caso, sanitarios para introducir —o mejor, reintroducir— técnicas de gestión que, bajo la denominación de “acuerdos de acción concertada”, “acuerdos de concertación” o “concierto social”, se declaran al margen de la legislación de contratos⁴. Estas figuras tienen una especial incidencia en el ámbito de

4. A continuación, se enumeran las disposiciones autonómicas en vigor al momento de la redacción de este trabajo que recogen la figura de un concierto “especial”, concierto social, acuerdos de acción concertada o concertación social, ordenadas por la fecha de su adopción o, en su caso, por la fecha en que fueron modificadas para acoger estas formas de colaboración. Son anteriores a las directivas de 2014 las siguientes: en Cantabria, la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales (LSSCant), que ha mantenido la figura tradicional del concierto sectorial aunque sin desarrollo reglamentario específico; en el País Vasco, la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales (LSSPV), si bien no será hasta la Ley 6/2016, de 12 de mayo, del Tercer Sector Social de Euskadi, cuando se haga referencia al “concierto social”, con desarrollo reglamentario a través del Decreto 168/2023, de 7 de noviembre. Son posteriores a las directivas de 2014: en Cataluña, la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales (LSSCat), en la redacción dada por el Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, con desarrollo reglamentario en el Decreto 69/2020, de 14 de julio; en Galicia, la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales (LSSGal), en la redacción dada por la Ley 8/2016, de 8 de julio, y el Decreto 229/2020, de 17 de diciembre, de conciertos sociales; en Aragón, la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales (LSSAr), en la redacción dada por la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario (LACAR), que trae causa, a su vez, del Decreto-ley 1/2016, de 17 de mayo, con desarrollo reglamentario en el ámbito sanitario a través del Decreto 62/2017, de 11 de abril; en Andalucía, la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales (LSSAnd) y Decreto 41/2018, de 20 de febrero, de conciertos sociales; en Navarra, la Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales (LFCSNav); en La Rioja, la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales (LSSR), en la redacción dada por la Ley 2/2018, de 30 de enero, de medidas fiscales y administrativas, sin desarrollo reglamentario; en Baleares, la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social (LSPB), que desarrolla la participación de la iniciativa privada prevista en la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales (LSSIB) y que, en tanto no se oponga al texto de la LSPB, se regula en el Decreto 48/2017, de 27 de octubre, de principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales; en Extremadura, la Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales (LSSEx), en la redacción dada por la Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario (LCSEx); en la Comunidad Valenciana, la Ley 7/2017, de 20 de marzo, de acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario (LACSanVal), la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de Servicios Sociales Inclusivos (LSSICVal) y el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, de acción concertada de servicios sociales; en Asturias, la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales (LSSAst), donde se introduce por primera vez el concierto social con la Ley 9/2015, de 20 de marzo, siendo reformada de nuevo por la Ley 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada (LACAst); en Canarias, la Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales (LSSCan), en la redacción dada por la Ley 3/2020, de 27 de octubre, de medidas urgentes de carácter social dirigidas a las personas en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y el Decreto 144/2021, de 29 de diciembre, de concierto social en el ámbito de los servicios sociales; en Castilla-La Mancha, la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales (LSSCLM), en la redacción dada por la Ley 4/2021, de 25 de junio, de medidas urgentes de agilización y simplificación de procedimientos para la gestión y ejecución de los fondos europeos de recuperación, estando en vigor en tanto no se oponga el Decreto 52/2021, de acción concertada para servicios sociales y

los cuidados, pues se emplean para la reserva y ocupación de plazas en centros, así como para la gestión integral de distintos servicios, prestaciones y centros en el ámbito de los servicios sociales, sanitarios y sociosanitarios, en el marco de las carteras autonómicas de servicios. También el Estado se ha dotado de un régimen no contractual de acción concertada para la gestión por entidades privadas del sistema de acogida en materia de protección internacional⁵.

La explicación a este movimiento legislativo hay que encontrarla, principalmente, en el último párrafo del considerando 114 de la DCP, donde se indica que “[l]os Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para [...] organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos”⁶, inciso de constante invocación en las exposiciones de motivos de leyes y reglamentos que regulan la acción concertada y el concierto social.

Transcurridos casi diez años desde la puesta en marcha de estos instrumentos no contractuales el resultado que arrojan puede juzgarse como decepcionante. Sin entrar a valorar si han favorecido mejoras en la calidad de los servicios prestados, en la simplificación de la gestión administrativa o en la reducción de cargas para la Administración y los operadores, objetivos que la DCP apunta al hilo de la gestión de los servicios a las personas⁷, son la abundante litigiosidad y la patente inseguridad jurídica que han marcado tanto la articulación normativa como la aplicación práctica de la acción concertada las que conducen a la conclusión adelantada. Una inseguridad jurídica cuyos efectos, de suyo perturbadores en el funcionamiento de cualquier servicio público, son particularmente lesivos en el contexto de la atención a personas en situaciones de vulnerabilidad física o psíquica como son las receptoras de cuidados.

asistencia a personas en situación de dependencia; en Murcia, la Ley 3/2021, de 29 de julio, de Servicios Sociales (LSSMu), estando en vigor en tanto no se oponga el Decreto 10/2018, de 14 de febrero, sobre conciertos sociales en servicios sociales especializados en los sectores de mayores y personas con discapacidad; en Castilla y León, la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales (LSSCL), en la redacción dada por la Ley 5/2021, de 14 de septiembre, del Tercer Sector Social; y finalmente, en Madrid, la nueva Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (LSSCMad).

5. V. título V del Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, dictado en desarrollo del art. 31.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en la redacción dada por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2022. La disposición adicional tercera del RD 220/2022 permite extender este régimen a la gestión de programas de atención humanitaria a personas migrantes.

6. Tiene correspondencia en el considerando 54 de la DAC, donde se señala que “[l]os Estados miembros y las autoridades públicas siguen siendo libres de prestar ellos mismos estos servicios o de organizar los servicios sociales sin asignar concesiones”.

7. V. considerando 114 DCP.

Tanto Aragón como Valencia se han visto particularmente afectadas por las anulaciones totales o parciales de las convocatorias de acuerdos de acción concertada o de conciertos sociales. En ambos casos, la emisión de la mayoría de estas sentencias ha estado mediada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), quien juzgó la compatibilidad con los tratados y con la DCP de los regímenes de acción concertada valenciano y aragonés con ocasión de las cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos ASADE I (C-436/20)⁸ y ASADE II (C-676/20)⁹, respectivamente. Lejos de clarificarse el panorama, la recepción de los fallos del TJUE en nuestra jurisprudencia ha tornado aún más compleja, si cabe, la interpretación del régimen jurídico de la acción concertada, en general, y su relación con la DCP y la LCSP en particular, retrayendo su utilización. A la fecha de cierre de este trabajo pende la resolución de sendos recursos de casación donde el Tribunal Supremo (en adelante, TS) deberá aclarar “si la acción concertada está sujeta a normativa contractual y en qué medida en virtud de lo resuelto por la STJUE de 14 de julio de 2022 (C-436/20), y el ATJUE de 31 de marzo de 2023 (C-676/20)”¹⁰.

A la espera de lo que decida el Tribunal Supremo, el objeto de este trabajo no es realizar una exposición de los regímenes jurídicos de la acción concertada y del concierto social en el derecho autonómico¹¹, sino ofrecer tentativamente una indagación de las razones que habrían conducido a un planteamiento fallido de la acción concertada como fórmula no contractual de prestación de servicios, y de cómo esas razones continúan permeando la interpretación de las directivas de contratación y de la doctrina del TJUE que efectúan nuestros tribunales. Para ello, se expondrá en primer término la jurisprudencia del TJUE que ha inspirado el régimen de la acción concertada y que delimita el concepto de contrato público a efectos de las directivas de contratación. A continuación, se abordará brevemente cómo se trata la prestación de servicios a las personas, tanto a través de instrumentos no contractuales como de contratos públicos, en las directivas de contratación de 2014 y en la Ley

8. STJUE de 14 de julio de 2022 (ECLI:EU:C:2022:559).

9. ATJUE de 31 de marzo de 2023 (ECLI:EU:2023:289).

10. V. ATS de 16 de octubre de 2024 (ROJ: ATS 12461/2024) por el que se admite recurso de casación contra la STSJ CV de 30 de junio de 2023 (ROJ: STSJ CV 3781/2023) y ATS de 16 de octubre de 2024 (ROJ: ATS 13261/2024) que admite recurso de casación contra la STSJ CV de 30 de junio de 2023 (ROJ: STSJ CV 7451/2023).

11. V. para ello la reciente obra colectiva dirigida por Forns *et al.* (2025), que reúne un completo conjunto de estudios comparados por territorios y sectores. Un análisis más sintético, a efectos de la determinación de la naturaleza jurídica de la acción concertada en el ámbito sanitario, en Díez Sastre (2020: 231-261), y en el ámbito social, en Leñero Bohórquez (2022: 164-184).

9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), antes de exponer los fundamentos y los fines que han orientado al legislador autonómico al fijar el régimen jurídico de la acción concertada y del concierto social. El trabajo se cierra con la exposición del estado de la jurisprudencia sobre estas técnicas de gestión.

2

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia como trasfondo de la acción concertada en la gestión de servicios a las personas

Para comprender qué inspira el régimen jurídico de la acción concertada, así como los elementos que condicionan su configuración como un instrumento no contractual, hay que atender a dos líneas de jurisprudencia del TJUE. Una primera se refiere a la proyección de las libertades de prestación de servicios y de establecimiento sobre los servicios a las personas, toda vez que su prestación suele enmarcarse en sistemas públicos de garantía. Al hilo de esta cuestión se ha planteado si las directivas de contratación se aplican y, en su caso, con qué alcance a la gestión indirecta de estos servicios mediante la contratación con terceros. Una segunda línea jurisprudencial atiende a los elementos que según el TJUE debe reunir un negocio jurídico para poder ser considerado “contrato público” y quedar sometido a las directivas.

2.1

Servicios sociales de interés general y mercado interior: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la contratación pública de los servicios a las personas

El estatuto jurídico de los servicios a las personas o servicios sociales en sentido amplio resulta muy confuso a la luz de la jurisprudencia del TJUE. Una parte muy importante de estos servicios se presta en el marco de sistemas públicos de garantía, ya sean regímenes de seguridad social de afiliación obligatoria u otro tipo de regímenes públicos, aunque con notables diferencias en su articulación concreta en función del sector y del contexto geográfico y cultural¹². En todo caso, se trata de servicios que, en una gran medida y para una buena parte de los Estados miembros, aspiran a ofrecer una cober-

12. Un estudio comparado en Del Pino y Rubio (2024).

tura universal, pues encarnan la dimensión social del estatuto de ciudadanía, y cuya configuración se inspira en el principio de solidaridad, de manera que el alcance de las prestaciones que recibe el usuario no viene determinado por el volumen de las aportaciones que haya realizado vía cotizaciones o, en su caso, copagos, o presentan un marcado carácter redistributivo, al financiarse a través de tributos.

Estos servicios fueron identificados inicialmente como servicios no económicos de interés general (SNEIG), de tal manera que los Estados podían considerarse plenamente libres para organizarlos, prestarlos y financiarlos sin que les fueran aplicables las reglas del mercado interior y de la competencia. Sin embargo, el creciente peso del sector privado en la provisión de estos servicios y, particularmente, de la iniciativa empresarial, junto a los progresos en la integración europea, obligan a matizar esta consideración inicial de manera que, en la actualidad, solo parece enteramente prelicable respecto de actividades que constituyen inequívocamente prerrogativas del Estado (como la garantía de la seguridad interior o exterior, la administración de justicia y, en general, las manifestaciones de ejercicio del poder público)¹³. No en vano la propia Comisión ha formulado la categoría de los “servicios sociales de interés general”, en la que tienen cabida tanto servicios de carácter comercial como no comercial¹⁴.

Ahora bien, el TJUE, al que en última instancia compete decidir en qué medida estos servicios se someten a las determinaciones de los tratados sobre mercado interior y competencia, está lejos de ofrecer una directriz coherente¹⁵. En efecto, existe una notable asimetría en la apreciación de qué es una “actividad económica”, según el pronunciamiento del tribunal se produzca en el contexto de las libertades de prestación de servicios y de establecimiento o sobre la aplicación de las reglas de competencia, siendo considerablemente más amplio su significado en el primer bloque normativo¹⁶. En palabras del Abogado General Poiares Maduro “el ámbito de aplicación de la libre competencia y el de la libre prestación de servicios no son

13. V. al respecto Vida Fernández (2017: 25-135).

14. Una primera referencia a los servicios sociales de interés general se encuentra en el Libro Blanco sobre servicios de interés general, 12.5.2004 COM (2004) 374 final. Se tratarían monográficamente en la comunicación “Aplicación del programa comunitario de Lisboa -Servicios sociales de interés general en la Unión Europea”, 26.4.2006 COM (2006) 177 final, aunque finalmente quedaran fuera los servicios sanitarios.

15. Sobre la problemática caracterización de los servicios públicos de contenidos social en el marco de los servicios de interés general, v. Vaquer Caballería (2005).

16. Según el TJUE, dado que el concepto de “servicios” define el ámbito de aplicación de una de las libertades económicas fundamentales, no puede interpretarse restrictivamente; v. STJUE de 10 de julio de 2025, Farmacjia, C-715/23, apartado 52, a propósito de la interpretación del concepto de “servicios de interés general no económicos” del art. 4.2 DAC.

totalmente coincidentes. Nada impide calificar de prestación de servicios una transacción que implique un intercambio, aunque las entidades que hayan participado en el intercambio no sean empresas a efectos del Derecho de la competencia. [...] los Estados miembros pueden excluir del ámbito de la competencia ciertas actividades si las organizan dando prioridad al principio de solidaridad, con la consiguiente exclusión del Derecho de la competencia. En cambio, el modo en que una actividad está organizada a nivel nacional no influye en absoluto en la aplicación del principio de libre prestación de servicios”¹⁷. Por tanto, a efectos de las libertades del mercado interior, actividad económica sería cualquier prestación de servicios que resulte retribuida, razón por la cual los servicios de solidaridad se encuentran sometidos “a un proceso de integración negativa de baja intensidad”¹⁸, marcado por los pronunciamientos del TJUE que han ido limitando la discrecionalidad de los Estados miembros para organizar la prestación de servicios de titularidad o responsabilidad pública mediante encargos retribuidos a terceros.

Con todo, la proyección de las libertades de prestación de servicios y de establecimiento sobre la gestión externalizada de servicios públicos atinentes a las personas posee características particulares. En primer lugar, la normativa europea de contratación pública ha venido presentando una muy baja densidad regulatoria respecto a los contratos de servicios educativos, sociales y de salud, a los que solo les eran aplicables un par de disposiciones de las directivas¹⁹. Las autoridades nacionales han contado de este modo con una amplísima discrecionalidad para regular la adjudicación de los contratos de servicios a las personas. Ciertamente

17. V. Punto 51 de las conclusiones del abogado general Poiares Maduro presentadas en el asunto FENIN/Comisión (C-205/03). En el mismo sentido, v. punto 52 de las conclusiones de la abogada general Laila Medina en el asunto ASADE I (C-436/20), donde precisamente se analizó la compatibilidad de la acción concertada valenciana con los tratados y la DCP.

18. Vida Fernández (2017: 33).

19. La Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, primera disposición europea que coordinó los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios, estableció un sistema de doble lista diferenciando el régimen jurídico aplicable según los servicios contratados figuraran en el Anexo IA o en el Anexo IB, y siempre que el importe estimado del contrato superara los 200 000 ecus. En el primer caso, la contratación quedaba enteramente sometida a la Directiva; para la contratación de los segundos, entre los que se contaban los servicios de educación, sociales y de salud, solo se contemplaba la aplicación de las normas técnicas comunes (art. 14) y la posibilidad de publicar los resultados de la adjudicación (art. 16). El sistema de doble lista de servicios con régimen diferenciado se mantuvo con la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios. Los servicios educativos, sociales y de salud, en el Anexo II B, solo quedaban sujetos a las especificaciones técnicas de los contratos (art. 23) y al anuncio de adjudicación (art. 35.4), cuando el valor estimado de los contratos superara los umbrales previstos. La gestión de los servicios mediante concesión quedaba excluida de la Directiva (art. 17).

el TJUE ha exigido que cuando exista un interés transfronterizo cierto en el contrato en cuestión deban respetarse los principios de no discriminación, igualdad y transparencia como obligaciones derivadas del derecho primario, con independencia de la ausencia de determinaciones concretas en las directivas²⁰. Ello no obsta para que en el terreno de los servicios a las personas se aprecie una disposición más favorable del tribunal para admitir excepciones o limitaciones a los principios indicados, con base en una interpretación generosa de las razones de interés general aducidas por los Estados o en una aplicación más laxa del juicio de proporcionalidad.

Con estos elementos, el TJUE se ha mostrado bastante creativo al alumbrar una doctrina de constante invocación en las disposiciones que regulan la acción concertada y el concierto social, y que se refiere a la participación de las entidades sin ánimo de lucro y las asociaciones de voluntariado en la prestación de servicios sociosanitarios de responsabilidad pública. En una primera sentencia recaída en 1997, en el asunto Sodemare²¹, el TJUE declaró compatible con la libertad de establecimiento un sistema público de concertación de la asistencia sociosanitaria reservado a las entidades sin ánimo de lucro, por el que estas eran reembolsadas por los costes de la prestación hasta un límite máximo establecido por día y residente. El TJUE declaró entonces que, en el marco de la competencia estatal para ordenar el sistema de seguridad social, un Estado miembro podía considerar que la admisión de operadores privados a su sistema de asistencia social “implica necesariamente, para alcanzar sus objetivos, que [...] esté supeditada al requisito de que no persigan ningún fin lucrativo”²².

La sentencia Sodemare no se pronunció sobre si el sistema de concertación analizado constituía o no un contrato público. En cambio, la sentencia del asunto Spezzino en 2014²³, que versaba sobre la adjudicación directa y sin publicidad de la prestación de servicios de transporte sanitario de urgencia a entidades de voluntariado, sí encuadró su análisis en la Directiva 2004/18. El TJUE interpretó que los convenios podían en-

20. V. STJUE de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C-507/03 (ECLI:EU:C:2007:676), apartado 30. La sentencia versa en concreto sobre la adjudicación de contratos de servicios postales, que se encontraban, junto a los servicios a las personas, en el listado I B de la Directiva 92/50/CEE.

21. STJUE de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros contra Regione Lombardia, C-70/95 (ECLI:EU:C:1997:301).

22. STJUE Sodemare, cit., apartado 32.

23. STJUE de 11 de diciembre de 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” y otros, C-113/13 (ECLI:EU:C:2014:2440).

tenderse suscritos al amparo de un acuerdo marco que no quedaba fuera del concepto de contrato público por el hecho de concluirse con entidades sin ánimo de lucro²⁴. Dado que los convenios combinaban servicios con régimen de contratación especial —los sanitarios— y servicios con régimen de contratación ordinario —los de transporte—, en el caso de que los primeros tuvieran mayor peso, el tribunal sostuvo que no serían exigibles la licitación ni la previa publicación de anuncio o las reglas sobre criterios de adjudicación previstos en la directiva con carácter general²⁵, aunque sí los principios generales de transparencia e igualdad de trato que derivan directamente de los arts. 49 y 56 TFUE²⁶. Centrado así el análisis, el TJUE reconoció la existencia de circunstancias objetivas —la salud y la vida de las personas, el equilibrio financiero del sistema de seguridad social— que pueden justificar la diferencia de trato y la falta de transparencia. La adjudicación directa y sin publicidad de servicios de transporte urgente sanitario a organizaciones de voluntariado —no a cualquier entidad sin ánimo de lucro— sería admisible en tanto el marco jurídico convencional en que se desarrolla la actividad contribuya efectivamente a la finalidad social y a la prosecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que inspiran la normativa. El TJUE, además, se extendió a concretar las condiciones que deben reunir las entidades de voluntariado adjudicatarias para entender que contribuyen a la satisfacción de los fines y objetivos antedichos²⁷.

El TJUE tuvo ocasión de volver a analizar en 2016, en el asunto CASTA²⁸, un régimen de suscripción directa de convenios entre organismos públicos sanitarios y asociaciones de voluntariado para la prestación del servicio de transporte sanitario a cambio del reembolso de los gastos. El TJUE lo consideró compatible con los arts. 49 y 56 TFUE, reproduciendo la argumentación

24. STJUE Spezzino, cit., apartados 36-38.

25. STJUE Spezzino, cit., apartados 41-42.

26. STJUE Spezzino, cit., apartados 45-46.

27. La admisibilidad de este sistema de adjudicación de servicios sanitarios se condicionaba al cumplimiento de tres condiciones por parte de las entidades de voluntariado: 1) que no persiguieran otros objetivos que los propios del servicio; 2) que no obtuvieran ningún tipo de beneficio por la prestación, sin perjuicio del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes en que hubieran incurrido; y 3) que no proporcionaran ningún beneficio a sus miembros. Estas condiciones no serían incompatibles con el recurso a trabajadores; de otro modo, las organizaciones se verían privadas de la posibilidad de actuar en ámbitos en los que se aplica el principio de proporcionalidad, pero su actividad habría de ajustarse a los requisitos establecidos por la normativa nacional al respecto. La actividad de las organizaciones, por tanto, podría ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal, y los pagos a voluntarios habrían de ceñirse exclusivamente al reembolso de los gastos efectivamente soportados en la prestación de la actividad; v. STJUE Spezzino, apartados 60-62.

28. STJUE de 28 de enero de 2016, CASTA y otros, C-50/14 (ECLI:EU:C:2016:56).

y las condiciones expuestas en la sentencia Spezzino²⁹, y reafirmó el carácter de contratos públicos de dichos convenios a la luz de la Directiva 2004/18³⁰.

2.2

El concepto de “contrato público”: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la elección del proveedor como criterio determinante en la aplicación de las directivas

A diferencia de los pronunciamientos anteriores, que responden a una lógica sectorial, la doctrina del TJUE sobre el concepto de contrato público posee un carácter general.

Como es sobradamente conocido, los conceptos del derecho europeo tienen un carácter estrictamente funcional, determinado por las concretas finalidades que se persiguen, lo que condiciona su interpretación y la aleja eventualmente del significado que posean en la legislación nacional o que comúnmente se les atribuya desde la teoría general del derecho³¹. En el ámbito de los contratos públicos, esas finalidades pasan por la consecución del mercado interior mediante el aseguramiento de las libertades económicas fundamentales y sus corolarios (transparencia, no discriminación e igualdad de trato). A los efectos de la prestación por entidades del tercer sector de servicios a las personas, el enfoque funcional ha traído consigo una extensión del concepto de contrato público a la mayoría de los convenios de colaboración, que tradicionalmente se consideraban al margen de la legislación contractual. Así, la noción de “operador económico” como contraparte de un contrato público ha sustituido a la de empresario, permitiendo hacer abs-

29. En respuesta a otras dos cuestiones adicionales, la STJUE CASTA añadió que el derecho europeo no obligaba a los Estados miembros a comparar previamente las propuestas de las asociaciones (apartados 68-72), así como que compete al legislador nacional establecer en su caso límites al desarrollo de actividades comerciales por parte de las asociaciones de voluntariado, para asegurar que aquellas sean marginales en relación con el conjunto de las actividades que despliegan y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado (apartados 73-79).

30. STJUE CASTA, cit., apartados 33-50.

31. En este sentido, el TJUE ha afirmado que, para la determinación del sentido y alcance del tenor de una disposición de derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al derecho de los Estados miembros, debe efectuarse una interpretación autónoma y uniforme, que tenga en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la norma de que se trate, en aras tanto de las exigencias de aplicación uniforme del derecho de la Unión como del principio de igualdad. Precisamente, respecto a conceptos que recogen las directivas de contratación, v. STJUE de 21 de marzo de 2019, Falck Rettungsdienste, C-465/17 (ECLI:EU:C:2019:23), apartado 28; y STJUE de 7 de julio de 2022, Italy Emergenza, C-213/21 y C-214/21 (ECLI:EU:C:2022:532), apartado 30, a propósito del concepto de “prevención de riesgos” mencionado por el art. 10.h) DCP. Más recientemente, v. STJUE Farmacija, cit., sobre el concepto de “servicio de interés general no económico” del art. 4.2 DAC, apartado 47.

tracción de la forma jurídica de la entidad contratada y, en particular, de si persigue o no ánimo de lucro³². En el mismo sentido opera la consideración como oneroso de todo negocio jurídico sinalagmático en el que el prestador del servicio reciba una contraprestación económica, aunque se limite al reembolso de los gastos en que hubiera incurrido³³.

En sentido inverso, el enfoque funcional puede determinar qué fórmulas que con arreglo al derecho interno se consideran contratos resulten excluidas de las directivas. Así ha ocurrido con negocios jurídicos onerosos y sinalagmáticos en los que el poder adjudicador no efectúa una elección tras una previa comparación entre ofertas de distintos licitadores, sino que se celebran con todos los operadores económicos que satisfagan unos requisitos objetivos previamente establecidos y públicos. Son los denominados contratos *open-house*³⁴, cuya exclusión del ámbito de aplicación de las directivas de contratación ha sido avalada por el TJUE en los asuntos Falk Pharma en 2016³⁵ y Tirkonnen en 2018³⁶. El argumento de fondo es que al no producirse una decisión de selección entre ofertas por el poder adjudicador no existe adjudicación y, por tanto, no hay riesgo de introducir ventajas entre los operadores económicos³⁷.

En el asunto Falk Pharma se enjuiciaba la compra pública de medicamentos al amparo de un acuerdo de rebaja de precios al que podían adherirse durante su tiempo de vigencia todas aquellas empresas interesadas que cumplieran los requisitos, resultando tanto el precio como las condiciones de suministro innegociables. El TJUE afirmó que “la elección de una oferta —y, por tanto, de un adjudicatario— es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos que se establece mediante la referida Directiva”³⁸, y que, a sus efectos, no constituye un contrato público “un sistema de acuerdos [...] mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo

32. En contraste con la legislación tradicional española sobre contratos de gestión de servicio público, cuya aplicación requería que una “empresa” fuera contraparte de la Administración, el derecho europeo emplea la noción de “operador económico”, bajo la cual el TJUE entiende comprendido cualquier sujeto que, mediando retribución, ofrece bienes y servicios al mercado.

33. V. STJUE de 29 de noviembre de 2007, Comisión contra Italia, C-119/06 (ECLI:EU:C:2007:729), apartados 36 y 37; STJUE de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, C-305/08 (ECLI:EU:C:2009:807), apartados 30 y 35, o STJUE de 19 de diciembre de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-151-11 (ECLI:EU:C:2012:817), apartado 26.

34. Con carácter general, v. Díez Sastre (2021).

35. STJUE de 2 de junio de 2016, Falk Pharma, C-410/14 (ECLI:EU:C:2016:399).

36. STJUE de 1 de marzo de 2018, Tirkonnen, C-9/17 (ECLI:EU:C:2018:142).

37. Precisamente, se ha mostrado crítica con la exclusión de la contratación *open-house* del ámbito de las directivas la abogada general Medina, en las conclusiones del asunto ASADE I, señalando que puede dar pie a la elusión fraudulenta de la DCP (v. Conclusiones ASADE I, cit., apartado 69).

38. STJUE Falk Pharma, cit., apartado 38.

largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de este”³⁹. Por su parte, en el asunto Tirkkonen se juzgaba un sistema de asesoramiento de explotaciones agrarias, financiado por un poder adjudicador, en el que los agricultores podían acudir al asesor de su elección de entre los admitidos al sistema previo examen de su aptitud para la prestación de los servicios. El TJUE, además de reiterar la centralidad de la elección entre operadores económicos como elemento definitorio del contrato público en las directivas, afirmó que “no pueden calificarse de ‘criterios de adjudicación’ aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económica más ventajosa, sino que están vinculados, esencialmente, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión”⁴⁰. Tampoco desvirtúa la falta de carácter selectivo el hecho de que el acceso de los aspirantes al sistema fuera solo posible durante un periodo acotado de tiempo, impiidiendo nuevas incorporaciones durante el tiempo de vigencia de los contratos celebrados⁴¹.

3

La prestación de servicios a las personas en la normativa sobre contratación pública

La atención prestada a los servicios a las personas constituye, junto a la coordinación por primera vez de la adjudicación de concesiones, una de las principales aportaciones de la cuarta generación de directivas de contratación pública, en las que se aprecia la huella de la jurisprudencia del TJUE. Además de abordar específicamente la contratación pública de servicios sociales, sanitarios y educativos, también se realizan varias alusiones a su gestión mediante instrumentos no contractuales. La dualidad gestión contractual / gestión no contractual también se explicita en la LCSP, si bien, como se verá, el legislador básico estatal no ha apurado las posibilidades que ofrecen las directivas para dotar a los servicios a las personas de un régimen especial de contratación. Tanto el régimen de contratación especial como lo que se

39. STJUE Falk Pharma, cit., apartado 42.

40. STJUE Tirkkonen, cit., apartado 36.

41. STJUE Tirkkonen, cit., apartado 34.

entiende por gestión no contractual son relevantes en la comprensión de la acción concertada y del concierto social.

3.1

Instrumentos no contractuales y régimen simplificado de contratación de los servicios a las personas en las directivas de contratación de 2014

En primer término es preciso despejar el sentido del inciso “los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva” en el considerando 6 de la DCP, por estar directamente conectado con su ámbito objetivo de aplicación⁴². Interpretar, a partir de ahí, que la contratación en el marco de sistemas públicos de prestación o garantía de servicios públicos inspirados por el principio de solidaridad queda fuera de las directivas, no casa con el hecho de que tanto la DCP como la DAC se ocupan de la contratación y la adjudicación de concesiones sobre servicios sociales, sanitarios y educativos por organismos de derecho público. Como se expuso en el apartado 2.1, para el TJUE la expresión “servicios no económicos de interés general” debe interpretarse en el contexto normativo de las libertades del mercado interior como un servicio que satisface necesidades colectivas y cuya prestación no es retribuida cuando se emplea, a diferencia del significado atribuido en el contexto normativo de la defensa de la competencia. En el momento en que una autoridad nacional retribuye a un tercero, aunque solo sea el reembolso de los costes, por la provisión de servicios de su titularidad o que legalmente está obligada a garantizar, pasa a considerarse servicio económico y, por tanto, queda bajo la órbita de las directivas si la relación se articula a través de un contrato público en los términos expuestos.

La importancia de los servicios a las personas se expresa en una serie de considerandos de la DCP y la DAC que ofrecen las claves de su régimen jurídico. El más importante, a efectos de la acción concertada, es el considerando 114 de la DCP, donde confluyen contenidos que es preciso distinguir. Los tres primeros párrafos aluden a los rasgos singulares de los servicios sociales, sanitarios y educativos como objeto de la contratación pública (“propia naturaleza”, “dimensión transfronteriza limitada”, contexto particular de prestación y “diferentes tradiciones culturales”, “carácter delicado”), y cómo tales rasgos modulan la regulación europea (“amplio margen de maniobra”

42. También en el considerando 6 *in fine* DAC.

de los Estados miembros para organizar la elección de proveedores, aseguramiento de los principios de transparencia e igualdad de trato, deber de atención a criterios de calidad específicos y al contenido del art. 14 TFUE y el Protocolo n.º 26⁴³, simplificación y reducción de la carga administrativa). El cuarto párrafo del considerando 114, por el contrario, versa sobre las alternativas a la contratación pública que, conforme al derecho de la Unión, poseen las autoridades nacionales para organizar la prestación de servicios a las personas. Se dice:

“Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales *de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos*, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación” (la cursiva es mía).

Un correcto planteamiento de la acción concertada como fórmula no contractual de prestación de servicios pasa por comprender que el párrafo transcrita *no contiene una habilitación* para que las autoridades nacionales sustraigan discrecionalmente la contratación de los servicios a las personas en atención a su especial naturaleza. Por el contrario, se trata simplemente de reconocer la libertad de los Estados miembros para decidir cómo organizar la prestación de esos servicios y, para ello, pueden decidir contratar o bien recurrir a fórmulas que intrínsecamente no son contratos porque carecen de los elementos que, con arreglo al derecho europeo, definen el concepto de contrato público. A tal efecto, el inciso final del considerando contiene una enumeración no exhaustiva de modos de gestión o de regulación de servicios en garantía de su prestación que, por distintas razones, no encajan en la directiva: porque no son negocios jurídicos sinalagmáticos (subvenciones), porque falta el requisito de la elección por el poder adjudicante.

43. Recordemos que el art. 14 TFUE destaca la necesidad de velar por que los servicios de interés económico general actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido “a la vista del lugar que [...] ocupan en los valores comunes de la Unión y de los Estados miembros, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial”. Por su parte, el Protocolo n.º 26 concreta qué incluyen los valores comunes de la Unión respecto a los servicios de interés económico general: la amplia discreción de las autoridades en su configuración, la diversidad de servicios y de necesidades y preferencias a que van dirigidos como resultado de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales y, por último, 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. Respecto de los servicios de interés general no económico, se afirma que las disposiciones de los tratados no afectan en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestarlos, encargárselos y organizarlos.

cador de uno o varios operadores económicos que prestan en exclusiva el servicio o porque la elección del concreto proveedor la efectúa el usuario (contratación *open-house*), porque se imponen obligaciones de servicio a sujetos que operan con licencia o autorización sin que esté limitado su número (regulación de servicios de interés general), etc⁴⁴.

El hecho de que el considerando 114 de la DCP se refiera a los servicios a las personas o a los servicios sociales en sentido amplio no significa que la observación que realiza en su último párrafo no sea extensible a otro tipo de servicios, ni que se trate de un rasgo peculiar de la gestión de los servicios sociales⁴⁵. Simplemente se traslada al ámbito de los servicios a las personas lo que el considerando 4 de la misma directiva ya enuncia de manera general al hilo del concepto de contratación que maneja el legislador europeo. De la misma manera, el considerando 54 de la DAC traslada a los servicios a las personas las referencias generales a formas de prestación de servicios que no suponen adjudicación de concesiones citadas en los considerandos 12, 13 y 14.

Las exclusiones a las que se refieren los considerandos 114 DCP y 54 DAC tienen, por tanto, una *base conceptual* y no responden a especialidades del sector. Otras exclusiones, en cambio, sí afectan a auténticos contratos públicos que el legislador europeo, por razones de oportunidad política, prefiere no sujetar a las directivas en atención a las características de los sectores en los que se contrata o a la naturaleza de los operadores económicos que contratan. Sería, por tanto, más adecuado hablar en estos casos de excepciones a una regla general y, como tales, deben interpretarse de manera restrictiva. Así ocurre con la exclusión de determinados servicios de emergencia cuando son prestados por entidades sin ánimo de lucro del art. 10.h) DCP, que se justifica en la dificultad para preservar “la especial naturaleza de estas organizaciones en el caso de que los proveedores de servicios tuvieran que elegirse con arreglo a los procedimientos establecidos en la presente Directiva”⁴⁶.

El régimen especial de contratación de los servicios a las personas que contiene el capítulo I, título III, de la DCP (“Servicios sociales y otros servicios específicos”) se aplica a los servicios listados en el anexo XIV. Junto a la

44. Un análisis de distintas fórmulas no contractuales de prestación de servicios sociales, entre las que se encuentran las mencionadas en los considerandos de las directivas, en García-Andrade Gómez (2022: 224-257).

45. Es más, también se puede recurrir a un instrumento no contractual como alternativa a un contrato de suministro, tal y como refleja la sentencia del TJUE en el asunto Falk Pharma, que versa sobre un sistema de compra pública de medicamentos (v. apartado 2.2).

46. Considerando 28 DCP. Véase la misma exclusión y justificación en el art. 10.8.g) DAG y en el considerando 36.

previsión de un umbral superior para su aplicación —750 000 euros⁴⁷—, se caracteriza por su baja densidad regulatoria, como ocurría en las directivas precedentes. No obstante, se aprecia la voluntad del legislador europeo por avanzar en la concreción del régimen jurídico, en línea con la jurisprudencia del TJUE que ha ido deduciendo requisitos de la interpretación de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. De este modo, en cuanto a transparencia, el art. 75 DCP ha añadido a la obligación de publicar el anuncio de adjudicación que ya existía, la de publicar un anuncio de licitación o de información previa, aunque con un formato especial con menos contenidos que los anuncios en contratos de servicios de régimen general.

También se avanza en la formulación de las características que deben reunir los procedimientos de adjudicación en el art. 76 DCP, enunciándose principios y criterios que orientan la discrecionalidad de los Estados miembros para organizar la selección de los proveedores. Además de las consabidas menciones a los principios de transparencia e igualdad de trato, sobresale la exigencia de que los regímenes nacionales vean por qué se tenga en cuenta, en la adjudicación de contratos de servicios a las personas, la garantía de los principios que tradicionalmente han informado la prestación de los servicios públicos, además de las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, con mención expresa de los grupos desfavorecidos y vulnerables, su participación y responsabilización. En particular, se expresa que la elección del proveedor con base en la oferta económicamente más ventajosa pueda efectuarse teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales. Una indicación que debe conectarse con la previsión del régimen general de que, en la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, el factor coste pueda adoptar “la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad” (art. 67.2, 5.º párrafo, DCP).

Por último, el art. 77 DCP permite que los Estados puedan facultar a los poderes adjudicadores para reservar la participación en procedimientos de adjudicación de ciertos contratos de servicios a las personas —exclusivamente aquellos cuyo CPV menciona el propio art. 77⁴⁸— a entidades sociales que cumplan los siguientes requisitos de manera concurrente: a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada al tipo de ser-

47. Art. 4.d) DCP.

48. Se reservan los contratos de servicios con código CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

vicios reservados; b) que reinvertan los beneficios obtenidos para alcanzar el objetivo de la organización o, en caso de que redistribuyan beneficios, que se haga con base en consideraciones de participación; y c) que las estructuras de dirección o de propiedad de la organización se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas. La habilitación del art. 77 DCP puede leerse como un intento por concretar en el derecho positivo las condiciones de operatividad de las reservas de contratos a entidades sin ánimo de lucro en el ámbito asistencial que admitió el TJUE en el asunto Sodemare, aunque con significativas diferencias en más y en menos. En más, porque la reserva del art. 77 DCP se hace extensiva a las empresas de economía social; en menos, porque la directiva limita a tres años la duración de los contratos adjudicados con base en la reserva y, además, impide el encadenamiento de contratos reservados por una misma entidad, al impedir que resulten adjudicatarias por esta vía las que ya lo hayan sido en los tres años precedentes.

En la Directiva de Concesiones el régimen especial es mucho más sintético, limitado a la exigencia de que se publiquen anuncios específicos de información previa y de adjudicación para las concesiones de servicios sociales y otros servicios del anexo IV⁴⁹.

3.2

Instrumentos no contractuales y un régimen escasamente especial de contratación de servicios a las personas en la Ley de Contratos del Sector Público

Además de en la exposición de motivos, la LCSP hace alusión a los instrumentos no contractuales para la prestación de servicios en el art. 11.6 y en la disposición adicional 49.^a. Como se ha comentado al hilo del último párrafo del considerando 114 de la DCP, que estas alusiones vengan referidas a “servicios a las personas”, “servicios sociales” o “servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social” no autoriza a concluir que se está habilitando el establecimiento de un régimen especial por razón del tipo de servicios objeto del contrato. Por el contrario, lo que se pretende es clarificar el perímetro de aplicación de la LCSP a partir del concepto de contrato público, cuestión enteramente independiente de los servicios sobre los que recae. En este sentido tanto el apartado 6.^º del art. 11 LCSP como la

49. V. arts. 31.3 y 32 DAC.

disposición adicional 49.^a son preceptos de alcance meramente *declarativo*, no incorporan un contenido normativo que no se deduzca ya del resto del ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista, conviene advertir que el art. 11 LCSP, rubricado “Otros negocios o contratos excluidos”, no es enteramente homogéneo en cuanto a la naturaleza de las exclusiones que recoge, pues combina exclusiones que derivan del concepto de contrato público y de alcance meramente declarativo (p. ej., la relación de servicio de los funcionarios públicos, la prestación de un servicio público a usuarios a cambio de tarifa, tasa o precio público, o los instrumentos no contractuales para la prestación de servicios sociales) y exclusiones —*rectius, excepciones*— por razones de oportunidad y de alcance modificativo que atienden al tipo de servicio contratado o al ámbito donde se produce la contratación (p. ej., arbitraje o conciliación, servicios relacionados con campañas políticas aun cuando el partido político que contrata tenga naturaleza de poder adjudicador). En cuanto a la disposición adicional 49.^a, se limita a señalar que las comunidades autónomas en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas pueden legislar articulando instrumentos no contractuales. De nuevo, no se trata de una habilitación para trazar un régimen especial de contratación, sino del reconocimiento de la potestad de autoorganización autonómica respecto a servicios de su competencia.

En cuanto a los contratos públicos sobre servicios a las personas, la LCSP contiene diversos preceptos especiales. Su ámbito de aplicación no ha sido definido de manera unívoca, lo que puede generar cierta confusión sobre su alcance objetivo. Reglas especiales son que “los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas” puedan tener una duración mayor cuando sea necesario para dar continuidad a tratamientos en los que el cambio de prestador pudiera repercutir negativamente (art. 29.4, párrafo 4.^º, LCSP), o que se admita la utilización del procedimiento de licitación con negociación para adjudicar “contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, cuando el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención de personas que ya sean beneficiarias del servicio” (art. 167.f LCSP). Otra regla especial es la facultad reconocida al órgano de contratación para exonerar la prestación de garantía definitiva en los “contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales” (art. 107.1, párrafo 2.^º, LCSP), lo que indudablemente favorece la participación en licitaciones de las entidades sin ánimo de lucro y de economía social⁵⁰. En esta misma línea, se admite que la preferencia por las entidades sin ánimo

50. Burillo Sánchez (2017: 442).

de lucro pueda establecerse como criterio de desempate en la adjudicación de “contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial” (art. 147.1.c LCSP). Por lo demás, la LCSP sienta como regla general que no puede limitarse la participación en la contratación por la forma jurídica o el ánimo de lucro, sin más excepciones que los supuestos de reserva que ha previsto el legislador básico (art. 132.1, 2.º párrafo, LCSP), entre las que se encuentra la prevista en la disposición adicional 48.ª LCSP, que recoge lo previsto en el art. 77 DCP y amplía esta posible reserva a los contratos de servicios especificados cuando su valor no alcance los 750 000 euros⁵¹.

La atención preferente a los criterios cualitativos en la adjudicación de contratos de servicios a las personas que prescriben las directivas se concreta, en la LCSP, en la prohibición de que el precio sea el único criterio de adjudicación en “contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava” (art. 145.3.g, párrafo 2.º), o en el mandato de que los criterios relacionados con la calidad deban suponer al menos el 51 % de la puntuación en la adjudicación de “contratos de servicios del Anexo IV” (art. 145.4). Por su parte, la disposición adicional 47.ª dispone que los órganos de contratación han de velar, en los procedimientos de licitación de “los contratos de concesión de los servicios que figuran en el anexo IV y de contratos de carácter social, sanitario o educativo también del anexo IV”, por la garantía de la calidad, la continuidad, la accesibilidad, etc., en todas las fases de la contratación, lo que en buena medida ya está implícito en el régimen general de las concesiones de servicios y de los contratos de servicios cuando tienen por objeto la prestación de servicios públicos a la ciudadanía⁵². El legislador estatal incluso enumera criterios de adjudicación que cabe emplear, como la experiencia del personal adscrito a la ejecución del servicio, el establecimiento de mecanismos de participación de usuarios y de información y orientación o, más significativamente, la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que se prestan, lo que apunta al favorecimiento de las entidades sin ánimo de lucro y de economía social.

Con todo, no puede obviarse que la disposición adicional 47.ª exige que la garantía de objetivos cualitativos a través de la contratación se ha de producir “sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de esta Ley y, entre

51. El art. 132.1 LCSP solo menciona como excepción la reserva de la disposición adicional cuarta (“Contratos reservados”, relativo a centros especiales de empleo y empresas de inserción), lo que se explicaría por la falta de actualización de su redacción para acomodarla a la inclusión de la disposición adicional 48.ª durante la tramitación parlamentaria.

52. V. arts. 284.2 y 288 respecto a la concesión de servicios, y art. 312 LCSP relativo al contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a la ciudadanía.

otras, las relativas al establecimiento de prescripciones técnicas, de las condiciones mínimas de solvencia, de los criterios de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución”, de donde cabe concluir que el régimen de la contratación de servicios en la LCSP es sustancialmente homogéneo. Podría decirse que el amplio margen de discrecionalidad que la DCP y la DAC confieren a los Estados miembros para ordenar los procedimientos de selección de proveedores de servicios a las personas ha sido empleado por el legislador básico estatal para incluir algunas disposiciones específicas que *carecen de la entidad suficiente como para hablar propiamente de un régimen especial de contratación*⁵³. O, lo que hubiera sido deseable, como para permitir que las comunidades autónomas, como instancias territoriales competentes para la regulación y prestación del grueso de los servicios a las personas, pudieran articular ese régimen especial⁵⁴.

4

La recuperación de la acción concertada y del concierto social como instrumentos no contractuales en la normativa autonómica: una fundamentación jurídica dudosa para unos legítimos fines prácticos

Los nuevos regímenes de acción concertada y de concierto social constituyen un intento de recuperación del concierto como técnica de colaboración público-privada para la prestación de servicios sociales y sanitarios con una larga tradición en nuestro derecho⁵⁵. Por diversos motivos, la ordenación jurídica de estos conciertos sectoriales se produjo al margen de la legislación de contratos coetánea⁵⁶. Una primera razón se encuentra en que las formu-

53. En el mismo sentido, Domínguez y Chinchilla (2019: 202); Garrido Juncal (2020: 213-214); Martínez y Casas (2023: 946) y Lazo Vitoria (2023: 38). Bernal Blay (2024: 3195) es especialmente crítico con la renuncia de la LCSP a establecer normas de procedimiento específicas para la adjudicación de los contratos de servicios sociales.

54. Una opción que explícitamente explora, dentro de los estrechísimos márgenes que permite la LCSP, el Proyecto de Ley catalán de contratos de servicios a las personas de 2018, que finalmente decayó durante su tramitación parlamentaria; al respecto, v. Bernal Blay (2024: 3196-3200) y Gracia Retortillo (2025: 401-403).

55. Lazo Vitoria (2023: 38) habla de “una vuelta a un modelo anterior”. En el ámbito sanitario, entiende Cantero Martínez que la nueva acción concertada sanitaria supone la reconversión del concierto de la LGS en una fórmula no contractual (Cantero Martínez, 2025: 186-189).

56. La normativa de servicios sociales previa al traspaso a las comunidades autónomas regulaba unos “acuerdos de acción concertada” para la reserva y ocupación de plazas en centros residenciales en el marco de la gestión de los servicios complementarios a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social (v., p. ej., la Orden de 7 de julio de 1989, del Ministerio de Asuntos Sociales, por la que se regula la acción concertada del Instituto Nacional de Servicios Sociales en materia de reserva y ocupación de plazas en Centros Residenciales para la Tercera Edad y Minusválidos). Numerosas comunidades autónomas reprodujeron este sistema de

laciones iniciales del contrato de gestión de servicios públicos requerían que su objeto fueran servicios con un contenido económico que los hiciera susceptibles de explotación por empresarios individuales⁵⁷, de manera que no se consideraba aplicable a la gestión indirecta de servicios que, como los sociales y los sanitarios, no se concebían como económicos y cuyos principales proveedores eran entidades sin ánimo de lucro. Por lo demás, estos conciertos de régimen especial, como sus homólogos en la legislación de contratos, consistían en el recurso a un tercero que viniera realizando prestaciones análogas a las que constituyen su objeto, brindando proximidad e inmediatez en la prestación de un servicio territorializado cuando los medios propios de la Administración no resultan suficientes⁵⁸. La segunda razón que explica la aparición y pervivencia de un régimen sectorial de conciertos es que la regulación estatal del contrato de gestión de servicios públicos no tuvo carácter básico hasta una fecha relativamente tardía por comparación con otros contratos típicos⁵⁹. Todo ello posibilitó que en el ámbito social y sanitario se regularan procedimientos de concertación flexibles y ágiles, caracterizados por el amplio margen de discrecionalidad en la asignación de los conciertos cuando las disponibilidades presupuestarias impedían la suscripción con todas las entidades interesadas que cumplieran los requisitos de acreditación u homologación. Con el tiempo, la supresión del requisito

concertación cuando asumieron sus competencias en materia de servicios sociales, del que aún es exponente el régimen del concierto de los arts. 56 a 62 de la Ley cántabra 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales. Por su parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, estableció —y aún luce así— lo que, a juicio de la mayoría de los autores y a pesar de su distinta denominación, constituirían dos modalidades de concierto: el concierto para la prestación con medios ajenos de servicios sanitarios (art. 90) y la vinculación singular de hospitales privados mediante convenio (art. 66). El concierto sanitario, regulado con carácter básico, es un claro antecedente de numerosos regímenes autonómicos de acción concertada, al dar preferencia a las entidades sin ánimo de lucro “cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes” (art. 90.2). En todos los casos, la retribución a pagar se fija por la Administración con carácter previo, a través de módulos que estiman los costes del servicio concertado. En cuanto a la naturaleza jurídica de estos instrumentos, las posturas oscilaron desde su consideración como contratos administrativos al margen de la legislación de contratos en el caso de la acción concertada de servicios sociales (Beltrán Aguirre, 1992: 323-325), como contratos administrativos ordinarios (Villar Rojas, 2005: 400-401), o incluso, en el caso de los convenios singulares de vinculación de hospitales privados, como resolución administrativa necesitada de aceptación por su destinatario para tener eficacia (Menéndez Rexach, 1995: 89).

57. V. art. 63, 1.^{er} párrafo, del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, y art. 156.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

58. Almeida y Santiago (2008: 82).

59. La entrada en vigor de la Constitución no vino seguida de la atribución explícita de este carácter básico a la Ley de Contratos del Estado de 1965. Los primeros contenidos que adquirieron este carácter son aquellos que recibieron nueva redacción a través del Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, para la trasposición de las directivas europeas, entre los que no se encontraba la regulación del contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, del concierto. Fue la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la que declaró el carácter básico del régimen del contrato de gestión de servicios públicos.

de explotación “económica” en el contrato de gestión de servicios públicos⁶⁰, junto a la expansión del derecho europeo, trajeron consigo el abandono de los regímenes sectoriales de concurso o su adaptación a las exigencias del régimen general de contratación, en especial en cuanto a publicidad o a la revisión de requisitos o criterios de valoración que atendieran a la previa implantación en el territorio de los aspirantes.

El principal desencadenante de la recuperación de la acción concertada y de los conciertos como instrumentos no sometidos a la legislación de contratos ha sido la mención a la facultad de organizar la prestación de servicios sociales “de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos”, del considerando 114 de la DCP⁶¹, y, en menor medida, la afirmación de que los servicios no económicos de interés general debían quedar excluidos del ámbito de aplicación de las directivas (considerando 6 DCP)⁶². La otra gran fuente de inspiración es la doctrina del TJUE sobre la reserva de contratos de servicios sanitarios a entidades sin ánimo de lucro en el asunto Sodemare y sobre su adjudicación directa y sin publicidad a asociaciones de voluntariado en Spezzino y CASTA, unida a las alusiones en las directivas al margen de apreciación de las autoridades nacionales para regular la selección de los proveedores de servicios en el régimen simplificado. La mera enunciación de estas referencias revela que la regulación de la acción concertada ha combinado elementos que, desde un punto de vista conceptual, son *mutuamente excluyentes*. Es decir, no puede calificarse como no contractual un instrumento de gestión y, a la vez, que su régimen jurídico se base en una doctrina jurisprudencial y una disposición legal que responden a la especificidad de los servicios a las personas como objeto de contratación pública. La única manera de superar esta contradicción pasaría por interpretar el inciso “de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos” del considerando 114 como una habilitación a las autoridades nacionales para que sometan los contratos de servicios a las personas a un régimen jurídico alternativo al prescrito por las directivas, en lugar de considerarlo un enunciado de contenido puramente aclaratorio como se viene sosteniendo en este trabajo.

60. El contenido económico de los servicios contratados se mantuvo hasta la adopción de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que solo exigió que los servicios fuesen susceptibles de explotación por los particulares (art. 251). Con todo, el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, ya anticipó el recurso a la contratación pública para la gestión indirecta de los servicios sanitarios, y otro tanto puede decirse de las leyes autonómicas de servicios sociales que se fueron dictando.

61. El equivalente de la DAC, el considerando 54, dice “sin asignar concesiones”.

62. Invocan el considerando 6 DCP la exposición de motivos de la LCSEEx, el preámbulo de la LACSanVal o el apartado 9 del Preámbulo de la LACAst.

Esta interpretación en clave de “habilitación” es la que subyace en buena parte de los regímenes autonómicos de acción concertada y de concierto social. El hecho de que la LCSP reprodujera el inciso controvertido al listar negocios y contratos excluidos en el art. 11.6 LCSP, y de que se reconociera la competencia de las comunidades autónomas para legislar sobre instrumentos no contractuales en la disposición adicional 49.^a, reforzó la idea de que se consagraba una especie de cláusula *opt-out* para la contratación de servicios públicos que satisfacen necesidades de carácter social, una tesis que ha contado con notable predicamento doctrinal⁶³ y que late en no pocos pronunciamientos judiciales⁶⁴. Sin embargo, el legislador básico estatal ha hecho justamente lo contrario. El régimen del contrato de servicios de la LCSP ha cerrado la puerta a modulaciones que serían posibles al amparo del art. 76 DCP para la contratación de servicios a las personas y que, con ajustes menores, hubiera dado cobertura a los conciertos tradicionales en el ámbito sanitario y social⁶⁵. El régimen básico del contrato de servicios de la LCSP, aun con las especificaciones para los servicios a las personas, compromete la viabilidad jurídica de una acción concertada que, con las excepciones que se señalarán, es materialmente un contrato público de servicios.

La voluntad de no someterse a la legislación de contratos se ha reforzado en algunas disposiciones autonómicas que definen la acción concertada como un “instrumento organizativo”⁶⁶, pese a que con ella no se ordenan estructuras propias de la Administración prestadora, sino el recurso a medios externos⁶⁷. Otro tanto cabe decir de la configuración de la acción con-

63. En este sentido, Gimeno Feliú (2019: 698; 2025: 76-77), Caraza Cristín (2020: 115, 126), Martín Egaña (2021: 70), Palacín Sáenz (2022: 474) o Martínez y Casas (2023: 939, 947).

64. Así, en tres sentencias del TSJ de Extremadura –n.º 185/2018, n.º 213/2018 y n.º 214/2018, todas de 23 de mayo (ROJ: STSJ EXT 640/2018, STSJ EXT 641/2018 y STSJ EXT 1578/2017, respectivamente)– se da por sentado, en un *obiter dictum* a propósito del considerando 114 de la DCP y del art. 11.6 LCSP, “[...] que la normativa europea y la legislación autonómica permiten potestativamente detraer del régimen contractual este tipo de servicios y plasmarlos en convenios” (FJ 4.^º). La sentencia de 2 de diciembre de 2024 del TSJ de Castilla-La Mancha, también en *obiter dictum*, afirma que “en el ámbito de la prestación de los servicios sociales existe una exclusión de la aplicación directa de la normativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, circunstancia que necesariamente tiene como presupuesto la oportunidad de atender a intereses concurrentes que deben ser ponderados a la hora de obtener la finalidad perseguida por la acción concertada”. Esta idea también está presente en las numerosas sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana que, tras ASADE, mantienen que la acción concertada no estaría sujeta a la LCSP (v. apartado 5.2.1).

65. En este sentido, Garrido Juncal (2020: 213), aunque refiriéndose al concierto como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos.

66. Art. 3 LACAr, art. 87.1 LSSICVal, art. 2.a) LACAst y art. 4.1 Decreto canario 144/2021, de 29 de diciembre, de concierto social en el ámbito de los servicios sociales.

67. Díez Sastre (2020: 253-254). Por el contrario, defiende la caracterización como instrumento organizativo Gimeno Feliú (2018: 32).

certada como un *tertium genus* respecto a la gestión directa e indirecta y la identificación de esta última exclusivamente con la contratación pública⁶⁸. La invocación del carácter no contractual de la acción concertada y del concierto social se orienta fundamentalmente a permitir que las comunidades autónomas ordenen estas figuras en ejercicio de competencias sectoriales propias (exclusivas en el ámbito social, de desarrollo en el ámbito sanitario) sin las limitaciones y rigideces que imponen las bases estatales en materia de contratos públicos⁶⁹.

Las regulaciones de la acción concertada y del concierto social suelen encabezarse con la enunciación de una serie de principios rectores entre los que se encuentran los principios de solidaridad y eficiencia presupuestaria, puntales de la doctrina del TJUE en los asuntos Sodemare, Spezzino y CASTA, junto a los de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación que derivan de las libertades del mercado interior. Otros principios se orientan a garantizar la calidad en la prestación de unos servicios de mercado carácter personal tales como los de arraigo en el entorno social, elección del usuario, vinculación terapéutica o continuidad de los cuidados, atención integral y personalizada o participación. La conjunción de estos principios, en el contexto de lo que se interpreta como una habilitación por la directiva y el legislador básico, conduce a la formulación de un régimen especial que, con su declaración como instrumento no contractual o no sometido a la legislación de contratos, sirve a concretas finalidades de orden práctico.

Un primer efecto que se persigue es el blindaje del tercer sector como tradicional proveedor de servicios en el terreno social⁷⁰ —y, en su caso, sanitario—, amenazado por las conocidas dificultades de las entidades sin ánimo de lucro para participar en licitaciones y competir con grandes empresas de servicios. Con la acción concertada y el concierto social, además, se ha pretendido superar el recurso a la subvención, del todo inadecuado para articular la participación del tercer sector en la prestación de servicios públicos, no ya solo por la inestabilidad de la financiación, sino también porque la falta de sinalagmaticidad propia de esta técnica de fomento —la inexistencia de contraprestación exigible—

68. Art. 60.1 LSSPV, art. 89 LSSB, art. 29.1 LSSGal, art. 100.1 LSSAnd, art. 34.1 LSSICVal y art. 44.1 LSSAst. Críticos con el encuadramiento de la acción concertada fuera de la gestión indirecta, Díez Sastre (2020: 251-253) y Villar Rojas (2020: 224).

69. En este sentido, Darnaculleta Gardella (2021: 49) ha criticado que la calificación de la acción concertada como no contractual en los regímenes autonómicos está más guiada por motivaciones competenciales que fundada en aspectos sustantivos.

70. Sobre el protagonismo tradicional de las entidades sin ánimo de lucro en la prestación de servicios a las personas, v. por todos Vaquer Caballería (2002: 201-216).

devalúa la garantía pública del servicio⁷¹. La declaración como no contractual ha permitido que algunas comunidades autónomas reserven la acción concertada o el concierto social a entidades sin ánimo de lucro sin tener que observar los importantes límites y condiciones de la disposición adicional 48.^a LCSP –trasunto del art. 77 DCP– en cuanto a tipos de servicios objeto de reserva, duración de los contratos reservados o encadenamiento de adjudicaciones por esta vía⁷². Otras comunidades autónomas han permitido el acceso al concierto de entidades con ánimo de lucro, aunque estableciendo un criterio de preferencia en favor de las entidades del tercer sector⁷³ cuando se den análogas condiciones de “eficacia, calidad y costes” –reproducido la fórmula que aún recoge la Ley General de Sanidad respecto a los conciertos sanitarios⁷⁴– o “de eficacia, calidad y rentabilidad social”⁷⁵, lo que resulta menos problemático a la luz de la LCSP, que admite, bajo ciertas condiciones, esa preferencia como criterio de desempate⁷⁶. En todo caso, el tratamiento privilegiado a las entidades sin ánimo de lucro, que la doctrina del TJUE vincula al principio de solidaridad como inspirador de los sistemas públicos de servicios sociales y sanitarios, no siempre se acompaña de la regulación de los requisitos de creación, organización o funcionamiento que hagan efectiva esa orientación a la solidaridad⁷⁷. A todo esto habría que añadir, para el caso de los regímenes que contemplan la concertación con entidades públicas⁷⁸, que la calificación no contractual comporta la elusión de los requisitos para encargos a medios propios y cooperación horizontal

71. En este sentido, Villar Rojas (2005: 411-412). En conexión con esta idea, Manent Alonso ha considerado que el ámbito propio de la acción concertada, para que sea auténticamente una técnica no contractual, no puede ser la prestación de servicios públicos sino el fomento, consistiendo en una suerte de compensación financiera pública por la asunción voluntaria de funciones de interés general respecto a las que las entidades sin ánimo de lucro conserven autonomía para decidir, entre otras cuestiones, el número y las personas que atienden (Manent Alonso, 2017: 292-295; 2023: 199).

72. Art. 21.1.c) LSSAR; art. 2.1 LCSFNav; art. 61 ter 2 LSSR; art. 1.1 LCSEx; art. 85.2 LSSICVal; art. 7.1 LACAst; art. 63.1 LSSCan. En el caso de Baleares, la reserva se formula solo respecto de los servicios sociales que revistan el carácter de “servicios no económicos de interés general” (art. 1 LSPIB), pero, como hemos visto, para el TJUE cualquier servicio de titularidad pública cuya gestión se externalice a cambio de una retribución tendría carácter económico, por lo que igualmente puede caer dentro del ámbito de las directivas de contratación.

73. Art. 61 LSSPV; disposición adicional 3.^a 9 del Decreto-ley catalán 3/2016; art. 33 quinquies 5 LSSGal; art. 101.1 LSSAnd; arts. 69.1 y 71.1 LSSMu; art. 89.1 LSSCL.

74. Art. 65.1 LSSPV; art. 87.2 LSSCL.

75. Art. 89 quinquies 4 LSSIB hasta 2013; disposición adicional 3.^a 9 Decreto-ley catalán 3/2016; art. 33 quinquies 5 LSSGal; y art. 101.1 LSSAnd.

76. Art. 147.1.c) LCSP.

77. Por excepción, v. art. 2.c) LACSanCVal; art. 51.a) LCSEx; art. 2.1 LSPIB, por referencia a los arts. 3 y 4 de la Ley balear 3/2018, de 29 de mayo, del tercer sector de acción social; art. 2 LFCNav.

78. Art. 2.c) LACAr; art. 2.c) LACSanCVal.

interadministrativa que recogen las directivas y la LCSP. Por lo demás, solo la Comunidad de Madrid se distingue por abrir el concierto social a todo tipo de entidades, sin preferencia en atención a los fines perseguidos⁷⁹, aunque la falta de desarrollo reglamentario impide ir mucho más allá en la caracterización del modelo.

Un segundo efecto práctico que se busca con la calificación no contractual es el diseño de procedimientos de concertación que no se ajustan a la taxonomía de los procedimientos de contratación de la LCSP y de las directivas. Su regulación apenas resulta esbozada por las leyes que consagran la acción concertada y el concierto social y se remite, en gran medida, al desarrollo reglamentario. En líneas generales se caracterizan por su flexibilidad, por una menor carga burocrática y por dejar un amplio margen a la Administración para su concreción a través de las distintas convocatorias y, lo que es más problemático, en la aplicación de los criterios previstos.

La arquitectura de la concertación, los requisitos de participación y los criterios de valoración previstos son determinantes a la hora de decidir si la acción concertada y el concierto social tienen o no naturaleza contractual, en el sentido expresado por el considerando 114 de la DCP y la jurisprudencia del TJUE. El procedimiento de concertación tiene por objeto, en primer lugar, comprobar que las entidades concertantes reúnen los requisitos de aptitud e idoneidad. Además de la ausencia de ánimo de lucro en los casos en que se establece una reserva al tercer sector y de los requisitos aplicables a cualquier proveedor que desee prestar este tipo de servicios, los regímenes de acción concertada y de concierto social suelen exigir la acreditación u homologación administrativa de centros o servicios, como ha sido tradicional en el ámbito sanitario y que, por lo demás, se extiende a cualquier forma de participación de sujetos privados en los sistemas públicos de servicios sociales y sanitarios⁸⁰. Se reproducen también disposiciones habituales de la normativa de contratos y de subvenciones sobre prohibiciones⁸¹ o el necesario cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social⁸². Otros requisitos, en cambio, pretenden recupe-

79. Arts. 72 y 75 LSSCMad.

80. De esta regla general se separan Galicia, donde la acreditación se refiere a los medios y recursos suficientes para el cumplimiento de la normativa (art. 33 quinque 3 LSSGal), Aragón y Murcia. En Cataluña (disp. trans. 3.º 2 Decreto-ley 3/2016) y en Extremadura (disp. adic. 4.º LCSEX) se contempla que la acreditación pueda excepcionarse.

81. Art. 5.2 LACAr; art. 2.5 LFCSNav; art. 92.1.d) LSSCL; art. 7.1.a) del Decreto gallego 229/2020; además del art. 11 del Decreto andaluz 41/2018, en consonancia con el cambio que efectúa en la calificación del concierto social como contrato administrativo especial.

82. Art. 2.5 LFCSNav; art. 89.1.b) LSSCVal; art. 7.1.c) LACAst.

rar la proximidad e inmediatez que tradicionalmente han caracterizado el concurso como forma de gestión, lo que chocaría con el régimen de contratación pública. Así ocurre con la exigencia de implantación o presencia previa en el territorio⁸³ o la acreditación *ex ante* de la titularidad o disponibilidad jurídica sobre las instalaciones durante el período de ejecución previsto⁸⁴, habituales en el concurso tradicional, pero que la jurisprudencia europea ha ido depurando como restricciones desproporcionadas al libre acceso a las licitaciones.

Como regla general, los procedimientos de concertación no se limitan a comprobar la aptitud o idoneidad de las entidades interesadas como trámite único para poder concertar, sino que constituyen el cauce para la aplicación de criterios que bajo distintas denominaciones (de discriminación, de preferencia, de adjudicación, de concesión, de asignación, etc.) permiten a la Administración seleccionar con cuáles de aquellas va a suscribir el concurso. Desde esa perspectiva se trataría de procedimientos de concurrencia competitiva, iniciados de oficio a través de convocatoria y que se basan en la comparación, aunque lo que se compare no sean propiamente ofertas, toda vez que tanto las características cualitativas de los servicios concertados como, sobre todo, el precio, vienen fijados por la Administración. Estaríamos, por tanto, ante auténticos contratos públicos a la luz del derecho y de la jurisprudencia europeos.

La operatividad de alguno de los criterios de valoración es poco clara, por ser redundantes respecto a los requisitos de participación⁸⁵ o por su imprecisa formulación. Como ocurre con algunos requisitos de admisión, también es habitual la valoración de cuestiones que, desde una perspectiva contractual, resultarían problemáticas por su afectación al mercado interior, tales como la implantación territorial de los proveedores⁸⁶ o aspectos vinculados a la responsabilidad social de la entidad, cuya conexión con el

83. Art. 64 LSSPV; art. 105.1.b) LSSAnd (aunque el art. 8.1.b del Decreto 41/2018, que pasa a regular el concurso social andaluz como un contrato administrativo especial, matiza el requisito, al prever que “no implicará acreditar la implantación funcional o prestación efectiva del servicio objeto de prestación en dicha área”). Canarias exige a entidades sin ánimo de lucro con domicilio social en otras comunidades autónomas “contar con al menos un establecimiento permanente en forma de infraestructura física radicada en Canarias y que en la misma presten servicios sociales acreditados por cualquier administración pública” (disp. trans. 1.³2 del Decreto 144/2021).

84. Solo Castilla y León no contempla este requisito.

85. El art. 92.2 LSSCL, por ejemplo, se refiere a la solvencia de las entidades y a experiencia y estándares mínimos de funcionamiento.

86. Art. 5.4.a) LACAr, art. 6.c) LFCSNav, art. 6.3 LSPIB, art. 15.1.a) Decreto valenciano 181/2017, art. 8.a) LACAst, art. 8.1.a) Decreto murciano 62/2019; art. 13.2.c) Decreto gallego 229/2020, art. 17.3.f) Decreto canario 144/2021, art. 12.1.d) y disposición transitoria 1.^a Decreto Castilla-La Mancha 52/2021.

objeto del contrato requeriría un esfuerzo de justificación en el expediente que aquí no se exige⁸⁷.

Dicho esto, existen supuestos de concertación que no parecen tener encaje en el concepto europeo de contrato público. Así ocurre con algunos criterios de adjudicación que toman en cuenta circunstancias que pueden resultar ajenas a la Administración y que, por tanto, no expresan propiamente su elección. Sería el caso del arraigo de la persona en su entorno de atención o la garantía de su continuidad, que justifican la concertación directa en algunas comunidades autónomas⁸⁸. Cuando se trata de un servicio que se venía prestando en un contexto privado al que se da continuidad una vez reconocido el derecho a la prestación en el marco del sistema público, estaríamos, en la práctica, ante un caso de elección del proveedor por el usuario. No así cuando se persigue dar continuidad a la atención que ya se viniera prestando al amparo de un contrato público, de un convenio o de cualquier otro instrumento de colaboración público-privada que se extingue⁸⁹. En estos casos, la adjudicación directa con base en el criterio de continuidad asistencial conlleva notables restricciones a la competencia, y constituye un ejemplo paradigmático de las dificultades que entraña conciliar la prestación de servicios personalísimos con las exigencias de funcionamiento del mercado.

Más claro resulta el carácter no contractual —siempre según las directivas y la jurisprudencia del TJUE— cuando la concertación tiene lugar con entidades que, cumpliendo los requisitos de aptitud e idoneidad, han sido elegidas por el usuario. En este sentido, aunque la libre elección por el usuario suele figurar entre los principios inspiradores de los regímenes de acción concertada, no siempre tiene una traducción en la operativa de la concertación, lo que sería deseable como técnica de gestión de servicios a las personas y, especialmente, en el ámbito de los cuidados. Las regulaciones de Aragón, Baleares, Asturias, Galicia y Castilla-La Mancha⁹⁰ aluden a la posibilidad de concertar con todas las entidades que cumplan los requisitos

87. Art. 14.2.c) Decreto catalán 69/2020.

88. Art. 16.b) y c) del Decreto-ley catalán 3/2016; art. 8.2 Decreto murciano 10/2018; art. 8.2 de la Orden aragonesa CDS/124/2021; art. 5.1 y 2 LFCSNav; art. 8 LCSEX.

89. Problema que se plantea en la sentencia del TSJ Castilla-La Mancha n.º 242/2024, de 2 de diciembre (ROJ: 3275/2024), y que el órgano judicial solventa afirmando que “en el ámbito de la prestación de servicios sociales existe una exclusión de la aplicación directa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” (FJ 4.%).

90. Art. 5.3 LACAR; art. 17.2 y 3 del Decreto balear 48/2017; art. 8 LACAst; art. 9.2 y, especialmente, art. 9.3 del Decreto gallego 229/2020, que regula los “conciertos de adhesión”. El art. 26 del Decreto castellanomanchego 52/2021 contempla la posibilidad de incorporarse a un marco de concertación ya en curso mediante la presentación de solicitudes en el primer trimestre de cada año natural, siempre que se cumplan los requisitos en la orden de convocatoria en vigor y existan necesidades a cubrir que lo justifiquen.

mínimos, aunque condicionada como regla general a que no existan limitaciones presupuestarias o a que el número y las características de las prestaciones a concertar lo permitan. En esos casos, la selección del proveedor de cada concreta prestación vendría en última instancia determinada por la elección del usuario. Serán, por tanto, las respectivas convocatorias las que determinen la necesidad o no de aplicar criterios selectivos operados por la Administración.

A estos ejemplos habría que añadir el caso de Murcia, cuyo concierto social en sectores de personas mayores y con discapacidad posiblemente constituye el modelo más acabado de sistema de provisión de servicios sociales que atiende a la elección del usuario sin que, a primera vista, venga subordinado por las disponibilidades presupuestarias. A tal efecto, se regula un procedimiento de declaración de entidad apta para suscribir conciertos sociales, al que las entidades pueden presentar su solicitud en cualquier momento, indicando la tipología y el número total de plazas de que disponen. La asignación de plazas objeto de concertación dependerá, en primer lugar, de la demanda existente a partir de la libre elección de las personas solicitantes de un centro o servicio específico. Solo se aplica un baremo de selección cuando la demanda no verse sobre un centro o servicio concreto resultado de la elección del usuario y existan varias entidades aptas para prestar el servicio en el municipio donde tengan su domicilio los demandantes —o, si no hubiera en el municipio, en otros próximos de la misma área de salud o dentro de la región—⁹¹. Este sistema, en cambio, no se sigue en los conciertos sociales en materia de protección y reforma del menor, que responden a un modelo de concurrencia competitiva con elección por la Administración⁹².

Un tercer efecto práctico vinculado a la declaración como no contractuales de estos instrumentos es permitir la exclusión del precio como criterio de adjudicación. Conviene recordar que la LCSP no ha previsto que la determinación de la oferta económicamente más ventajosa pueda hacerse a partir de un precio o coste fijo sobre cuya base los operadores compitan exclusivamente en función de criterios de calidad, como sí contempla expresamente el art. 67.2, 5.º párrafo, DCP. Aunque varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales consideran posible excluir el precio como criterio de adjudicación a partir del texto de la directiva, es una cuestión que exigiría ser clarificada por el legislador básico en aras de una mayor seguridad jurídica. No en vano ca-

91. Decreto murciano 10/2018, en especial los arts. 7 y 8.

92. Art. 8.1 del Decreto murciano 62/2019.

bría interpretar el silencio al respecto del art. 145 LCSP como un rechazo a prescindir del precio en ejercicio de la discrecionalidad que la normativa europea confiere al legislador nacional en esta cuestión⁹³. La retribución, como ha sido habitual en los conciertos, se fija unilateralmente por la Administración mediante módulos a partir de una estimación de costes efectivos. La exclusión explícita del beneficio industrial persigue, además, conectar con la jurisprudencia del TJUE que funda en la consecución de la eficiencia presupuestaria, junto a la solidaridad, la reserva a entidades sin ánimo de lucro como excepción al principio de igualdad y no discriminación⁹⁴.

5

Los regímenes de acción concertada y de concierto social ante los tribunales: los asuntos ASADE I y ASADE II como punto de inflexión en la interpretación de la acción concertada y del concierto social

La discutible configuración autonómica de la acción concertada y del concierto social como formas de gestión no sometidas a la legislación de contratos auguraba un escenario de inseguridad jurídica, como fue tempranamente advertido⁹⁵. Los regímenes que impiden la participación de entidades con ánimo de lucro han concitado el mayor número de litigios, siendo objeto de múltiples recursos tanto el desarrollo reglamentario de la figura como la adopción de convocatorias de concertación. La Comunidad Valenciana y Aragón, como pioneras en la implantación de estas reservas al tercer sector, son especialmente representativas en estos procesos, habiendo propiciado la emisión de los dos fallos del TJUE sobre la naturaleza jurídica de la acción concertada y su compatibilidad con las directivas de contratación en los asuntos ASADE I (C-436/20) y ASADE II (C-676/20), cuyo impacto trasciende a todos los regímenes autonómicos.

93. Sobre esto, v. Fernández Acevedo (2024: 1629-1631), quien sostiene que la falta de indicación en la LCSP no impediría articular una licitación exclusivamente con criterios cualitativos.

94. Art. 3.d) LSPIB; art. 4.g) LACAr; art. 22 Decreto valenciano 181/2017; art. 29.4 LACAst; art. 6.1.h) Decreto canario 144/2021; art. 76.3 LSSCMad.

95. Lazo Vitoria (2016); Díez Sastre (2020: 253-259); Domínguez Martín (2020: 71-75); Darnaculleta Gardella (2021: 49).

5.1

La acción concertada ante el TJUE: naturaleza contractual de los acuerdos y condiciones para la compatibilidad con el derecho de la Unión de la reserva a entidades sin ánimo de lucro

El TJUE se enfrentó a la naturaleza jurídica de la acción concertada en la sentencia de 14 de julio de 2022 en respuesta a una cuestión prejudicial remitida por el TSJ de la Comunidad Valenciana. Traía causa de un recurso directo contra el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, regulador de la acción concertada para la prestación de servicios sociales interpuesto por la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (en adelante, ASADE), el *lobby* de las empresas del sector y actor frecuente en los procesos judiciales que se han entablado sobre esta materia. La primera cuestión que debe abordar el TJUE es, precisamente, si los acuerdos de acción concertada se incluyen en el ámbito de aplicación de la DCP. El TJUE comienza recordando que, “al ser el concepto de ‘contrato público’ un concepto del Derecho de la Unión, la calificación que el Derecho español da a los acuerdos de acción concertada carece de pertinencia”, de manera que la precisión de que constituyen “instrumentos organizativos de naturaleza no contractual” no basta para que queden fuera del ámbito de aplicación de la DCP⁹⁶. Del contenido del decreto, el TJUE concluye que los acuerdos de acción concertada constituyen negocios jurídicos sinalagmáticos y onerosos —aunque no se abone beneficio industrial— entre un poder adjudicador y operadores económicos —aunque carezcan de ánimo de lucro— para la prestación de servicios que, en gran medida, coinciden con los descriptores que aparecen en el anexo XIV de la DCP⁹⁷. Entiende, además, que la atribución de los acuerdos de acción concertada va precedida de una selección entre las entidades sin ánimo de lucro que han manifestado su interés, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente⁹⁸. De ser así, y en tanto el valor estimado de los acuerdos de acción concertada sea igual o superior a los umbrales previstos, quedarían sujetos a la DCP⁹⁹.

En el supuesto de que los acuerdos de acción concertada se sometan a la directiva, la segunda cuestión que se analiza es si la reserva a entidades sin ánimo de lucro es compatible con aquella. El TJUE confirma que el régimen valenciano no reúne el conjunto de requisitos que se establecen en el art. 77 DCP para la reserva de específicos contratos de servicios a determina-

96. STJUE ASADE I, cit., apartados 55-56.

97. STJUE ASADE I, cit., apartados 58-67.

98. STJUE ASADE I, cit., apartado 69.

99. STJUE ASADE I, cit., apartado 70.

dos operadores económicos. Sin embargo, en contra de lo que cabría esperar, para el TJUE esta circunstancia no determina *per se* la incompatibilidad con la directiva, lo que justifica en las particularidades del régimen jurídico de los servicios del anexo XIV y, en concreto, en el amplio margen de apreciación que se reconoce a los Estados miembros para organizar la elección de los prestadores de estos servicios, en línea con la discrecionalidad para organizar los servicios de interés económico general del modo más cercano a las necesidades de los usuarios que consagra el Protocolo n.º 26¹⁰⁰. A partir de ahí, el TJUE se embarca en una tarea cuasinORMATIVA al fijar las condiciones al amparo de las cuales una reserva de contratos de servicios sociales en favor de entidades privadas sin ánimo de lucro resultaría compatible con el art. 76 DCP, ofreciendo una reelaboración de la doctrina sentada en las sentencias Sodemare, Spezzino y CASTA que, en gran medida, puede leerse como una auténtica enmienda a la obra del legislador europeo.

Una primera condición, ya conocida, es la existencia de circunstancias objetivas que justifiquen la excepción a la igualdad de trato que consagra el art. 76 DCP, tales como los principios de universalidad y solidaridad propios de un sistema asistencial o razones de eficiencia económica o adecuación.

La segunda condición es que la exclusión de entidades con ánimo de lucro contribuya efectivamente a la consecución de la finalidad social y a alcanzar los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan el sistema¹⁰¹.

A tal efecto el TJUE entiende que para la interpretación del art. 76 DCP sigue siendo pertinente su jurisprudencia anterior sobre los requisitos que deben reunir las entidades privadas que se beneficien de una reserva o de una adjudicación directa de contratos de régimen especial, para concluir, como tercera condición, que la compatibilidad de la reserva con el principio de igualdad de trato exigiría siempre que los eventuales beneficios que se deriven de la ejecución de los contratos reservados sean reinvertidos por las entidades para alcanzar el objetivo social de interés general que persiguen¹⁰².

Del art. 76 DCP se desprendería, finalmente, la exigencia de un procedimiento competitivo para la adjudicación que permita comparar y clasificar las ofertas presentadas por las entidades sin ánimo de lucro, a lo que se añade la necesidad de “[tener] en cuenta, en particular, el precio de esas ofertas, aun cuando dicho precio esté constituido, como en el caso de autos, por el total de los costes cuyo reembolso deberá garantizar el poder

100. STJUE ASADE I, cit., apartados 79-82.

101. STJUE ASADE I, cit., apartados 90-91.

102. STJUE ASADE I, cit., apartados 92-95.

adjudicador”¹⁰³. La introducción de esta apreciación sin duda refuerza la conexión entre reserva al tercer sector y eficiencia presupuestaria, aunque al coste de abocar a las entidades sin ánimo de lucro a una lógica competitiva sobre la base de un criterio de naturaleza económica. La atención al precio como criterio de adjudicación en procedimientos reservados al amparo del art. 76 DCP resulta, además, especialmente llamativa no ya solo por la relevancia que este precepto da a los criterios cualitativos, sino sobre todo porque el propio régimen general en los contratos de servicios brinda la posibilidad de prescindir del precio en la adjudicación con base en el art. 67.2, 5.º párrafo, DCP.

Los demás requisitos que enuncia el TJUE se derivarían del principio de transparencia y no se separan de lo expresado en la contratación de régimen general: un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia los procedimientos de adjudicación y el control de la imparcialidad del poder adjudicador mediante la formulación clara, precisa e inequívoca de los requisitos y condiciones del procedimiento. Proyectados al régimen de la acción concertada, se juzga incompatible con el art. 75 DCP, por insuficiente, la publicación de las convocatorias en el diario oficial autonómico¹⁰⁴.

La tercera cuestión abordada, bajo la premisa de que los acuerdos de acción concertada caigan dentro de la directiva, es la compatibilidad con el art. 76 DCP de un criterio de selección que atienda a la implantación de las entidades en las localidades en las que deben prestarse los servicios, que aparece en el régimen legislativo valenciano de la acción concertada. En línea con pronunciamientos anteriores del TJUE, la exigencia de acreditar la implantación desde el momento de presentación de las ofertas resultaría manifiestamente desproporcionada para alcanzar los objetivos —legítimos— de proximidad y de accesibilidad de los servicios, pues podrían igualmente alcanzarse retrasando la exigencia de implantación a la fase de ejecución. Se trataría, por tanto, de un criterio de selección incompatible con el principio de igualdad que consagra el art. 76 DCP¹⁰⁵.

Menos de un año después el TJUE volvió a ocuparse de la acción concertada, esta vez en el ámbito sociosanitario, con ocasión de la cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en fechas prácticamente coincidentes con las del asunto ASADE I. En el litigio de instancia, la demandante —de nuevo, ASADE— impugnó la resolución del Consejero de Sanidad que aprobaba el expediente relativo al acuerdo de acción con-

103. STJUE ASADE I, cit., apartado 97.

104. STJUE ASADE I, cit., apartados 97, 100-101.

105. STJUE ASADE I, cit., apartados 107-110.

certada para la atención en dispositivos asistenciales de carácter residencial para enfermos de SIDA en Aragón, la orden autonómica que establecía los precios y tarifas máximas aplicables en la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos e, indirectamente, el Decreto aragonés 62/2017, de 11 de abril, sobre acuerdos de acción concertada de servicios sanitarios y convenios de vinculación con entidades sin ánimo de lucro. Emitida la sentencia sobre la acción concertada valenciana, el órgano remitente mantuvo solo dos de las tres cuestiones inicialmente planteadas, que el TJUE procedió a resolver mediante auto motivado.

El auto del TJUE considera que los acuerdos de acción concertada en Aragón pueden caer dentro del ámbito de aplicación de la DCP por los mismos motivos expresados en la sentencia ASADE I, a la que remite¹⁰⁶. Igualmente, la reserva en la norma aragonesa a las entidades sin ánimo de lucro tampoco reuniría los requisitos que el art. 77 DCP exige cumplir de manera acumulada. En concreto, el TJUE apunta que la duración de los acuerdos de acción concertada excede de los tres años que establece el art. 77¹⁰⁷. Ello no obsta para poder entender compatible aquella reserva con el art. 76 DCP, siempre que concurran las condiciones señaladas en ASADE I: existencia de circunstancias objetivas que justifiquen la diferencia de trato; contribución efectiva de las entidades privadas al cumplimiento de la finalidad social y de los objetivos de solidaridad y eficiencia presupuestaria que sustentan el sistema, mediante la reinversión por las entidades de los beneficios que derivan de la ejecución de los contratos para alcanzar el objetivo social de interés general perseguido; concurrencia competitiva entre entidades sin ánimo de lucro para la adjudicación del contrato, con especial atención al precio de las ofertas, aun cuando el precio se limite a la cobertura de los costes de prestación del servicio; y, finalmente, transparencia, no siendo suficiente la publicidad realizada a través del diario oficial de la región¹⁰⁸.

La principal aportación del TJUE en el asunto ASADE II es el modo en que entiende cumplido el requisito de que el régimen de reserva a entidades sin ánimo de lucro sirva al objetivo de eficiencia presupuestaria. En este sentido, en el proceso de instancia, ASADE cuestionaba si un sistema de reserva como el aragonés verdaderamente servía a ese fin, a la vista de que la orden reguladora de los precios máximos en servicios sanitarios gestionados mediante acuerdos de acción concertada también era aplicable a la prestación de servicios mediante cualquiera de las fórmulas establecidas en

106. ATSJ ASADE II, cit., apartados 39-40.

107. ATSJ ASADE II, cit., apartados 43-45.

108. ATSJ ASADE II, cit., apartados 46-59.

la normativa de contratos del sector público¹⁰⁹. El TJUE, sin embargo, considera que la exclusión de entidades con ánimo de lucro no contraviene el derecho de la Unión solo porque de haber participado en el procedimiento de adjudicación se hubiera podido prestar el servicio a un menor coste para las arcas públicas. En su lugar, el TJUE plantea la necesidad de valorar la eficiencia presupuestaria en el contexto específico de los servicios objeto de la acción concertada “a la luz de las particularidades inherentes de la prestación, relativas a la necesidad de garantizar que la exclusión de las entidades con ánimo de lucro contribuya efectivamente a la finalidad social y a los objetivos de solidaridad perseguidos por el poder adjudicador”¹¹⁰. Con este matiz el TJUE parece conectar la eficiencia presupuestaria con la noción, más compleja, de eficiencia social, lo que tiene pleno sentido en el contexto de los servicios a las personas y que es, por otra parte, la idea en la base de la contratación pública estratégica. No obstante, la valoración de este aspecto en el contexto del juicio de compatibilidad con el derecho europeo que deben efectuar los tribunales nacionales introduce una marcada discrecionalidad en la decisión judicial.

5.2

La acción concertada ante los tribunales españoles: desdoblamiento de su naturaleza jurídica y marginación de la Ley de Contratos

5.2.1

El control de la acción concertada ante la jurisdicción contencioso-administrativa

En una primera etapa los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la acción concertada y el concierto social se caracterizaron por validar su exclusión de la legislación de contratos, sin ir más allá de la mención de la disposición adicional 49.^a LCSP. Al margen de la anulación de algunas disposiciones reglamentarias por vicios de procedimiento¹¹¹, lo que contribuyó a demorar el control sustantivo, los primeros análisis judiciales se

109. Art. 2.2 Orden SAN/1221/2017, de 21 de julio, del Consejero de Sanidad de Aragón.

110. ATJUE ASADE II, cit., apartado 111.

111. En este sentido, el TSJ Aragón anuló por vicios de procedimiento las dos primeras órdenes reguladoras de la acción concertada para la prestación de servicios sociales. V. la Sentencia n.^o 269/2020, de 17 de junio (ROJ: STSJ AR 598/2020), que anula la Orden CDS/ 2042/2017, de 30 de noviembre, por falta de memoria económica; y las sentencias n.^o 382/2022, de 27 de octubre (ROJ: STSJ AR 1432/2022), n.^o 424/2022, de 14 de diciembre (ROJ: STSJ AR 1782/2022), y n.^o

orientaron a verificar el cumplimiento de los fundamentos normativos de estos instrumentos, sin cuestionar la calificación que efectúan las normas autonómicas. Así, se ha valorado si contravenía el considerando 114 de la DCP y el art. 11.6 LCSP que la acción concertada, en tanto que instrumento no contractual, excluyera a entidades lucrativas pese a la explícita obligación de respeto del principio de no discriminación¹¹², o si la reserva podía extenderse a la gestión de servicios sanitarios cuando ambas disposiciones se refieren a “servicios sociales”¹¹³. En cuanto a los actos de aplicación, más allá del debate sobre la naturaleza jurídica, se ha controlado el cumplimiento del deber de motivación de la mayor idoneidad de esta técnica para la prestación de ciertos servicios frente a la contratación pública, tal y como exigen algunos regímenes autonómicos¹¹⁴, o de la subsidiariedad en el recurso a la acción concertada en lugar de la gestión directa o el recurso a medios propios¹¹⁵.

Como cabría esperar, la resolución de las cuestiones prejudiciales de los asuntos ASADE I y ASADE II ha constituido un punto de inflexión en los pronunciamientos que venía ofreciendo la jurisprudencia contenciosa.

5/2023, de 8 de febrero (ROJ: STSJ AR 162/2023), que estiman distintos recursos contra la Orden CDS/124/2021, de 22 de febrero, por la omisión del dictamen preceptivo del consejo consultivo.

112. Especialmente significativa es la Resolución n.º 796/2019, de 11 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), de un recurso contra la convocatoria de un acuerdo de acción concertada para la gestión de un centro de personas con discapacidad por un ayuntamiento valenciano, no solo porque el argumento principal esgrimido por los recurrentes fue la discriminación contraria al art. 11.6 LCSP, sino también porque el tribunal se consideró incompetente a partir de la definición de la acción concertada como instrumento organizativo de naturaleza no contractual que contiene el decreto valenciano, sin ulterior análisis.

113. La Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana n.º 560/2018, de 12 de junio (ROJ: STSJ CV 2468/2018), que desestimó el recurso directo contra la Orden 3/2017, de 1 de marzo, de la Conselleria de Sanidad, reguladora de la acción concertada en el ámbito sanitario, avala que la referencia a “servicios sociales” del considerando 114 DCP debe interpretarse como “servicios a las personas” (FJ 6.º). También rechazó, con base en la doctrina Spezzino y CASTA, que la reserva a las entidades sin ánimo de lucro de la acción concertada sanitaria que contiene la orden objeto de impugnación fuera contraria *per se* al principio de no discriminación, correspondiendo a las convocatorias justificar *ad casum* la reserva con base en los principios de solidaridad y eficiencia presupuestaria (FJ 8.º). Finalmente, desestimó declarar la nulidad por contravención del precepto básico que no establece una reserva, sino un criterio de preferencia en la asignación de conciertos sanitarios a entidades sin fines lucrativos (art. 90.2 Ley General de Sanidad), invocando la amplia potestad de los poderes públicos para organizar sus servicios sanitarios, que reconocen tanto la DCP como la jurisprudencia del TJUE. Constituye uno de tantos ejemplos en los que la jurisprudencia obvia la interposición del legislador estatal –sea en materia de sanidad o de contratos– entre las directivas europeas y la regulación autonómica.

114. La anulación de convocatorias de acuerdos de acción concertada por la falta de motivación de la idoneidad de la acción concertada, sobre todo desde una perspectiva económica, ha sido una línea seguida en interpretación del art. 5 LACAr, tanto en primera instancia como en apelación, por el TSJ de Aragón; v. STSJ Aragón n.º 414/2022, de 5 de diciembre (ROJ: STSJ AR 1737/2022); y tras el ATSJ ASADE II, las SSTSJ Aragón n.º 64/2024, de 19 de febrero (ROJ: STSJ AR 167/2024); n.º 162/2024, de 17 de abril (ROJ: STSJ Ar 632/2024); y n.º 238/2025, de 10 de julio (ROJ: STS AR 1187/2025).

115. V. STSJ Comunidad Valenciana n.º 354/2023, de 30 de junio (ROJ: STSJ CV 3780/2023), donde se anula una convocatoria de acción concertada, además de por motivos vinculados a la sentencia ASADE I, por la insuficiente justificación de falta de medios propios.

Sin embargo, la doctrina del TJUE se ha revelado de difícil digestión para nuestros tribunales, cuyos razonamientos y conclusiones han resultado, a mi juicio, poco consistentes y han incrementado notablemente la inseguridad jurídica de la gestión de los servicios a las personas. Y es que, sentada la naturaleza contractual de los acuerdos de acción concertada y de los conciertos sociales siempre que, según el derecho de la Unión, medie selección por el poder adjudicador, era esperable que por parte de los tribunales se efectuara un doble juicio de compatibilidad: en primer lugar con la directiva, cuando el valor de los acuerdos o conciertos iguale o supere los 750 000 euros, y en segundo lugar con la LCSP, puesto que si la naturaleza de un negocio jurídico es contractual a la luz del derecho europeo también lo ha de ser a efectos del derecho estatal que traspone las directivas europeas¹¹⁶. Sin embargo, mientras el juicio de contraste con el derecho europeo se ha llevado a cabo —también aquí con algunas conclusiones sorprendentes—, el juicio de contraste con la LCSP se ha eludido. Los tribunales encargados de trasladar los fallos del TJUE en los asuntos ASADE I y ASADE II a los procesos de instancia han considerado que los acuerdos de acción concertada son contratos públicos a efectos de la aplicación de la directiva cuando su valor estimado supera o iguala los 750 000 euros, pero no son contratos públicos para la LCSP a ningún efecto.

La explicación a este aparente sinsentido está en que los tribunales han seguido interpretando la disposición adicional 49.^a en conjunción con el art. 11.6 LCSP como una habilitación para que las comunidades autó-

116. Es más, puede ocurrir que un negocio jurídico no tenga la consideración de contrato público para el derecho europeo —por no comportar selección entre entidades interesadas—, pero sí pueda serlo para el derecho español. Al fin y al cabo, la competencia estatal para establecer las bases del régimen jurídico de los contratos de las Administraciones públicas sirve a más fines que a la garantía del mercado interior, por lo que es perfectamente lógico que el legislador nacional pueda emplear un concepto de contrato público funcional a las finalidades perseguidas. Expresado en términos más concretos: al legislador básico estatal no solo le interesa cómo se elige el prestador de un servicio público en garantía del mercado interior, sino también la garantía de los intereses públicos implícitos en la prestación durante el tiempo de ejecución del contrato, y ello con independencia de que la contratación que se financia con fondos públicos sea resultado de la elección de un organismo de derecho público, de la elección del usuario, o no medie elección alguna y se contrate con todo prestador que satisfaga los requisitos mínimos y ofrezca el servicio. No en vano, así se ha justificado tradicionalmente la atribución de prerrogativas que caracteriza la ejecución de los contratos administrativos. Sostiene la necesidad de que la LCSP contenga un concepto de contrato público propio, pues el legislador estatal habría asumido íntegramente el concepto europeo, García-Andrade Gómez (2022: 202-203). En mi opinión, la referencia genérica a “contratos onerosos” en el art. 4 LCSP, aunque se haya incluido el 11.6 LCSP, no conduce necesariamente a interpretar que se ha asumido el concepto de contrato público de la directiva, que sí explicita la necesidad de elección por el poder adjudicador como elemento característico (art. 1.2 DCP). A mi juicio, el principal reproche es que la LCSP no ha previsto otros procedimientos de contratación más allá de los que tienen interés para el derecho europeo (la concurrencia competitiva a través de una licitación) y de la adjudicación directa en los casos legalmente previstos, como sería el caso de la contratación *open-house*.

nomas puedan decidir discrecionalmente apartarse de la LCSP y dotarse de un régimen jurídico especial para la contratación de los servicios a las personas. Pero, como ya se indicó, es una interpretación insostenible por dos razones. La primera, porque el art. 11.6 LCSP, que transcribe el último párrafo del considerando 114 de la DCP, no es más que una aclaración de que las formas indirectas de prestación de servicios que no encajan con el concepto de contrato público quedan fuera de la LCSP. La segunda, porque siendo los conciertos sociales contratos de servicios a las personas, el precepto que traza el ámbito en el que puede moverse la regulación autonómica no es la disposición adicional 49.^a (competencia autonómica para legislar instrumentos no contractuales), sino la disposición adicional 47.^a (principios aplicables a los contratos y a las concesiones de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV), que exige, en todo caso, aplicar las disposiciones de la ley, aunque se abra limitadamente a algunas modulaciones.

La resolución que marca la pauta seguida por muchas otras es la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana n.º 339/2023, de 29 de junio (ROJ: STSJ CV 3783/2023), en el recurso directo contra el Decreto 181/2017 que dio pie al planteamiento de la cuestión prejudicial del asunto ASADE I. Es el propio tribunal el que explica que la disposición adicional 49.^a contiene una habilitación para que las comunidades autónomas legislen regímenes especiales de contratación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social, sin más límites que los que derivan de la directiva¹¹⁷. Así, cuando el concierto iguala o supera los 750 000 euros, “[de la sentencia 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” (FJ 7.^º). Por el contrario, “[e]n cuanto hace a las acciones concertadas por debajo del umbral [...] no les es de aplicación la Directiva y tampoco directamente la Ley de contratos del sector público, jugando entonces el artículo 4 de dicha ley [régimen aplicable a los negocios jurídicos excluidos], a lo que debe estarse, esto es, se rigen por sus normas especiales -en este caso la normativa autonómica-, aplicándose los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse” (FJ 16.^º). La conclusión de este razonamiento es que el TSJ valenciano en ningún momento procede a valorar si el régimen de la acción concertada, tanto en lo

¹¹⁷. De la disposición adicional 49.^a se afirma que “[t]al habilitación existe a fecha de hoy, pero el régimen jurídico confirmado en la Ley y Decreto valencianos tan repetido la configura como instrumento de naturaleza contractual, contrato especial encuadrable entre la categoría de regímenes de contratación particulares dentro del título III, capítulo I de la Directiva 2014/24” (FJ 7.^º).

relativo a la reserva a entidades sin ánimo de lucro como al procedimiento de elección de proveedores, requisitos de solvencia, criterios de adjudicación, régimen de recursos, etc., vulnera las bases estatales en materia de contratos, a pesar de que a la fecha de adopción del decreto valenciano ya había sido publicada la LCSP y el propio tribunal reconoce que debe servir “al menos a efectos interpretativos” (FJ 6.^º)¹¹⁸.

Pero es que el examen que efectúa la sentencia valenciana a la sola luz del derecho europeo también resulta inconsistente con la doctrina sentada en los asuntos ASADE I y ASADE II. Una defectuosa comprensión de la argumentación del tribunal europeo conduce al TSJ de la Comunidad Valenciana a superponer, en una confusa fundamentación, los requisitos del art. 77 DCP para la reserva de contratos sobre determinados servicios a las condiciones para la reserva que el TJUE dedujo del art. 76 DCP, precisamente para superar la estrechez con la que el legislador europeo trasladó al art. 77 DCP la doctrina sentada en los asuntos Sodemare, Spezzino y CASTA. De este modo la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana anula, en primer término, el inciso relativo a la garantía de la indemnidad patrimonial de las entidades prestadoras al hilo de las tarifas máximas y módulos económicos para la retribución de los costes¹¹⁹, por entenderlo contrario a la consecución del objetivo de eficiencia presupuestaria que, en el contexto del art. 76 DCP, justifica la exclusión de entidades con fines lucrativos. Pero también anula —lo que tiene mayor repercusión— el plazo de duración de los conciertos sociales cuando excede de los tres años, para que pueda cumplirse con lo dispuesto en el art. 77 DCP, siempre que su valor iguale o supere los 750 000 euros (FJ 15.^º)¹²⁰.

La proyección sobre la acción concertada de los requisitos que exige el art. 77 DCP, tal y como lo hace el tribunal valenciano, supone asestar un duro golpe a la pretensión autonómica de dotar de estabilidad a la prestación del servicio y a la financiación cuando la gestión se encarga en exclusiva a entidades sin ánimo de lucro, no solo porque se les aplica un plazo de duración muy breve —más, incluso, que el que permite la LCSP para los contratos de prestación de servicios a las personas—, sino también porque cualquier entidad que haya sido adjudicataria a través de reserva queda excluida de nuevas adjudicaciones de acuerdos de acción concertada en los tres años siguientes. Así se recoge en la sentencia coetánea n.º 342/2023, de 30 de junio (ROJ: STSJ CV 7451/2023), por la que el TSJ de Valencia estima parcialmente

118. Respecto a la relación de la acción concertada con la LCSP, Manent Alonso critica que la sentencia del TSJ valenciano “crea una rocambolesca situación” (Manent Alonso, 2023: 197).

119. Art. 22.2 Decreto 181/2017.

120. Art. 23 Decreto 181/2017.

un recurso indirecto contra el Decreto 181/2017, interpuesto por el Círculo Empresarial de Atención a Personas y la Asociación de Servicios a Personas en Situación de Dependencia, y acoge la pretensión de los actores sobre la aplicación de este límite (FJ 17.º). Precisamente, el estrechamiento operativo de la acción concertada que provoca esta interpretación ha conducido a la interposición de un recurso de casación por diversas asociaciones de entidades del tercer sector en la Comunidad Valenciana, pendiente de resolverse a la fecha de cierre de este trabajo¹²¹.

Al margen del examen de la viabilidad de la reserva a las entidades sin ánimo de lucro, el carácter contractual de la acción concertada lleva a la sentencia de 29 de junio de 2023, siguiendo al TJUE, a anular el precepto reglamentario que omite el deber de publicación en el DOUE (FJ 12.º)¹²², así como el criterio de valoración relativo a la implantación de la entidad en la localidad donde va a prestarse el servicio (FJ 14.º)¹²³, cuando el valor de los conciertos iguale o supere los 750 000 euros.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, remitente de la segunda cuestión prejudicial en el asunto ASADE II, integra la doctrina europea en la sentencia n.º 65/2024, de 12 de febrero¹²⁴, que estima parcialmente el recurso interpuesto por ASADE para la impugnación indirecta del Decreto 62/2017, regulador de la acción concertada para la prestación de servicios sociales. Siguiendo a su antecedente valenciana, una vez apreciado el carácter contractual de los acuerdos de acción concertada tampoco efectúa un contraste de su régimen jurídico con la LCSP. En esta sentencia, la omisión del juicio de compatibilidad con la legislación estatal resulta aún más significativa por cuanto el tribunal admite que, al encontrarnos ante un contrato de servicios, cabría en hipótesis que la legislación autonómica precedente resultara desplazada por la LCSP, que traspuso tardíamente las directivas, o incluso que hubiera base para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (FJ 3.º), pretensión de los recurrentes que resulta, sin más ex-

121. Auto de admisión del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2024 (ATS 13261/2024).

122. Art. 13.2 Decreto 181/2017. La mencionada STSJ Comunidad Valenciana n.º 3781/2023, de 30 de junio, anula la convocatoria de acción concertada que se impugnaba por omisión de publicidad en el DOUE. Con todo, el defecto de publicidad de las convocatorias de acción concertada no siempre ha conducido a su nulidad: solo en aquellos casos en que los recurrentes lo han invocado explícitamente al ampliar los motivos de nulidad en el trámite de conclusiones. Así, no se declara la nulidad por omisión de la publicación de la convocatoria en el DOUE, a pesar de mencionarse en la fundamentación, en las SSTSJ C. Valenciana n.º 353/2023, de 30 de junio (ROJ STSJ CV 3782/2023), n.º 9/2024, de 11 de enero (ROJ: STSJ CV 214/2024), n.º 12/2024, de 12 de enero (ROJ: STSJ CV 242/2024), o n.º 18/2024, de 12 de enero (ROJ: STSJ CV 280/2024).

123. Art. 15.1.a) Decreto 181/2017.

124. No se facilita número ROJ de la sentencia porque no aparece recogida en CENDOJ. No obstante, puede accederse a su contenido a través de la web del Observatorio de Contratación Pública en este enlace: <https://www.obcp.es/sites/default/files/2024-06/Not.%202028-02-24%20Sentencia.pdf>.

plicación, desestimada. Del contraste con la directiva y la jurisprudencia del TJUE se deriva la anulación, como en la sentencia valenciana, de la duración superior a tres años de los conciertos de valor igual a superior a 750 000 euros por incumplimiento del art. 77 DCP¹²⁵; del precepto que regula la publicidad en tanto no contempla la publicación en su caso en el DOUE¹²⁶, y del criterio de selección relativo a la implantación en el territorio¹²⁷ (FJ 7.º y 8.º). También se anula la previsión de que el sistema de tarifas adoptado para cualquier prestación por terceros de servicios sanitarios pueda ser aplicado a los acuerdos de acción concertada, al no prever la exclusión del beneficio industrial y no contribuir a la consecución de la eficiencia presupuestaria¹²⁸ (FJ 8.º). Todo ello conduce a anular la convocatoria de acción concertada que dio origen a la impugnación indirecta del decreto. Por lo demás, en los casos en que no se alcance el umbral, nos dice el TSJ que la acción concertada “se rige por su normativa especial” (FJ 9.º).

5.2.2

El control de la acción concertada por tribunales administrativos de resolución de recursos contractuales

La doctrina ASADE, así como las cuestionables orientaciones adoptadas por los tribunales superiores de justicia de la Comunidad Valenciana y de Aragón, también se han dejado sentir en los acuerdos de los órganos administrativos competentes para la resolución del recurso administrativo especial en materia de contratación. Tal y como venía ocurriendo en la jurisdicción contencioso-administrativa, antes de la resolución de los asuntos ASADE I y ASADE II predominaba la inadmisión de recursos especiales en materia de contratación contra actuaciones relacionadas con acciones concertadas o conciertos especiales sin mayor análisis, con la mera invocación de la disposición adicional 49.ª, del art. 11.6 LCSP y del considerando 114 de la DCP¹²⁹.

125. Art. 12 Decreto 62/2017.

126. Art. 7.6 Decreto 62/2017.

127. Art. 6.2.a) Decreto 62/2017.

128. Art. 2.1 Orden SAN/1221/2017.

129. V. Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Pùblicos de Aragón n.º 17/2019, sobre impugnación de anexos de condiciones mínimas en sendas convocatorias de acuerdos de acción concertada en Aragón; Resolución del TACRC n.º 796/2019, de 11 de julio, sobre impugnación de una convocatoria de acción concertada para la gestión de un centro de servicios sociales por un ayuntamiento valenciano.

Rompe con esta inercia la Resolución n.º 556/2023 del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, de 25 de octubre, que admite y estima parcialmente un recurso administrativo especial interpuesto por ASADE contra las bases reguladoras de los pliegos de prescripciones técnicas para la provisión del servicio de asistencia a la dependencia mediante gestión delegada¹³⁰, convocada por un consorcio comarcal. Aunque la admisión del recurso fuera facilitada por el hecho de que el anuncio de la convocatoria fuese prudentemente publicado en el DOUE antes incluso de que se dictara la sentencia de ASADE I, y reconociera la competencia del tribunal de contratos para conocer de los recursos en vía administrativa, el tribunal no renuncia a analizar la naturaleza jurídica de la gestión delegada como presupuesto de su propia competencia, y deduce la naturaleza contractual del hecho de que el ente titular del servicio efectúe la elección del proveedor cuando tramita el procedimiento. Esta resolución es también singular porque, a diferencia de las sentencias de los TSJ valenciano y aragonés, sí lleva a cabo un control con base en la LCSP, anulando algunos criterios de adjudicación por no satisfacer los requisitos que impone el art. 145 LCSP para su formulación.

Sin embargo, en menos de dos años el tribunal catalán ha cambiado de criterio para alinearse plenamente con el enfoque de los tribunales superiores de justicia valenciano y aragonés. Así, el Acuerdo n.º 9/2025, de 9 de abril, recaído en un recurso de ASADE que impugna las bases reguladoras para la provisión del servicio de atención domiciliaria mediante gestión delegada convocada por un ayuntamiento, tras reconocer la naturaleza contractual de la gestión delegada, renuncia al contraste con la LCSP para limitarse al examen de derecho europeo. Declara la nulidad de la convocatoria por omitir la publicación en el DOUE que exige el art. 75 DCP y, lo que resulta especialmente criticable, por disponer una duración superior a los tres años contraria al art. 77 DCP. Téngase en cuenta que este último artículo no debería jugar ningún papel en el análisis del régimen catalán, que no consagra una reserva en favor de las entidades sin ánimo de lucro, sino la preferencia “en condiciones análogas de efectividad, calidad y rentabilidad social”¹³¹.

130. La gestión delegada y el concierto social son las dos formas no contractuales de prestación de servicios sociales previstas en el Decreto-ley catalán 3/2016 y desarrolladas en el Decreto 69/2020, residiendo la distinción en que la gestión delegada opera sobre centros o establecimientos que son de titularidad pública y que, por tanto, no son “aportados” por las entidades que conciernen, mientras que en el concierto social los centros a través de los cuales se realiza la prestación son de titularidad privada. V. Gracia Retortillo (2025: 405-407).

131. Art. 14.4 Decreto catalán 69/2020.

En los mismos términos ya se había pronunciado el Tribunal Administrativo de Contratación de Galicia en la Resolución n.º 107/2024, de 23 de julio, al estimar los recursos interpuestos por ASADE y CLECE contra la convocatoria de asignación de concierto social para la gestión integral de un centro de atención a la discapacidad de titularidad de la Xunta de Galicia. A partir de la apreciación de la naturaleza contractual del concierto, anula la convocatoria por omisión de la publicidad en el DOUE y por la previsión de duración superior a los tres años, a pesar de que, como ocurre en Cataluña, en Galicia tampoco existe una reserva en favor de entidades sin ánimo de lucro que justifique aplicar los requisitos prescritos en el art. 77 DCP.

Por el momento, el órgano que en sede administrativa ha realizado el mayor esfuerzo analítico para determinar la naturaleza jurídica de un régimen de acción concertada ha sido el TACRC a través de las resoluciones n.º 144/2025, de 31 de enero, y n.º 214/2025, de 20 de febrero. Son dos resoluciones que conviene leer en paralelo, no solo por su proximidad temporal e idéntico esquema analítico, sino especialmente porque mientras en el primer caso se llega a la conclusión de que la acción concertada en Castilla-La Mancha es un contrato de servicios, en el segundo se inadmite el recurso al considerar que en Baleares se trata de un instrumento no contractual amparado por el art. 11.6 LCSP y la disposición adicional 49.^a

La Resolución n.º 144/2025 decide un recurso planteado por Comisiones Obreras contra una orden de la Consejería de Bienestar de Castilla-La Mancha que establecía las bases y convocabía concierto social para la gestión del servicio de acogimiento residencial de menores y para la ejecución de medidas judiciales de convivencia en grupo educativo. En la Resolución n.º 214/2025, ASADE impugna la resolución de la Consejera de Familias y Asuntos Sociales de Baleares por la que efectuaba una convocatoria de acción concertada del servicio de ayuda a domicilio para personas en situación de dependencia en la Mancomunidad Pla de Mallorca, con entidades de iniciativa privada que tengan acreditado el servicio de ayuda a domicilio. Ninguno de los dos regímenes establece una reserva en favor de entidades sin ánimo de lucro, sino mera preferencia en condiciones análogas “de eficacia, calidad y costes”.

Pues bien, en el caso de Castilla-La Mancha, a la vista del procedimiento y de los criterios de valoración, que se establecen con alto grado de detalle en la convocatoria, se considera que existe comparación y clasificación de ofertas para designar el operador o los operadores a los que se otorga la exclusividad; habría, por tanto, límites o cuotas para acceder a la prestación del servicio por parte de quienes cumplen los requisitos mínimos. Tratándose de un contrato de servicios, se resuelve la invalidez de las actuaciones

impugnadas por no ajustarse su preparación a lo dispuesto en los arts. 100 y 130 LCSP.

El caso de Baleares resulta más complejo. Un primer rasgo que destaca el TACRC es que se prevea que los criterios de preferencia sean de aplicación cuando no haya disponibilidad presupuestaria suficiente para atender toda la oferta. Dado el caso solo se considerarían dos criterios de selección, formulados en términos muy amplios y sin que se haya previsto la asignación de puntos. El primer criterio es el arraigo de la persona en el entorno de atención, tomando como referencia que las entidades ya vinieran prestando el servicio a usuarios con derecho a la prestación en la zona territorial para la que se concierta. El segundo criterio es la implantación de la entidad en la zona territorial, valorándose el tiempo de gestión por las entidades candidatas del servicio que se concierta. Con estos elementos, el tribunal juzga que se trata de un procedimiento que no persigue la comparación de ofertas para la selección del mejor proveedor, porque no existe propiamente presentación de ofertas cuando las prestaciones y el precio son fijados por la Administración, sino que estamos ante la asignación de plazas entre las entidades interesadas, por lo que se trataría de una fórmula no contractual según el art. 11.6 LCSP. En este sentido, el TACRC afirma que “[n]o hay selección de oferta cuando por motivos presupuestarios las bases se limitan a establecer criterios de preferencia entre las entidades previamente autorizadas” (FJ 6.º). La argumentación del TACRC en este punto es problemática, ya que la escasez de recursos está en la base de cualquier procedimiento de concurrencia competitiva, aunque no se explice, y es evidente que el procedimiento que regula la norma balear impide que todas las entidades interesadas acreditadas para la prestación del servicio puedan convertirse en proveedores por cuenta de la Administración; hay límites en el sentido expresado en el art. 11.6 LCSP. No tuvo en cuenta el TACRC que en el caso de la acción concertada castellanomanchega tampoco se planteaban propiamente ofertas por las entidades, aunque los criterios para determinar con quién se concierta hubieran sido mejor precisados y se previera su puntuación. En una situación de escasez como la que supone que no todas las entidades acreditadas van a poder ser proveedoras del servicio de atención a domicilio, la clave debería estar en quién va a realizar materialmente la elección del prestador. En este sentido, el régimen balear emplea dos criterios que apuntarían a sujetos distintos y, por tanto, a conclusiones distintas respecto a la naturaleza jurídica en función del peso que posean en la selección de entidades concertadas. En atención al criterio del arraigo, la selección del proveedor puede obedecer a la elección del usuario, si el servicio al que se desea dar continuidad se prestaba en régimen de mercado antes

del reconocimiento del derecho a la prestación en el sistema público; en cambio, el criterio de la implantación territorial responde a la elección de la Administración titular del servicio y determinaría que se trate de un contrato público en el sentido europeo de la expresión.

6 Consideraciones finales

La experiencia autonómica en torno a la acción concertada revela que su diseño como forma no contractual de prestación de servicios a las personas ha descansado en una fundamentación jurídica débil, derivada de una lectura extensiva —e inexacta— del último párrafo del considerando 114 de la DCP, luego traspuesto al art. 11.6 LCSP. Dicho considerando no habilita la formulación de un régimen alternativo de contratación pública para este tipo de servicios, sino que únicamente reconoce la libertad de organización de los Estados para acudir, además de a la gestión directa, a fórmulas que, por razones intrínsecas, no constituyen contratos públicos.

En un intento por rehabilitar el tradicional concierto en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios, y así proteger el protagonismo del tercer sector en su provisión, la normativa autonómica ha configurado, sin embargo, un artificioso *tertium genus*, empleando esquemas y categorías contractuales al tiempo que se eludían las directivas y la LCSP. Así se explica la intensa litigiosidad y la inseguridad jurídica que han marcado su aplicación, y la inconsistencia de buena parte de las resoluciones judiciales y administrativas que se han enfrentado a esta materia, en perjuicio de la continuidad y estabilidad de servicios dirigidos a colectivos especialmente vulnerables.

En cualquier caso, hay que reconocer que el régimen de la acción concertada y de los conciertos sociales se inserta en un entorno regulatorio especialmente complejo, marcado por la concurrencia de fuentes europeas, estatales y autonómicas, y por la difícil construcción jurídico-conceptual de los servicios sociales de interés general en el derecho de la Unión, cuyo estatuto oscila entre la lógica de la solidaridad y la lógica del mercado interior. Esa ambivalencia ha favorecido interpretaciones dispares y ha erosionado la previsibilidad del sistema. En el plano doméstico, el cegado que opera el legislador estatal básico de las posibilidades de desarrollo de un modelo especial de contratación pública que explore las posibilidades que brinda la DCP para adaptarla a la prestación de servicios a las personas, concurre con la voluntad de las comunidades autónomas de articular soluciones extramuros de la legislación contractual, con discutible cobertura jurídica.

En definitiva, la consecución de los fines perseguidos con la acción concertada ha podido frustrarse por la considerable inseguridad que rodea su régimen jurídico, en buena medida porque se proyecta sobre un contexto normativo complejo y multinivel que mantiene la organización de los servicios sociales de interés general en una posición incierta. La respuesta, sin embargo, no puede quedar exclusivamente remitida a lo que resuelva el Tribunal Supremo en los recursos de casación pendientes; parece igualmente conveniente que el legislador básico revise la LCSP para permitir que las comunidades autónomas –competentes para la prestación de servicios sociales y sanitarios– dispongan de una base sólida que las dote de una mayor capacidad para modular el régimen general de contratación y adaptarlo, tal y como permite la directiva, a los retos que plantea la gestión de este tipo de servicios.

7 Bibliografía

- Almeida Cerreda, M. y Santiago Iglesias, D. (2008). A xestión indirecta dos servizos sociais de titularidades autonómica en Galicia, en especial o concerto. *Dereito. Revista Xurídica da Universidades de Santiago de Compostela*, 17, 69-89.
- Beltrán Aguirre, J. L. (1992). *El régimen jurídico de la acción social pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Bernal Blay, M. Á. (2024). La contratación de servicios a las personas. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público* (tomo III, 2.^a ed., pp. 3179-3216). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Burillo Sánchez, F. J. (2017). Las entidades de economía social como principales beneficiarias de la innovación social en la contratación pública. En B. García Romero y M.^a M. Pardo López (dirs.). *Innovación social en la contratación administrativa. Las cláusulas sociales* (pp. 441-445). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Cantero Martínez, J. (2025). La acción concertada y las fórmulas no contractuales en la provisión de servicios de atención a la persona en materia de salud. En M. V. Forns i Fernández, A. Garrido Juncal y J. R. Fuentes i Gasó (eds.). *La acción concertada social y las fórmulas no contractuales en la provisión de servicios de atención a la persona en el Estado español* (pp. 159-225). Valencia: Tirant lo Blanch.

Caraza Cristín, M.ª del M. (2020). *El singular modelo de gestión de los servicios sociales en Andalucía: "El concierto social"*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

Darnaculleta Gardella, M. M. (2021). Les noves modalitats de gestió de serveis a les persones a la legislació autonòmica de serveis socials: especial referència a l'acció concertada. *Revista catalana de dret públic*, 62, 37-52.

Del Pino, E. y Rubio Lara, M.ª J. (dirs.). (2024). *Los estados de bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada* (3.ª ed.). Madrid: Tecnos.

Díez Sastre, S. (2020). La acción concertada como nueva forma de gestión en los servicios sanitarios. En A. Agulló Agüero (dir.). *Financiación de la sanidad. Tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero* (pp. 231-261). Valencia: Tirant lo Blanch.

Díez Sastre, S. (2021). Los contratos open-house: comprar sin licitar. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 15, 5-23.

Domínguez Martín, M. (2020). La acción concertada de los servicios a las personas en la ley de contratos del sector público y en la legislación autonómica ¿instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer carácter social? En L. Tolivar Alas y M. Cueto Pérez (dirs.). *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública* (pp. 47-75). Valencia: Tirant lo Blanch.

Domínguez Martín, M. y Chinchilla Peinado, J. A. (2019). La acción concertada en la gestión de servicios sanitarios en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. *Derecho y Salud*, 29 extraordinario, 199-206.

Fernández Acevedo, R. (2024). Los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En E. Gánero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.). *Tratado de contratos del sector público* (tomo II, 2.ª ed., pp. 1605-1681). Valencia: Tirant lo Blanch.

Forns i Fernández, M. V., Garrido Juncal, A. y Fuentes i Gasó, J. R. (eds.). (2025). *La acción concertada social y las fórmulas no contractuales en la provisión de servicios de atención a la persona en el Estado español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

García-Andrade Gómez, J. (2022). Panorama de las fórmulas público-privadas para la atención de las necesidades sociales. En M.ª M. Darnaculleta Gardella, J. García-Andrade Gómez, R. Leñero Bohórquez y M.ª A. Salvador Armendáriz. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales* (pp. 197-274). Madrid: Marcial Pons.

Garrido Juncal, A. (2020). *Los servicios sociales en el s. XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Gimeno Feliú, J. M.^a (2018). La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 52, 12-65.

Gimeno Feliú, J. M.^a (2019). Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la ley de contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios sociales. En J. M. Martínez Fernández (coord.). *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL* (pp. 689-710). Las Rozas: El Consultor de los Ayuntamientos - Wolters Kluwer.

Gimeno Feliú, J. M.^a (2025). El nuevo marco jurídico de la provisión de servicios de atención a la persona. En M. V. Forns i Fernández, A. Garrido Juncal y J. R. Fuentes i Gasó (eds.). *La acción concertada social y las fórmulas no contractuales en la provisión de servicios de atención a la persona en el Estado español* (pp. 59-98). Valencia: Tirant lo Blanch.

Gracia Retortillo, R. (2025). La acción concertada social y las fórmulas no contractuales en la provisión de servicios de atención a la persona: Catalunya. En M. V. Forns i Fernández, A. Garrido Juncal y J. R. Fuentes i Gasó (eds.). *La acción concertada social y las fórmulas no contractuales en la provisión de servicios de atención a la persona en el Estado español* (pp. 377-439). Valencia: Tirant lo Blanch.

Lazo Vitoria, X. (2016). La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública. *Observatorio de Contratación Pública*, 7 de noviembre de 2016.

Lazo Vitoria, X. (2023). Prestación de servicios a las personas: ¿concierto social o contrato? *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 26, 31-46.

Leñero Bohórquez, R. (2022). La naturaleza jurídica de la acción concertada como modalidad de gestión de los servicios a las personas. En M.^a M. Darnaculleta Gardella, J. García-Andrade Gómez, R. Leñero Bohórquez y M.^a A. Salvador Armendáriz. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales* (pp. 135-195). Madrid: Marcial Pons.

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. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, 62, 283-296.

Manent Alonso, L. (2023). La acción concertada en servicios sociales tras la doctrina ASADE: del desconcierto a la incertidumbre. *Administración & Ciudadanía*, 18 (2), 183-205.

Martín Egaña, A. (2021). Los servicios a las personas: La adjudicación directa como alternativa al concierto social. *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 25, 15-113.

Martínez Fernández, J. M. y Casas Avilés, Á. (2023). La gestión de los servicios sociales tras la LCSP de 2017. Servicios a las personas y servicios a la ciudadanía. Las formas de prestación (indirecta) de estos servicios. Contratos concesionales, contratos de servicios y conciertos locales. En J. Pintos Santiago (dir.). *Cinco años de la Ley de Contratos del sector público. Estudio de situación y soluciones para su regulación* (pp. 923-984). Cizur Menor: Aranzadi.

Menéndez Rexach, A. (1995). Las fórmulas de gestión indirecta de Servicios Sanitarios: Especial referencia al Concierto Sanitario. En *La gestión de los servicios sanitarios. Modelos alternativos. Actas del III Congreso "Derecho y Salud"*, organizado por la Asociación Juristas de la Salud, celebrado en Pamplona, en diciembre de 1994 (pp. 73-93). Pamplona: Gobierno de Navarra.

Palacín Sáenz, B. (2022). *A la responsabilidad social por la contratación pública*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Vaquer Caballería, M. (2000). Los servicios atinentes a la persona en el Estado social. *Cuadernos de Derecho Público*, 11, 31-72.

Vaquer Caballería, M. (2002). *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*. Valencia: Institut de Dret Públic y Tirant lo Blanch.

Vaquer Caballería, M. (2005). Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general. *Revista General de Derecho Administrativo*, 8, 1-20.

Vida Fernández, J. (2017). Los servicios públicos de solidaridad en la Unión Europea: Los límites del mercado único y la competencia en los servicios de interés general. En T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo (dir.). *Los servicios públicos tras la crisis económica. En especial la asistencia sanitaria en la Unión Europea* (pp. 25-135). Valencia: Tirant lo Blanch.

Villar Rojas, F. (2005). Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios. *Documentación Administrativa*, 271-272, 389-412.

Villar Rojas, F. (2020). Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España. En A. Agulló Agüero (dir.). *Financiación de la sanidad. Tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero* (pp. 197-229). Valencia: Tirant lo Blanch.