

Expediente Núm. 21/2015
Dictamen Núm. 39/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretaria General en funciones:
Dago García, Clara

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión extraordinaria celebrada el día 27 de febrero de 2015, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 6 de febrero de 2015 -registrada de entrada el mismo día-, examina el expediente relativo a la consulta facultativa realizada por el Presidente del Principado de Asturias, a instancia del Consejo de Gobierno, acerca de si el Principado de Asturias es competente o no para aprobar un proyecto de Ley de primera modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. La solicitud de dictamen

El Presidente del Principado de Asturias, mediante escrito de 6 de febrero de 2015, solicita a este Consejo Consultivo dictamen facultativo acerca de si el Principado de Asturias es competente o no para aprobar, en los

términos propuestos, una Ley de primera modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales.

La petición se efectúa previo Acuerdo del Consejo de Gobierno, adoptado en la reunión celebrada el día 4 de febrero de 2015, y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 14 y 17 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo (en adelante Ley del Consejo), modificada por la Ley 2/2005, de 20 de mayo, y en relación con el artículo 41 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio (en adelante Reglamento de Organización y Funcionamiento).

En concreto, el Consejo de Gobierno acordó "solicitar al Consejo Consultivo del Principado de Asturias la emisión de dictamen, de carácter facultativo, acerca de si el Principado de Asturias es competente o no para aprobar, en los términos propuestos, el texto legal que se une como anexo al presente Acuerdo, conforme a las siguientes cuestiones:/ 1.- ¿Permite el título competencial previsto en el artículo 10.1.24 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (competencia exclusiva en materia de asistencia y bienestar social) aprobar una regulación como la propuesta, que establezca un régimen de concierto social distinto y diferenciado expresamente de las modalidades contractuales recogidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para la gestión de servicios sociales especializados por cuenta de la Administración del Principado de Asturias?/ 2.- De aprobarse el texto legal en los términos propuestos, ¿podría suponer en la práctica un desplazamiento de la legislación de contratos del sector público? Y, de ser ello efectivamente así, ¿podría interferir en la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.18.^a para dictar la 'legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas'?/ 3.- En todo caso, ¿resultaría más adecuada una redacción del texto legal que expresamente acomode la regulación de los conciertos sociales, por remisión, a la regulación básica establecida para dicha forma de gestión en la legislación de contratos del sector público o que, cuando menos, no configure expresamente los conciertos

sociales como negocios jurídicos distintos y diferenciados de cualquiera de las modalidades contractuales previstas en la legislación básica de contratos del sector público?/ Todo ello, sin perjuicio de que el dictamen pueda extenderse a aquellos otros aspectos que, relacionados con las referidas cuestiones, entienda el Consejo Consultivo que han de ser tenidos en cuenta para elaborar dicha Ley”.

Adjunta a la solicitud de dictamen, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 del Reglamento de Organización y Funcionamiento, la documentación correspondiente a la consulta planteada, integrada por: a) Propuesta de solicitud de consulta al Consejo Consultivo del Principado de Asturias por parte del Consejo de Gobierno, que suscribe el Director General de Políticas Sociales el día 22 de diciembre de 2014, en relación con la “validez” del texto del anteproyecto de disposición general en tramitación, relativo a la modificación de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales. b) Informe que suscribe el Jefe del Servicio de Calidad e Inspección, con la conformidad del Director General de Políticas Sociales, el día 16 de enero de 2015 en el que, tras pronunciarse favorablemente en cuanto a la introducción de un régimen de concierto social para la gestión indirecta de los servicios sociales, diferenciado de la modalidad de concierto que establece la normativa reguladora del sector público y similar al introducido en la legislación autonómica comparada que cita, ruega a la Consejera que proceda a solicitar dictamen facultativo del Consejo Consultivo sobre el asunto. c) Informe del Secretario General Técnico de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, de fecha 19 de enero de 2015, en el que reitera el parecer desfavorable a la modificación proyectada manifestado durante la tramitación del anteproyecto de Ley. d) Informe librado por un Letrado del Servicio Jurídico el día 2 de febrero de 2015, a petición de la titular de la Consejería, cuyo contenido se reduce a asumir las observaciones formuladas por los titulares de las Secretarías Generales Técnicas durante la tramitación del anteproyecto de Ley. e) Certificación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias el día 4 de febrero de 2015, al que se

acompaña un anexo con el texto del “Anteproyecto de Ley del Principado de Asturias de primera modificación de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales”.

Como antecedente, se incorpora el expediente de elaboración de la disposición administrativa general consistente en el anteproyecto de Ley del Principado de Asturias de modificación de la Ley de Servicios Sociales, que se compone de los siguientes documentos: a) Propuesta de modificación parcial de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, y memoria justificativa y económica de la propuesta, suscritas por el Director General de Políticas Sociales el día 24 de mayo de 2014. b) Resolución de la Consejera de Bienestar Social y Vivienda, de 11 de junio de 2014, por la que se dispone el inicio de la tramitación del procedimiento de elaboración de la disposición de carácter general de primera modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, y se encomienda su tramitación a la Secretaría General Técnica de la Consejería. c) Oficios de remisión del texto del anteproyecto de Ley a las Secretarías Generales Técnicas de las distintas Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias en trámite de observaciones. d) Informes emitidos por las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de Presidencia; Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, y Sanidad, en los que se realizan diversas observaciones al texto del anteproyecto de Ley. e) Oficio mediante el cual el Director General de Políticas Sociales remite a la Secretaría General Técnica instructora, con fecha 10 de septiembre de 2014, un texto del anteproyecto de Ley en el que se han introducido modificaciones en la sistemática de la disposición sin afectar a su contenido, junto con una nueva memoria justificativa y económica y el acta de la reunión del Consejo Asesor de Bienestar Social del Principado de Asturias de 25 de julio de 2014. f) Oficios, de fecha 25 de septiembre de 2014, por los que el Secretario General Técnico de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda remite a sus homólogos de las restantes Consejerías el nuevo texto del anteproyecto de Ley en trámite de observaciones. g) Informe favorable de la Jefa del Servicio de

Gestión Presupuestaria, con la conformidad del Director General de Presupuestos y Sector Público, de 29 de septiembre de 2014. h) Informes de observaciones de las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de Presidencia, Sanidad y Hacienda y Sector Público. i) Informe, suscrito por el Director General de Políticas Sociales el 15 de octubre de 2014, en el que se analizan las observaciones formuladas. j) Dictamen adoptado por unanimidad de la Comisión Permanente y por mayoría del Pleno del Consejo Económico y Social en sesión celebrada el 31 de octubre de 2014. k) Propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, relativa a la aprobación del proyecto de Ley y su remisión a la Junta General del Principado de Asturias para su tramitación por la Cámara. l) Informe del Secretario General Técnico de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, de 6 de noviembre de 2014. m) Certificación del informe desfavorable de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos a la tramitación del anteproyecto de Ley, emitido en la reunión celebrada el día 13 de noviembre de 2014. n) Informe del Director General de Políticas Sociales, librado el 20 de noviembre de 2014, en el que propone que se someta a la consideración del Consejo de Gobierno la remisión de la iniciativa legislativa a la Junta General del Principado de Asturias para su debate y tramitación por la Cámara. ñ) Nueva propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, firmada por la Consejera de Bienestar Social y Vivienda el día 21 de noviembre de 2014, relativa a la aprobación del proyecto de Ley y su remisión a la Junta General del Principado de Asturias para su tramitación. o) Oficio de la Jefa del Secretariado de Gobierno, de 28 de noviembre de 2014, en el que se expresa que, siguiendo instrucciones del Secretario del Consejo de Gobierno, se procede a la devolución del expediente relativo a la aprobación del referido proyecto de Ley a la oficina de procedencia, al no haber sido aprobado por el Consejo de Gobierno.

El expediente incluye asimismo un extracto de Secretaría y un índice de documentos.

2. Naturaleza del dictamen

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite el presente dictamen facultativo según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley del Consejo, en relación con el artículo 20 del Reglamento de Organización y Funcionamiento, recabado por el Presidente del Principado de Asturias a solicitud del Consejo de Gobierno, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En los términos de lo establecido en el artículo 14 de la Ley del Consejo, la consulta facultativa puede recabarse “sobre cualesquiera otros asuntos no incluidos en el artículo 13, cuando por su especial trascendencia o repercusión el órgano consultante lo estime conveniente”. En el expediente quedan debidamente fundamentados estos extremos.

La consulta se acompaña de la documentación que exige la Ley del Consejo.

El dictamen se emite en los términos con los que el artículo 3, apartado 2, de la Ley del Consejo delimita el ejercicio de la función consultiva por parte de este órgano auxiliar: fundamentado en derecho y, en principio, sin valorar aspectos de oportunidad o conveniencia; criterios que solo puede tomar en consideración si se lo solicita expresamente la autoridad consultante. En la presente consulta la petición flexibiliza los límites enunciados, ya que se hace “sin perjuicio de que el dictamen pueda extenderse a aquellos otros aspectos que, relacionados con las referidas cuestiones, entienda el Consejo Consultivo que han de ser tenidos en cuenta para elaborar dicha Ley”.

Resulta imposible despachar la consulta sin antes fijar el contexto en el que se formula y que explica la razón y el sentido de las cuestiones que se someten a nuestra consideración.

3. Contexto y términos de la consulta

A) La iniciativa legislativa que origina la consulta.

Las cuestiones a las que se refiere la consulta se suscitan en el curso de la elaboración de un anteproyecto de disposición de carácter general que tiene por objeto la modificación de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales. Los cambios proyectados afectan a la redacción del artículo 44 de la Ley, que en su redacción actual regula la "Iniciativa social" en los siguientes términos: "1.- El Principado de Asturias promoverá e impulsará la participación de asociaciones e instituciones sin ánimo de lucro en la realización de actividades en materia de acción social. A dicho efecto, se establecerán programas de subvenciones, que se concederán de acuerdo con el interés social de los distintos servicios y proyectos con la adecuación a los objetivos señalados por la planificación autonómica en materia de servicios sociales y con las garantías ofrecidas para su realización por la entidad promotora./ 2.- El Principado de Asturias podrá celebrar convenios con entidades sin ánimo de lucro debidamente acreditadas de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable, las cuales quedarán vinculadas a las determinaciones de la planificación autonómica en materia de servicios sociales y a los requisitos que sean fijados por la normativa y por el propio convenio./ Los convenios podrán tener carácter plurianual a fin de garantizar un marco estable que favorezca la mejor prestación de los servicios o programas. Finalizado dicho plazo podrán ser renovados, sin perjuicio de su posible extinción por causa de incumplimiento o cualesquiera otras causas que se fijen reglamentariamente o en el propio convenio".

La modificación que se pretende consta de nueve artículos, que dan una nueva redacción al artículo 44 de la Ley y adicionan ocho nuevos (artículos 44 *bis* a 44 *nonies*), y de dos disposiciones finales.

De ser aprobado, el nuevo artículo 44 regularía en lo sucesivo las "Formas de prestación de los servicios sociales" y el "Régimen de actuación de las entidades de iniciativa privada: iniciativa mercantil e Iniciativa social" (la mayúscula consta en el original), con el siguiente contenido: "1. El Principado de Asturias, en el ámbito de sus competencias, puede organizar la prestación de los servicios sociales del catálogo de prestaciones o de su planificación

autonómica a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, régimen de concierto social previsto en esta ley, gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público y convenios con entidades de iniciativa social./ 2. Se reconoce el derecho de la iniciativa privada, a través de entidades de iniciativa mercantil e iniciativa social, a participar en los servicios sociales mediante la creación de centros y servicios, y la gestión de programas y prestaciones de esta naturaleza./ 3. El ejercicio de este derecho por las entidades de iniciativa privada y su integración en el sistema de servicios sociales quedarán sujetos al régimen de autorización, acreditación y registro establecido en esta ley y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen./ 4. La actividad de la iniciativa privada en materia de servicios sociales se regula por lo dispuesto en esta ley y en la planificación autonómica de los servicios sociales previstos para cada caso./ 5. El Principado Asturias promoverá, facilitará e impulsará la participación de entidades de iniciativa social en la realización de actividades y programas en materia de acción social. A los efectos de esta Ley se entiende por entidades de iniciativa social aquellas que siendo sin ánimo de lucro, realicen actividades de servicios sociales, siempre que sobre dichas entidades no ostente el dominio efectivo una entidad mercantil que opere con ánimo de lucro”.

Los artículos 44 *bis* a 44 *nonies* se dedican, respectivamente, a regular el “Régimen de concertación social”; el “Objeto de los conciertos sociales”; los “Efectos de los conciertos sociales”; los “Requisitos exigibles para acceder al régimen de concierto social”; la “Duración, modificación, renovación y extinción de los conciertos sociales”; la “Formalización de los conciertos sociales”; los “Convenios para la gestión de las prestaciones del catálogo de servicios sociales y (los) acuerdos de colaboración”, y la “Financiación pública de la iniciativa social”.

La disposición final primera contiene la habilitación al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de la Ley en el plazo de ocho meses desde su entrada en vigor; circunstancia

que la disposición final segunda fija “a los veinte días a contar del siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias”.

La finalidad del proyecto, según se señala en la parte expositiva, es la de promover e impulsar la participación de las entidades de iniciativa social en la prestación de servicios sociales. Este objetivo primordial, diríamos que exclusivo, se refleja en el texto articulado, que introduce nueve novedosos artículos en la Ley de Servicios Sociales, de los cuales ocho se dedican a disciplinar el régimen que integra o vincula a las entidades del denominado “tercer sector” en la gestión de los servicios sociales “previstos en el catálogo de prestaciones y/o en la planificación autonómica”.

En efecto, con la modificación propuesta el Principado de Asturias organizaría la prestación de los servicios sociales mediante la gestión directa, el régimen de concierto social previsto en la ley, la gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público y los convenios con entidades de iniciativa social (artículo 44).

Esta configuración legal pretende sustituir en el ámbito de los servicios sociales la organización de la prestación de los servicios articulada sobre el modelo dualista clásico -gestión directa e indirecta- por un modelo trimembre -gestión directa, indirecta y concertación social-, siempre, es cierto, que se convenga que los “convenios con entidades de iniciativa social” enunciados en cuarto lugar en la nueva redacción del artículo 44 -cuya naturaleza se da por supuesta pero no se aclara en la Ley- no sean sino una modalidad de concertación, dado que les son “de aplicación (...) las características y requisitos propios del régimen de concierto previsto en esta Ley que no resulten incompatibles con su naturaleza” (artículo 44 *octies*.2), o en todo caso un negocio o relación jurídica excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contratos del sector público, aun cuando su naturaleza convencional o contractual no admitiera duda.

En la nueva planta de la organización de los servicios sociales que articula la norma que suscita la consulta no se atribuye a la concertación social formalizada mediante el “concierto social” -figura o régimen que se pretende

“diferenciado de la modalidad contractual de concierto que regula la normativa de contratación del sector público”- preferencia sobre la gestión indirecta desarrollada “en el marco de la normativa de contratación del sector público”, sino que simplemente se reserva a “las entidades de iniciativa social que ofrecen servicios sociales (...) especializados de responsabilidad pública cuya financiación, acceso y control sean públicos”, para las cuales constituiría -según la Ley- el régimen al que “se acogerán con carácter preferente” u ordinario. Con carácter extraordinario o excepcional se prevé, de modo complementario, un régimen de “convenios” articulado sobre la base de un negocio jurídico así nominado que vincula al Principado de Asturias con las “entidades de iniciativa social con experiencia acreditada en la materia de que trate” en aquellos “supuestos en que por razones de urgencia, la singularidad de la actividad o prestación de que se trate, o su carácter innovador y experimental, aconsejen la *no aplicación motivada del régimen de concierto social*” (artículo 44 *octies.1*, subrayado añadido).

Unos y otros, es decir, “conciertos sociales” y “convenios”, e incluso “cualesquiera otras formas de colaboración que se suscriban” (lo que sugiere que la relación enunciada no es cerrada) entre el Principado de Asturias y una entidad, se pueden reunir en un nuevo instrumento, el denominado “acuerdo de colaboración”, sin que quepa ahora discernir si se suscribe con carácter simultáneo o posterior a la formalización de los múltiples tipos convencionales, nominados e innominados, que la Ley regula.

En suma, la concertación social se configura en el anteproyecto de Ley como el modo preferente de articular las relaciones de las entidades de iniciativa social o sin ánimo de lucro con la Administración del Principado de Asturias, ya que se impone su utilización prioritaria frente a otras fórmulas convencionales; en concreto, los denominados “Convenios para la gestión de las prestaciones del catálogo de servicios sociales” y los “Acuerdos de colaboración”.

No es este el momento de plantearse si las entidades de iniciativa social, al gestionar servicios sociales de la red de titularidad pública, ven

limitadas las formas de vinculación con la Administración exclusivamente a las enunciadas o si pueden, además, concurrir con las entidades privadas “de iniciativa mercantil” en las modalidades de gestión indirecta. Sí conviene tener presente, sin embargo, que estas últimas están confinadas en la vía contractual, ya que no pueden acceder al “concierto social”, como se deduce del artículo 44 *bis*.2 del proyecto, dado que el régimen de concertación se define como “la prestación de servicios sociales especializados de responsabilidad pública cuya financiación, acceso y control sean públicos, a través de entidades de iniciativa social”.

Por último, la Ley mantiene (artículo 44 *nonies*) el régimen de financiación pública de la iniciativa social mediante subvenciones, sin que quepa descartar que la subvención, como acto unilateral necesitado de aceptación, pudiera comportar, como en la normativa de alguna Comunidad Autónoma, la formalización de “convenios instrumentales” a fin de concretar los compromisos asumidos por la entidad no lucrativa.

B) Las dudas sobre la adecuación de la iniciativa a los ordenamientos jurídicos interno y de la Unión Europea.

Las cuestiones jurídicas que suscita la legislación proyectada son múltiples, y su tratamiento requiere un análisis en términos que desbordan una respuesta escueta, por motivada que sea, a las preguntas tan ceñidamente formuladas por el Consejo de Gobierno.

En efecto, una iniciativa legislativa como la emprendida plantea, explícita o implícitamente, cuestiones tales como la naturaleza de los “conciertos sociales”, siendo así que la figura del concierto, aun calificada de “social”, es homónima, en el campo semántico de la gestión de los servicios públicos, de la modalidad contractual “con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”; figura que la doctrina científica califica de “forma tradicional y prácticamente exclusiva de gestión indirecta de los servicios a la persona”. Aunque solo fuera por ello, resulta razonable preguntarse si, en el

Estado autonómico y en el seno de la Unión Europea, goza el titular de la competencia exclusiva en materia de asistencia y bienestar social, desarrollo comunitario, actuaciones de reinserción social y protección y tutela de menores de tal libertad para organizar las técnicas de gestión de los servicios públicos en esas materias que le permite excluir de raíz la aplicación de la normativa -por escaso o poco rígido que fuera el contenido de las reglas imperativas en el sector- que rige la contratación pública. También cabe cuestionarse si, por el contrario, puede solo derogarlas parcialmente o modular su aplicación, reservando, por ejemplo, a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos, o concediéndoles determinadas preferencias cuando compitan con otro tipo de entidades privadas.

En el contexto normativo en el que se formula la pregunta no puede ignorarse que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en la medida en que se integra, con primacía y efecto directo y mediante una pluralidad de fuentes, en el derecho nacional, resulta vinculante como cualquier otro derecho positivo para todos los poderes públicos, y genera derechos y obligaciones en la esfera jurídica de los particulares, personas físicas y jurídicas, que pueden invocarse judicialmente frente al Estado y, en algunos supuestos, frente a otros particulares. En este sentido, a la hora de regular la materia objeto del anteproyecto de Ley no puede hacerse abstracción de la entrada en vigor de las Directivas 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y 2014/23/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y de los problemas que plantea el hecho de que desplieguen ya determinada eficacia aun cuando no haya transcurrido el plazo para transponer al derecho interno la obligación de resultado que imponen a todo Estado miembro. Sobremanera cuando la Directiva 2014/24/UE dedica su título III a regular los "Regímenes de contratación particulares", entre los que se incluyen (capítulo I, artículos 74 a 77) los relativos a los "Servicios sociales

y otros servicios específicos”. Si, como resulta obligado, el legislador ha de respetar el reparto interno de competencias a la hora de ejecutar las directivas, no puede extrañar que haya quien se pregunte si durante el tiempo dado al Estado para transponerlas puede una Comunidad Autónoma desarrollar la normativa básica en materia de contratación pública dando por supuesto que la vigente no solo es compatible con la directiva sino que garantiza ya la consecución completa de su resultado.

Incluso cabe preguntarse si en el Derecho de la Unión Europea ha cristalizado de modo claro y preciso la subcategoría de los “servicios sociales” dentro de la categoría de los servicios de interés general; si aquellos servicios tienen siempre naturaleza económica y gozan en el ordenamiento jurídico comunitario de un régimen jurídico nítido; si el margen de apreciación con que cuentan los Estados miembros para organizar su gestión es muy amplio o limitado, cualquiera que sea la forma en que se distribuya territorialmente la competencia para hacerlo; si, en fin, ese margen de apreciación es tal que permite a los Estados configurar, al organizar estos servicios, un sistema singular de colaboración público-privada (no lucrativa) que excluye que a esta modalidad de gestión convencional le sean aplicables los principios generales de la contratación pública, pese a que el considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 se exprese en los siguientes términos: “La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia”, sin perjuicio de que, “por encima de determinado valor”, la adjudicación de los contratos públicos deba sujetarse a las “disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia”.

Algunas de estas dudas se plantearon a lo largo del procedimiento de elaboración del anteproyecto de Ley, y el expediente que lo documenta las refleja. De hecho, durante su tramitación se formularon objeciones de tal calado a su contenido por parte de las Secretarías Generales Técnicas que llevaron incluso a la devolución del texto, que no fue aprobado por el Consejo de Gobierno. Tales inconvenientes parten de la premisa, aun implícita, de que no hay más clases de gestión de los servicios públicos que la directa y la indirecta, esta en sus diversas modalidades e instrumentos de gestión, de modo que la "concertación social", y el "concierto social" en particular, no constituye un tercer género o clase de gestión, sino una forma contractual más, aun con las especialidades o modulaciones que quepa introducir por quien resulte competente para su regulación en razón del objeto sobre el que recae. En la formulación de esta apreciación hay que reconocer que resulta decisiva la influencia -que los Secretarios Generales Técnicos no ocultan- de la doctrina sentada en el Informe 14/2013, de 28 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente), sobre "Contratas de gestión de servicios públicos. Especial referencia a la contratación de gestión de servicios sociales mediante concierto"; doctrina que comparte algún otro organismo equivalente (Aragón).

La conclusión de estos informes es deducible en pura lógica: aprecian la falta de título autonómico para la aprobación de la norma por corresponder la competencia para el establecimiento de la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas al Estado en exclusiva, según dispone el artículo 149.1.18.^a de la Constitución.

La carencia de título conduce, asimismo, a los participantes en el trámite de observaciones a afirmar la inviabilidad de establecer en la legislación autonómica una reserva de suscripción de estos conciertos a entidades no lucrativas ante la falta de amparo en la vigente legislación básica de contratación. Aprecian, por el contrario, que la citada reserva solo podría establecerla el Estado, en su caso, cuando realice la transposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero

de 2014 sobre contratación pública, pues esta norma permite el establecimiento de reservas del derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos a determinadas organizaciones en el caso de ciertos servicios sociales, culturales y de salud.

El texto del anteproyecto de Ley también fue objeto de reparos similares por parte del Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. En el dictamen aprobado por unanimidad de la Comisión Permanente y por mayoría del Pleno del Consejo el día 31 de octubre de 2014 se señala que la modificación legal se proyecta vigentes ya "las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, y 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión", por lo que se considera deseable que se acometa con posterioridad a la transposición. Además, se llama la atención sobre el hecho de que la "figura del concierto social, está configurada como preferente para las entidades de iniciativa social, y sin restricción de materias./ El CES considera que, si bien existen determinadas actividades que han sido prestadas tradicionalmente por entidades de iniciativa social que podrían acogerse a sistemas alternativos a la contratación pública, dadas las especiales garantías que ofrece esta, debería tenerse en cuenta:/ En primer término, que la prestación de servicios sujetos a la regulación de la Ley de Contratos del Sector Público debe ser la forma ordinaria de prestar aquellos que no sean ejecutados directamente por la propia Administración con sus recursos./ Ello es una garantía de los principio(s) de concurrencia, transparencia y publicidad, y como tal, debería figurar expresamente en la Ley./ En segundo lugar, que las excepciones a la legislación de contratación pública deben (...) venir definidas en la propia Ley de servicios sociales en términos tales que impidan que la excepción se convierta en sistema general. Estas excepciones al principio general han de serlo atendiendo a la naturaleza o características del servicio a prestar o sus destinatarios, y así deben (...) señalarse./ En tercer lugar, la ley debería definir de manera más pormenorizada las distintas figuras que regula evitando la remisión excesiva a la vía reglamentaria./ En cuarto

lugar, en el caso de optarse por que los destinatarios potenciales del concierto social sean de una determinada forma jurídica, en este caso las entidades de iniciativa social, han de expresarse los criterios que justifiquen dicha elección, describiendo qué requisitos básicos han de concurrir en las mismas que lo justifiquen y que garantice el cumplimiento del fin perseguido./ En este excepcional supuesto deberían adoptarse medidas para evitar que las entidades de iniciativa social, directamente, o a través de sus filiales o matrices, desarrollen en paralelo actividades mercantiles, aprovechando distintas formas jurídicas según los casos, que desnaturalicen la razón de ser de la limitación por la forma”.

Las dudas jurídicas reaparecieron durante el proceso de tramitación del procedimiento que culmina con el acuerdo del Consejo de Gobierno de formular la consulta que despachamos. Las enuncia el Secretario General Técnico de la Consejería proponente al ratificarse en sus informes previos y en las observaciones planteadas por la Comisión de Secretarios Generales Técnicos.

Por su parte, el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informante a petición de la titular de la Consejería optó por adherirse, sin más argumentación, a estos informes previos, limitándose a asumir las observaciones expresadas por quienes le habían precedido en el examen del anteproyecto de disposición y omitiendo con ello el análisis jurídico que la complejidad de la cuestión demanda, en una forma de proceder que este Consejo Consultivo deplora.

Las dudas no se circunscriben al seno de la Administración del Principado de Asturias, sino que se inducen de modo objetivo de las discrepancias que se manifiestan en la Junta General del Principado de Asturias cuando debate y se pronuncia sobre la materia.

En efecto, la iniciativa del Consejo de Gobierno de modificar la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, responde, es cierto, a una decisión autónoma, coherente con la potestad que el Estatuto de Autonomía (artículo 33.1) le atribuye de dirigir la política regional de acuerdo con el

programa aprobado por la Junta General del Principado de Asturias con el acto de elección del Presidente, pero se desarrolla en el marco de las iniciativas de impulso, orientación y control políticos que ejerce el Parlamento, lo que revela coincidencia en el propósito, aunque no necesariamente en su alcance.

Son varias las Resoluciones y Mociones relacionadas con la materia aprobadas por la Junta General en la IX Legislatura. Así, en la Resolución de la Junta General del Principado de Asturias 105/IX, de 10 de octubre de 2013, adoptada por el Pleno, subsiguiente al debate de orientación política general correspondiente al año legislativo 2013-2014, apartado V.7, se insta al Consejo de Gobierno a: "1.º Revisar las condiciones contractuales que figuran en los acuerdos marco que regulan la prestación de servicios en el ámbito de los servicios sociales para corregir el evidente desequilibrio económico que sufren las entidades no gubernamentales asturianas prestadoras de esos servicios./ 2.º Estudiar todas las alternativas que permite el ordenamiento jurídico o, en su caso, a impulsar los cambios normativos que sean necesarios para consolidar al tercer sector como prestador de servicios en el ámbito social frente a la iniciativa privada con ánimo de lucro".

En la Moción 53/IX, de 29 de noviembre de 2013, adoptada por el Pleno sobre política en materia de servicios sociales y, en particular, sobre la gestión del centro de discapacitados de Arriondas, se insta al Consejo de Gobierno: "1.º Para que proceda de forma inmediata a modificar los criterios de elaboración de los pliegos de contratación de prestación de servicios en materia de servicios sociales, de forma que, respetando la normativa de contratación pública, se priorice en la valoración de ofertas la experiencia acreditada en la gestión por parte de las entidades del tercer sector./ 2.º A remitir a la Cámara, para conocimiento de todos los Grupos Parlamentarios, los nuevos criterios que regirán los pliegos de contratación en esta materia".

Ya en el año 2014, la Resolución 159/IX, de 21 de febrero de 2014, adoptada por el Pleno, sobre reforma de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, insta al Consejo de Gobierno "a iniciar, con la mayor brevedad, el procedimiento de reforma de la Ley del

Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, a los efectos de que en la misma se contemplen las prescripciones establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Y, también, para que garantice la posibilidad de establecer un régimen de concierto diferenciado de la modalidad contractual, mediante el que se dé respuesta a las necesidades de los colectivos más vulnerables de la sociedad asturiana, reconociendo la posibilidad de participación y colaboración de las entidades sociales sin ánimo de lucro del Principado de Asturias en la gestión de estos servicios públicos, garantizando el cumplimiento de los principios informadores de la normativa estatal y europea en materia de concertación entre la iniciativa pública y privada”.

En la Moción 72/IX, de 6 de junio de 2014, adoptada por el Pleno, sobre política de contratación y, más en concreto, en materia de contratación de servicios en materia de discapacidad e infancia, se insta al Consejo de Gobierno a: “1.º Trasladar en el más breve plazo de tiempo y, en todo caso, antes del final del presente período de sesiones el proyecto de ley de reforma parcial de la Ley de Servicios Sociales a fin de incorporar en el ámbito de sus competencias las previsiones de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública en todo lo que se refiere a la regulación de un régimen específico para los servicios a las personas, que permita la consolidación del modelo mixto de colaboración entre las Administraciones Públicas y las entidades del tercer sector./ 2.º Desistir de todos los procedimientos de contratación en materia de infancia que estén pendientes de adjudicación en estos momentos, sea cual fuere su situación, y a reiniciarlos, si fuera necesario, una vez aprobada la reforma parcial de la Ley de Servicios Sociales”.

En la Resolución 235/IX, de 17 de octubre de 2014, adoptada por el Pleno, subsiguiente al debate de orientación política general correspondiente al año legislativo 2014-2015, apartado 67, la Junta General “considera que la Administración del Principado de Asturias debe impulsar la reforma parcial de

la Ley de Servicios Sociales, con objeto de reforzar la atención y gestión de las entidades del tercer sector”.

También en esta legislatura se tramitó en la Junta General alguna otra iniciativa sobre la materia que no prosperó; la más relevante, una proposición de Ley del Principado de Asturias de modificación de la Ley de Servicios Sociales, admitida a trámite por la Mesa de la Cámara en sesión de 27 de mayo de 2014, pero que el Pleno de la Junta General del Principado de Asturias rechazó tomar en consideración, el 27 de junio de 2014, por 18 votos a favor, 26 votos en contra y ninguna abstención. El Consejo de Gobierno había manifestado su criterio contrario a la tramitación, por cuanto la iniciativa suponía “un solapamiento con los trabajos de elaboración de una disposición de carácter general ya iniciados por la Consejería de Bienestar Social y Vivienda” (Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias, números 54.2, de 11 de junio de 2014, y 54.3, de 30 de junio de 2014).

En la exposición de motivos de la proposición de Ley se mencionaba que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, no sujeta “al régimen general de contratación (a) aquellos contratos de servicios sociales cuyo valor no exceda de los 750 mil euros, a la vez que (...) faculta a (los) poderes adjudicadores para reservar a determinadas organizaciones de carácter social y/o sin ánimo de lucro el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales”.

En este marco, la modificación legal se proponía regular “la intervención de la iniciativa privada en el ámbito de los servicios sociales, en especial la de las entidades de iniciativa social, en la línea seguida por las normativas análogas desarrolladas en épocas recientes por otras Comunidades Autónomas. A tal efecto, se configura un modelo mixto de colaboración entre las Administraciones públicas y las entidades de iniciativa social, adecuando de este modo la normativa autonómica a la realidad social. Así, se establece el derecho de la iniciativa social a participar en la provisión de las prestaciones del sistema público de servicios sociales que no sean gestionadas directamente

por la Administración. Esta participación de las entidades de iniciativa social se articulará con carácter ordinario a través de un régimen de concertación social plurianual, y excepcionalmente, por medio de convenios de colaboración en (...) aquellos casos en los que (...) la urgencia o el carácter singular o innovador del servicio hagan inviable su concertación. Paralelamente, la ley delimita el recurso a las fórmulas de contratación previstas en la normativa reguladora de contratos del sector público a aquellos casos en los que la participación de las entidades de iniciativa social resultase insuficiente para garantizar la completa cobertura de las prestaciones del sistema público de servicios sociales”, enumerando “criterios de carácter social que deben ser necesariamente considerados durante el procedimiento de contratación”.

Todas estas iniciativas coinciden a la hora de revisar la legislación asturiana de servicios sociales, y comparten el propósito de reforzar la posición del denominado tercer sector, pero discrepan en la forma de hacerlo. Mientras que algunas lo llevan a cabo decantándose por la contratación pública como modo ordinario de gestionar indirectamente los servicios sociales, aunque propiciando la inclusión en los pliegos de contratación de cláusulas y otras medidas de discriminación positiva que otorguen a las entidades del sector no lucrativo preferencia en la adjudicación cuando concurren con la iniciativa privada mercantil, otras llegan a relegar la contratación como modo de gestión de los servicios sociales a una posición subsidiaria de lo que denominan “concertación social”; modo prioritario de gestión de los servicios que no asuma directamente la Administración.

Qué sea este régimen de concertación no es cuestión clara y distinta en los pronunciamientos de la Junta General, ni -como veremos- en la legislación autonómica comparada en la que se inspiran, sino más bien un concepto oscuro y confuso, y en todo caso polémico. La proposición de Ley rechazada define este régimen como “prestación de servicios sociales públicos a través de entidades de iniciativa social cuya financiación, acceso y control sean públicos”, precisando que “se establece como diferenciado de la modalidad contractual de concierto regulado en la normativa de contratación del sector

público”. Otras iniciativas asumidas por la Cámara coinciden en calificar el concierto -o la concertación- como “diferenciado”, pero cuidándose de puntualizar que su incorporación a la normativa asturiana ha de garantizar “el cumplimiento de los principios informadores de la normativa estatal y europea en materia de concertación entre la iniciativa pública y privada”.

En suma, subsiste la duda de si con “diferenciado” de la modalidad contractual se quiere hacer referencia a aquel concierto que es “distinto de” o solo al que es una “variedad dentro de la misma especie”, pues siempre cabe preguntarse si con el recurso a este término se prescribe que contratación pública y concertación social son géneros diferentes o se describe una “diferencia” que especifica a la “concertación social” dentro del género común de la contratación.

C) La justificación de la adecuación al ordenamiento de la iniciativa emprendida con la invocación de la práctica legislativa de otras Comunidades Autónomas.

Ante los inconvenientes explicitados a lo largo del procedimiento de tramitación del anteproyecto de Ley por distintas Secretarías Generales Técnicas y por la Comisión que reúne a sus titulares a propósito de la introducción de la figura del concierto social como forma de gestión -que entienden indirecta, de servicios y diferenciada de la contractual típica-, la Dirección General proponente justifica la reforma emprendida con la mera invocación del derecho autonómico comparado, y, más concretamente, de las Leyes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Castilla y León y las Illes Balears, por lo que resulta obligado realizar a continuación un análisis de la evolución y estado actual de la regulación autonómica en la materia.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 148.1.20.^ª de la Constitución, que contempla la materia “Asistencia social” entre las que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas, los diecisiete Estatutos de Autonomía han atribuido a la respectiva Comunidad competencia exclusiva

sobre “asistencia social”, “acción social” o “servicios sociales”. En desarrollo de las previsiones estatutarias, desde el inicio de la década de 1980 empiezan a aprobarse las primeras leyes autonómicas -entre ellas, la Ley del Principado de Asturias 5/1987, de 11 de abril, de Servicios Sociales- reguladoras de los servicios sociales, cuya justificación se centra en el interés de establecer un sistema normativo que acabe con la dispersión legislativa y organizativa existente y superar la existencia de múltiples duplicidades y lagunas de la red de prestaciones y servicios ya implantados, que históricamente venían siendo prestados a través de iniciativas benéfico-asistenciales aisladas por parte de asociaciones de afectados o entidades voluntarias y cuya actividad no había sido hasta entonces debidamente orientada, coordinada o potenciada por los poderes públicos.

Algunas de las leyes que surgen en esta etapa explicitan los ambiciosos propósitos de definir los objetivos de la acción social y mejorar la organización y la coordinación de los distintos organismos intervinientes en la gestión de estos servicios para crear un sistema integrado de atención social y elaborar un nuevo marco de relaciones entre el sector público y el privado determinado por el diseño de nuevos cauces de participación de las entidades privadas sujetas, en todo caso, al control institucional público. Su finalidad es, en suma, establecer una política global de servicios sociales moderna, regida por los principios de participación, racionalidad, eficacia y eficiencia. En estas leyes, muchas de las cuales ya no se encuentran en vigor al haber sido sustituidas por otras más recientes, la prestación de los servicios sociales se configura como responsabilidad de los poderes públicos, aunque reconocen la iniciativa privada de las fundaciones, asociaciones y otras entidades privadas sin ánimo de lucro con efectos subsidiarios de la iniciativa pública (en este sentido, la Ley 6/1982, de 20 de mayo, de Servicios Sociales, del País Vasco; la Ley 11/1984, de 6 de junio, de Servicios Sociales, de Madrid; la Ley 26/1985, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales, de Cataluña; la Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales, de Castilla-La Mancha; la Ley 9/1987, de 11 de febrero, de Acción Social, de las Illes Balears; la Ley 5/1987, de 11 de abril, de Servicios

Sociales, del Principado de Asturias; la Ley 3/1987, de 27 de mayo, de Servicios Sociales, de Galicia, o la Ley 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social, de Cantabria).

La relación del aparato institucional público con la iniciativa privada no lucrativa se articula en algunas de estas leyes como un sistema de colaboración puramente financiero de concesión de ayudas destinadas a sufragar los gastos de operación o concierto, al que en ciertos casos (así, las leyes cántabra o asturiana anteriormente citadas -esta última tras la modificación operada en ella por la Ley del Principado de Asturias 18/1999, de 31 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales-) se pretende dotar de estabilidad mediante el diseño de mecanismos de financiación de carácter plurianual bajo la denominación de "concierto". Al margen de las previsiones estrictamente financieras, la colaboración en la prestación de los servicios sociales de responsabilidad pública por parte de las entidades sociales sin fin de lucro se aborda en esta primera generación de leyes de forma genérica o en vía de declaración de principios, sin detallar los sistemas concretos a través de los cuales se llevará a cabo.

En la primera década de 2000 surge una segunda generación de leyes autonómicas de servicios sociales cuyo objeto primordial es avanzar en la universalización del sistema y garantizar la calidad de las prestaciones sociales de responsabilidad pública configuradas como derecho subjetivo, para lo cual deben abordar la articulación de la acción del conjunto de Administraciones y entes privados que intervienen en la gestión del servicio. Por esta razón, muchas de ellas ya contienen una sistematización de las formas de prestación del sistema público de servicios sociales, y así distinguen la gestión directa (reservada a prestaciones tales como los servicios de evaluación, valoración, orientación y diagnóstico, o los servicios de adopción) de la indirecta, a través de delegaciones o encomiendas de gestión a Administraciones distintas de la titular del servicio, mediante el fomento de la actividad privada de iniciativa social, o sirviéndose de entidades privadas tanto sin ánimo de lucro como de

carácter mercantil cuya iniciativa se reconoce en pie de igualdad a la de carácter social.

En algunas leyes autonómicas (Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid; Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales, de Cataluña; Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia; Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón) la prestación de servicios por las entidades privadas de iniciativa social o mercantil se articula exclusivamente a través de las formas ya conocidas previstas en el ordenamiento jurídico: convenios o contratos administrativos, entre estos destacadamente el típico de concierto, siempre en el marco de la regulación básica de los contratos públicos.

Sin embargo otras instituyen una nueva figura, la del concierto o "concierto social", que, si bien dotado de perfiles imprecisos, algunas leyes definen como "diferenciado de la modalidad contractual de concierto que regula la normativa de contratación del sector público" (así, la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales, del País Vasco; la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears, tras su reforma por la Ley 10/2013, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears, y la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León), o como sujeto a un "régimen jurídico especial" (Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha). Por otra parte, la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales, de Cantabria, sin calificar expresamente al concierto como instrumento de gestión distinto del contractual, lo dota de un régimen que necesariamente se presenta también como especializado, en tanto que conlleva derogaciones singulares respecto de la regulación común de los contratos del sector público.

La figura diferenciada, especial o singular de concierto social que contemplan las leyes autonómicas citadas se reserva para la gestión de ciertos servicios especializados previstos en las carteras públicas de servicios, como la reserva de plazas para uso exclusivo de los usuarios de los servicios o la

gestión integral de prestaciones técnicas, programas, servicios o centros, y admite, de modo común al resto de formas de gestión indirecta, la participación de la iniciativa privada, tanto social como mercantil, aunque algunas leyes recogen la posibilidad de establecer preferencias para participar en este sistema de gestión a las entidades sin ánimo de lucro frente a las entidades mercantiles ante análogas condiciones de calidad, eficacia y costes (así, la ya citada Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales, de Cantabria, o la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales, del País Vasco). De igual forma, todas las leyes autonómicas que siguen exclusivamente el sistema de concierto contractual, excepto la de la Comunidad de Madrid, también establecen mecanismos para la ponderación especial o el establecimiento de preferencias, en condiciones de igualdad, a favor de las entidades sin ánimo de lucro.

Las leyes que contemplan esta figura difieren el tratamiento normativo del régimen jurídico de la concertación social diferenciada o especial a la regulación reglamentaria y, además, de forma extraordinariamente generosa, llegando a alcanzar incluso en algún caso a la regulación de los “principios básicos” y de los “aspectos generales” a que se tienen que someter tales conciertos (Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears). No obstante, a la fecha de emisión de este dictamen tal desarrollo reglamentario no se ha completado aún en ninguna Comunidad Autónoma, habiendo abordado los trabajos de desarrollo normativo únicamente el Gobierno Vasco en 2012, mediante un “proyecto de Decreto por el que se regula el régimen de concierto del sistema vasco de servicios sociales” (aunque sin completar su tramitación y con informes contrarios, como el del Consejo Económico y Social Vasco, reflejado en su Dictamen 13/12, de 29 de junio de 2012), y el balear, que ya ha remitido al Consejo Consultivo autonómico para dictamen un proyecto de Decreto por el que “se establecen los principios generales y los aspectos básicos a los que se tienen que someter los conciertos sociales”, en el que se trata el régimen de concierto.

Por otra parte, el examen de la práctica autonómica comparada muestra que Administraciones que han incorporado a sus Leyes de Servicios Sociales la figura del “concierto social” como diferenciado de la modalidad contractual típica de concierto regulada en la normativa básica (Castilla-La Mancha, Castilla y León, y el País Vasco) continúan empleando para la gestión integral de prestaciones o servicios incluidos en el ámbito de la concertación social las modalidades contractuales típicas establecidas en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ya sea en forma de contratos de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión, o como contratos de servicios, según evidencia el examen de los respectivos perfiles de contratante (en Baleares, el carácter reciente de la reforma legal impide comprobar cómo transmite su efectos a la práctica en los modos de gestión de sus servicios sociales).

El anteproyecto de Ley de primera modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, comparte con el resto de normas de derecho autonómico comparado que implantan el concierto social -en su modalidad de “diferenciado” o “especial” del regulado en la normativa básica de contratación del sector público- el sustrato común que define su configuración objetiva, efectos, vigencia y formalización, pero difiere de ellas en la identificación de su ámbito subjetivo, acotado en el caso asturiano a la participación de entidades privadas de iniciativa social; esto es, con exclusión de las de iniciativa lucrativa o mercantil, aunque la disposición no prescribe que este modo de gestión mediante concertación social sea de aplicación preferente respecto de la gestión indirecta por medio de contratos públicos típicos. Cabe señalar, incidentalmente, que el análisis de una opción legislativa como la acometida, y aún más su aprobación, sería cabalmente mejor analizada y comprendida si se basara en un estudio previo empírico de la realidad social que se pretende ordenar; estudio que, si existe, no figura en el expediente remitido a este Consejo.

En este contexto se nos consulta sobre si la reforma de la Ley de Servicios Sociales proyectada está constreñida por la atribución al Estado de competencia exclusiva para el establecimiento de la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas o si, por el contrario, el título competencial autonómico asumido con carácter exclusivo en el Estatuto de Autonomía sobre asistencia y bienestar social podría amparar una regulación del concierto social distinta de las modalidades contractuales establecidas en la legislación básica. La consulta se cierra con una pregunta acerca de si, “en todo caso”, resultaría más adecuada una redacción de la disposición que al regular el régimen del concierto social remitiese a la regulación básica de contratación del sector público o que, al menos, no configurase esta figura como negocio jurídico diferenciado del contractual.

Si se aborda la cuestión planteada en los términos estrictos en los que se formula -que acota las premisas y el marco en el que han de extraerse las conclusiones-, las respuestas, de puro obvias, permitirían calificar la pregunta de mero erotema, de interrogación retórica.

Ahora bien, este Consejo Consultivo entiende que en el estado actual de desarrollo del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en la medida en que condiciona las opciones legislativas posibles, no cabe dar una respuesta en términos dicotómicos. En torno a la naturaleza de los servicios sociales, incluso a su posible carácter no económico, a su régimen jurídico, al alcance del margen de que disponen los Estados miembros para regular su modo de gestión, a cómo inciden en ellos las reglas del mercado interior (en concreto, las relativas a la apertura de los mercados públicos) y las del régimen de libre competencia (las referidas a las ayudas de Estado), entre otras muchas cuestiones, reina hoy, si no la oscuridad, al menos la penumbra, con lo que conlleva de inevitable incertidumbre jurídica. Por ello, la respuesta en derecho a la consulta formulada no puede ser simple ni poco matizada.

Para abordarla, expondremos sucesivamente, aunque sea de modo resumido: a) la configuración progresiva de la “asistencia social” y de la “acción social” como una responsabilidad pública basada en la solidaridad,

pero con origen en una iniciativa privada altruista que mantiene aún hoy una actividad y un dinamismo constantes e intensos en el sector; b) la paulatina cristalización en el ordenamiento de la Unión Europea, en la matriz de los servicios públicos de interés general, de los servicios sociales y su todavía difusa definición, de modo que existe un amplio margen de discrecionalidad por parte de los Estados miembros para organizarlos y su régimen jurídico goza de derogaciones singulares y particularidades propias tanto en relación con las reglas del mercado interior como con las de libre competencia, pese a que la gestión de esos servicios constituye un campo cada vez más atractivo para la iniciativa privada mercantil; c) el régimen jurídico europeo que rige la contratación de los servicios sociales; d) el concierto como modalidad contractual típica de la gestión de los servicios sociales en el derecho español y las potencialidades que ofrece la posibilidad de su regulación sectorial en razón de su objeto.

Una vez bosquejado este marco, concluiremos dando respuesta a la consulta planteada, privilegiando las soluciones que dispensen mayor seguridad jurídica y prevengan una posible conflictividad o litigiosidad, de modo que deparen las mayores garantías de estabilidad normativa. Todo ello teniendo presente que la iniciativa legislativa que se proyecta se desarrolla en un contexto singular, caracterizado por la vigencia de una Directiva cuyo plazo de transposición aún no ha concluido.

4. Los servicios públicos sociales, su régimen en la Unión Europea y sus modos de gestión típica en el derecho español

A) Introducción: la transición entre la beneficencia y la red pública de servicios sociales.

La intervención pública en la acción social y la consolidación de las redes públicas de servicios sociales es fruto de un proceso que culmina hace tan solo unas décadas, y Asturias no constituye una excepción en este transcurso.

Bajo la genérica denominación de servicios sociales existe en la Administración del Principado de Asturias un amplio conjunto de funciones, servicios y prestaciones sociales cuya incorporación en muchos casos al ámbito de aplicación de las normas contractuales propias del derecho administrativo general es relativamente reciente, siendo nota característica de estos servicios la presencia de un significativo número y variedad de mecanismos socio-asistenciales que, nacidos de la acción espontánea y altruista de entidades y personas ajenas a la Administración pública, están incorporados de una u otra manera a los servicios sociales públicos como consecuencia de la vis expansiva inherente al ámbito de la "asistencia social" -cuyo alcance interpretó el Tribunal Constitucional, entre otras, en las Sentencias 76/1986, de 9 de junio; 146/1986, de 25 de noviembre, o 239/2002, de 11 de diciembre-, en el que el artículo 148.1.20.^a de la Constitución permite asumir competencias a las Comunidades Autónomas, como ha hecho el Principado de Asturias en su Estatuto de Autonomía, y que singulariza el sistema público de servicios sociales de su Administración.

Para entender la razones de esa singularidad es conveniente detenerse en la descripción de los tiempos, fórmulas y especiales circunstancias de creación, evolución e incardinación de las funciones, servicios y prestaciones propias de la acción social en el sistema público dependiente del Principado de Asturias regulado por el derecho administrativo, especialmente en aquellos casos en los que por razones históricas, funcionales y, seguramente, también de búsqueda de mayor eficacia la participación ciudadana en general, y la de los interesados en la acción social pública en particular, las más de las veces a través o por medio de entidades sin ánimo de lucro, resulta relevante. Esa perspectiva histórica permite conocer el tronco del servicio público del que procede este particular sector administrativo, y, consiguientemente, de dónde pueden extraerse, cuando procedan, las analogías aplicables a su modelo de gestión.

La actual acción social pública deriva, en primer lugar, de la antigua beneficencia del Estado y de las Corporaciones Locales que gestionaban

hospitales benéficos, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, regulada en las Leyes de Beneficencia de 6 de febrero de 1822 y de 20 de junio de 1849, así como en la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855, cuya vigencia se extendió hasta bien entrado el siglo XX. El servicio público de la beneficencia estuvo íntimamente conectado desde su inicio con el servicio público sanitario, pues sus servicios se dirigían a los mismos sujetos y tenían, además, identidad material de prestaciones.

Desde la promulgación del Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, y, en concreto, del Estatuto Provincial de 20 de marzo de 1925, se perfiló el concierto administrativo (artículo 127) como la técnica contractual idónea para la prestación indirecta de esos servicios benéficos públicos, algo que ha mantenido décadas después el artículo 43.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que establece que “Los servicios relacionados con las actividades benéficas podrán prestarse por gestión directa o por concierto”, definiéndose el contenido de ese contrato de concierto en los artículos 143 y siguientes del mismo texto legal.

A los servicios de la beneficencia local se unían los de la estatal. El Real Decreto de 17 de octubre de 1919 creó en el Ministerio de la Gobernación la Dirección General de Beneficencia y Obras Sociales, atribuyéndose a este órgano directivo un extenso haz de competencias de tutela, inspección, transformación, extinción y sanción sobre las instituciones y entidades de la beneficencia particular. Más tarde, mediante Decreto de 17 de mayo de 1940 se creó, dentro de la “Obra Nacional de Auxilio Social”, la “Obra Nacional-Sindicalista de Protección a la Madre y al Niño” como organismo encargado de la protección de las madres y los niños huérfanos y desarraigados familiar y socialmente. En 1948 surgió la “Obra de Protección de Menores” como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Justicia con funciones jurisdiccionales (los Tribunales Tutelares de Menores) y socio-asistenciales acumuladas, responsabilizándose, en todo caso, de la asistencia y educación

de los niños huérfanos y desamparados. En todos ellos tuvo especial importancia el régimen contractual basado en el concierto administrativo.

Avanzados los años cincuenta del pasado siglo XX surgió de forma espontánea un amplio movimiento de padres, amigos y allegados de niños minusválidos que crearon a su costa, o iniciativa, servicios asistenciales; tarea a la que concurrieron también diversas entidades de carácter religioso que obtuvieron, en mayor o menor grado, ayudas económicas públicas mediante convenios, subvenciones de distintas entidades administrativas y establecimiento de conciertos. Dentro de ese movimiento de creación de instrumentos de inspiración cívico-particular o religiosa orientados a la atención social a las personas necesitadas y marginadas se sitúa la actividad de Cáritas Española y de otras entidades o personas del mismo signo confesional.

En paralelo al desarrollo de los servicios de la beneficencia pública estatal y local, de la Obra de Protección de Menores y del Auxilio Social, pero con escasa conexión con los mismos, la Seguridad Social conformó un régimen propio de previsión social, singularizado por los sujetos a los que se dirigía, que eran únicamente los trabajadores por cuenta ajena afiliados a cualesquiera de los regímenes de la Seguridad Social con prestaciones básicas (económicas y sanitarias correspondientes a enfermedad, accidentes, invalidez, desempleo, jubilación, viudedad, orfandad y protección familiar) y, por lo que interesa a la acción social, las propias de la llamada acción complementaria de la Seguridad Social, comprensiva de servicios sociales y prestaciones de asistencia social dirigidas en exclusiva a beneficiarios de la Seguridad Social, creándose una red específica de servicios de carácter preventivo, reparador y rehabilitador exclusivamente destinada a beneficiarios con minusvalías, así como a pensionistas y a personas de la tercera edad necesitadas de apoyo social.

Este complejo sistema de acción social prestaba asistencia social y, a veces, técnica con medios propios y, en buena medida, también mediante la cooperación y colaboración con entidades de régimen jurídico privado,

mayoritariamente de carácter religioso, a las que de forma creciente se sumaron muy distintas instituciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, en ocasiones creadas por padres y familiares de las personas objeto de la atención e, incluso, por personas físicas vocacionalmente entregadas a la acción social no lucrativa, y se articulaba mediante un plural régimen jurídico de contratación o de relación basado en normas -algunas muy antiguas y singularizadas (caso de las procedentes del auxilio social), otras procedentes del régimen local, del sistema legal de la Seguridad Social o, en fin, de la legislación general sobre contratos del Estado- en el que predominaba el concierto, pero incluyendo también subvenciones y contratos civiles y mercantiles; amén de convenios administrativos singulares.

En el momento inmediatamente anterior a la promulgación de la Constitución de 1978 existía en Asturias un variado, inconexo y multiforme conjunto de servicios y establecimientos públicos de acción social junto a un número significativo de entidades privadas vinculadas con las Administraciones públicas mediante convenios y negocios jurídicos de muy distinto tipo.

Así (y sin que esta relación tenga carácter exhaustivo, sino explicativo de la situación), cabe señalar que la Diputación Provincial de Asturias gestionaba directamente, en la ciudad de Oviedo, una unidad socio-sanitaria de atención materno infantil, ubicada dentro del recinto del Hospital General de Asturias; un colegio para niños huérfanos, abandonados o necesitados, ubicado en la falda del Monte Naranco; un colegio de similar naturaleza destinado a niñas, en el Cristo de las Cadenas, y un establecimiento para ancianos desvalidos, sito en la antigua malatería de San Lázaro. Además, existía otra residencia para ancianos en el Cristo de las Cadenas y un centro de educación especial para minusválidos en Latores.

Junto a la asistencia prestadas por esos establecimientos, la Diputación mantenía en Asturias convenios con la Fundación Vinjoy para niños sordos y sordomudos, y subvencionaba estancias y tratamientos a paralíticos cerebrales en el Centro de Meres (Siero), creado por una asociación de padres de niños afectados, y también en el Centro Don Orione, de Posada de Llanes, dedicado

a la atención de niños y adolescentes minusválidos y del que era titular una entidad religiosa. Igualmente, subvencionaba estancias residenciales y tratamientos en centros asistenciales dentro y fuera de Asturias para minusválidos físicos y psíquicos, teniendo también concertadas plazas residenciales para ancianos desvalidos en diversos establecimientos de la tercera edad distribuidos por toda Asturias, gestionados generalmente por órdenes religiosas.

Por su parte, el Tribunal y la Obra Tutelar de Menores gestionaban directamente el colegio-internado de carácter reformativo para jóvenes varones sito en San Claudio (Oviedo), mientras que para las jóvenes se utilizaba para similar finalidad el establecimiento colegio-internado regido por las religiosas Adoratrices en Oviedo, a quienes se encomendaba mediante convenio *ad hoc* el ejercicio de la función de tutela de las allí internadas por decisión del Tribunal Tutelar. Asimismo, en Gijón disponía de un Hogar Materno Infantil.

Junto a esos establecimientos, la Obra de Protección de Menores tenía concertados para la atención de niños y niñas desamparados sujetos a su tutela, en casos de hijos de padres y madres que se encontraban cumpliendo condena en prisión, los servicios de varios colegios de religiosas y religiosos sitos en varias poblaciones de Asturias (como, por ejemplo, el colegio de monjas Nuestra Señora del Rosario, en Ciaño). Concertaba también plazas para la atención de niños sometidos a tutela que presentaban deficiencias psíquicas o físicas con el Centro Don Orione, de Posada de Llanes.

Los servicios del antiguo Auxilio Social, englobados en el Instituto de Asistencia Social del Ministerio de la Gobernación, mantenían colegios-internados propios para la custodia y atención a los niños puestos bajo su cuidado en Colombres (Ribadedeva), concretamente en la Quinta Guadalupe, y en Pravia, en el llamado Hogar Santiago López, ampliando su acción protectora mediante conciertos con entidades privadas.

Por último, los servicios de acción social de la Seguridad Social para minusválidos consistían básicamente en centros socio-sanitarios de

orientación, diagnóstico y de carácter rehabilitador ambulatorio, como el pionero ubicado en la Plaza de América, de Oviedo, teniendo concertadas plazas en distintos establecimientos asistenciales de carácter residencial y técnico-asistencial, entre los cuales destacaba el Sanatorio Marítimo, de Gijón, regido por la Orden de los Hermanos de San Juan de Dios, especializado en la rehabilitación de niños con minusvalías físicas. Además, había planificado e iniciado ya una política de construcción de grandes residencias para sus pensionistas que gestionaría directamente, una en Gijón y otra en Oviedo.

Como consecuencia de los importantes cambios culturales, sociales y políticos concomitantes que en ese periodo tuvieron lugar, se hizo fuerte y generalizado un movimiento de renovación de los conceptos asistenciales propios de la acción social pública que propugnaba un radical cambio en los métodos asistenciales a la infancia, sustituyendo los internamientos en grandes colegios por tratamientos, o cuidados más personalizados y de mayor contenido afectivo y educativo, mediante la ubicación de pequeños grupos de niños en viviendas relativamente pequeñas y asimilables a las familiares: pisos, chalets etc., atendidos en un régimen que se pretendía lo más parecido posible al familiar, procurándose que los niños se incorporasen a las actividades escolares y lúdicas normales. En esta nueva conceptualización de la acción social infantil adquirieron especial relieve múltiples iniciativas privadas, con presencia relevante de asociaciones cívicas sin ánimo de lucro.

La articulación de esta pluralidad de iniciativas y la constitución de una red pública de servicios sociales se acelera con la asunción de competencias en la materia por parte de la Comunidad Autónoma, primero, en la redacción originaria del Estatuto de Autonomía, en materia de "Asistencia y bienestar social", y hoy, tras sucesivas reformas de nuestra norma institucional básica, añadiendo a ella el "Desarrollo comunitario", las "Actuaciones de reinserción social" y la "Protección y tutela de menores". En ejecución de estos títulos competenciales se promulgó la Ley del Principado de Asturias 5/1987, de 11 de abril, de Servicios Sociales, sustituida posteriormente por la Ley 1/2003, de 24 de febrero, cuya modificación se pretende abordar.

B) Servicios públicos de interés general y servicios sociales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Los servicios sociales son en el orden jurídico de la Unión Europea un tipo específico de servicios de interés general. Pero, tanto estos como aquellos no se positivizan hasta fecha relativamente reciente en el derecho originario de la Unión, marcado en sus orígenes por una concepción del poder público, y en suma del Estado, que privilegia la idea de reducir su posición a la de garante de las libertades económicas fundamentales, de modo que la intervención pública se justifica en la medida en que abre a la libre competencia el mayor número de sectores económicos.

Sin embargo, de modo progresivo, fue incorporándose a las misiones encomendadas a la Unión Europea la idea de servicio público, acuñada en el derecho comunitario con la denominación de "servicio de interés general", ya tenga naturaleza comercial, es decir económica, o no, de forma que la existencia de obligaciones de servicio público puede derogar o modular los límites que el principio de libre competencia impone a la intervención estatal, fundamentalmente en su formulación inicial en materia de financiación de ciertas actividades y de control de las ayudas de Estado en cuanto se presume que falsean la libre competencia.

Este proceso se inicia en la década de los 90 del siglo pasado y cristaliza con la positivización en el derecho originario de la idea de "servicio de interés general" y con la inclusión, básicamente tras la reforma operada con el Tratado de Lisboa, de bases jurídicas (diversos artículos de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, el Protocolo 26 sobre los servicios de interés general y artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) que pueden permitir en un futuro la armonización en el ámbito de la Unión de esa categoría.

Hasta ahora no existe esa norma común, habiéndose alcanzado únicamente regulaciones de esos servicios en sectores concretos (servicios universales) o disposiciones transversales (acaso la más intensa, la relativa a

la contratación pública). Pero la ausencia de regulación común vinculante, de ordenación general, es aún mayor en el ámbito de los servicios sociales, en el que la actividad de las Instituciones se articula principalmente a través de instrumentos de *soft law* comunitario y de la jurisprudencia, inevitablemente casuística, del Tribunal de Justicia, dada la singularidad de dichos servicios y su diversa configuración en los Estados miembros.

La singularidad de los servicios sociales la reconoce la Comisión Europea de manera constante, hasta el punto de que, tras sus primeras Comunicaciones sobre "Los servicios de interés general en Europa" (1996, 2001) y la elaboración de un "Libro Blanco sobre los servicios de interés general" (2004), ha ido decantándose por deparar un tratamiento particular a dichos servicios -sin llegar, no obstante, a considerarlos una "categoría jurídica diferenciada" en sentido propio dentro de los servicios de interés general-, al estimar que ocupan "un lugar específico como pilares de la sociedad y la economía europeas".

En efecto, en la Comunicación sobre la "Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea, COM(2006) 177 final, de 26 de abril de 2006, la Comisión entiende por "Servicios sociales", excluidos los sanitarios, dos clases: a) "los sistemas legales y los sistemas complementarios de protección social, en sus diversas formas de organización (mutualidades o profesionales), que cubren los riesgos fundamentales de la vida como los relacionados con la salud, la vejez, los accidentes laborales, el desempleo, la jubilación o la discapacidad", y b) los "demás servicios esenciales prestados directamente a la persona. Estos servicios ejercen una función de prevención y de cohesión social, y aportan una ayuda personalizada para facilitar la inclusión de las personas en la sociedad y garantizar la realización de sus derechos fundamentales. Incluyen, en primer lugar, la ayuda a las personas para afrontar retos inmediatos de la vida o crisis (endeudamiento, desempleo, toxicomanía o ruptura familiar). En segundo lugar, abarcan las actividades destinadas a asegurar que las personas

en cuestión posean las competencias necesarias para su inserción completa en la sociedad (rehabilitación o formación lingüística para inmigrantes) y, en particular, en el mercado laboral (formación o reinserción profesional). Estos servicios completan y sostienen el papel de las familias en los cuidados destinados, en particular, a los más jóvenes y a los mayores. En tercer lugar, forman parte de estos servicios las actividades destinadas a garantizar la inclusión de las personas con necesidades a largo plazo debidas a una discapacidad o a un problema de salud. En cuarto lugar, también se incluye la vivienda social, que permite un acceso a la vivienda a las personas con escasos ingresos. Huelga decir que determinados servicios pueden incluir cada una de estas cuatro dimensiones”.

A juicio de la Comisión, “los servicios sociales presentan una o varias de las siguientes características organizativas: funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones; carácter polivalente y personalizado que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables; ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos; participación de voluntarios y benévolo, expresión de una capacidad ciudadana; integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite tener en cuenta las necesidades específicas de este último; relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación ‘normal’ de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros”.

La singularidad de estos servicios se traduce, en suma, en que la Comisión reconoce el amplio margen de discrecionalidad de que disponen los Estados miembros a la hora de organizarlos y los excluye de la normativa de

liberalización de servicios, incorporando además regímenes particulares al respecto, tanto en materia de contratación pública como de ayudas de Estado.

En palabras de la Comisión, “Los Estados miembros pueden definir lo que entienden por servicios de interés económico general y, en particular, por servicios sociales de interés general. Los poderes públicos son los encargados de definir, al nivel correspondiente dentro de los Estados miembros, las obligaciones y las misiones de interés general de estos servicios, así como sus principios de organización. En cambio, el marco comunitario exige que los Estados miembros tengan en cuenta determinadas normas al determinar las modalidades de aplicación de los objetivos y principios fijados”.

En relación con la liberalización de la prestación de servicios en el mercado interior, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, es elocuente: “La presente Directiva no debe afectar a los servicios sociales en los ámbitos de la vivienda, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas necesitadas que prestan el Estado a escala nacional, regional o local, o prestadores encargados por el Estado o asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado, con el objetivo de garantizar el apoyo a quienes se hallan, temporal o permanentemente, en un estado particular de necesidad a causa de unos ingresos familiares insuficientes o de una ausencia total o parcial de independencia y a quienes corren el riesgo de quedar marginados. Estos servicios son esenciales para garantizar los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la integridad, y son una manifestación de los principios de cohesión social y de solidaridad, y no deben verse afectados por la presente Directiva./ La presente Directiva no se aplica a la financiación de los servicios sociales ni al sistema de ayudas correspondiente. Tampoco afecta a los criterios o condiciones establecidos por los Estados miembros para garantizar que los servicios sociales cumplan efectivamente una función en beneficio del interés público y de la cohesión social. Asimismo, la presente Directiva no debe afectar al principio de servicio

universal en los servicios sociales de los Estados miembros” (considerandos 27 y 28).

En consecuencia, el artículo 2, letras a) y j), dispone que la Directiva no se aplica a las actividades siguientes: “los servicios no económicos de interés general, y los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado”.

En materia de contratación pública, la exposición que la Comisión anunciaba en 2006, en el sentido de dispensar un tratamiento particular a la contratación y concesión de los servicios sociales de naturaleza económica, tardó unos años en llevarse a efecto, aunque cabe sostenerse que las Directivas de 2014 que analizamos más adelante materializan ese propósito.

El tratamiento singular que recibieron los servicios sociales en materia de contratación se anticipó en el ámbito de las reglas que disciplinan la libre competencia, de modo que las compensaciones financieras públicas de las cargas derivadas de la realización de una misión social de interés general en ese ámbito se reguló específicamente en 2011 para hacer dichas ayudas compatibles con el régimen de libre competencia en el mercado interior.

No procede extenderse en relación con este particular, que gravita sobre la calificación previa de la prestación de un servicio social como actividad económica o no; examen que un catálogo de prestaciones facilitaría sobremanera. En esa apreciación hay que remitirse, por su relevancia, a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 17 de junio de 1997, *Sodemare*, en el asunto C-70/95, que resuelve una cuestión prejudicial planteada sobre si el derecho comunitario toleraba que la prestación del servicio público de residencias de ancianos por cuenta de la Administración se limitara a las entidades sin ánimo de lucro.

Determinado el carácter económico o comercial de la actividad, los criterios aplicables para analizar si una compensación por servicio público no

constituye una ayuda estatal están hoy consolidados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tras la Sentencia de 24 de julio de 2003, *Altmark*, asunto C-280/00. En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable. Por último, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada, habría soportado.

Como consecuencia de esta depuración de criterios, la Comisión adoptó la Decisión de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. En ella se especifican las condiciones que deben reunir las ayudas estatales para considerarlas *ab initio* compatibles con el mercado interior, por lo que están exentas del deber de notificación. En su ámbito de aplicación se incluye la “compensación por la prestación de servicios de interés económico general que atiendan necesidades sociales en lo referente a la asistencia sanitaria, asistencia de larga duración, asistencia infantil, acceso a la reintegración en el mercado laboral, viviendas sociales y protección e inclusión social de grupos vulnerables” -artículo 2.1, apartado c)-. La aplicación práctica de la Decisión cuenta con un documento orientativo de

la propia Comisión: *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest* (SWD(2013) 53 final/2, de 29 de abril de 2013).

C) Los servicios sociales en la normativa europea de contratación pública.

El régimen jurídico de la contratación de los servicios sociales en el ámbito de la Unión Europea resulta de las Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, pendientes ambas de transposición a nuestro ordenamiento interno; transposición que ha de hacerse "a más tardar el 18 de abril de 2016" (artículos 51 de la Directiva 2014/23/UE y 90 de la Directiva 2014/24/UE). La Directiva 2014/24/UE define los contratos públicos de servicios como aquellos que tienen por objeto la prestación de servicios distintos de los propios del contrato de obras. En su ámbito de aplicación se incluyen los denominados "servicios específicos" que se enumeran en su anexo XIV, entre los cuales se encuentran los servicios sociales. Por tanto, esta clase de contratos pueden calificarse, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, como contratos de servicios.

Ahora bien, los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios sociales no deben ser calificados como contratos públicos de servicios cuando concurren en ellos las características definitorias establecidas para los contratos de concesión en la Directiva 2014/23/UE, en la que, por primera vez, se establece una regulación armonizada específica para esta clase de contratos en su doble modalidad de concesión de obras o de servicios; si bien limitada respecto de los servicios de carácter social, sanitario o educativo, como más adelante veremos.

En el artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE la concesión de servicios se define como “un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de obras a uno o más operadores económicos cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un precio”. En el mismo precepto se establece, a continuación, el elemento clave o verdaderamente definitorio de esta clase de contratos, de creación jurisprudencial y consistente en la transferencia al concesionario de una parte significativa del riesgo operacional en la explotación del servicio. Así, establece la Directiva que “la adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que vayan a ser objeto de concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado -entre otras, en las Sentencias de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (asunto C-206/08), y de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Dekom* (asunto C-348/10)- que el riesgo en la explotación del servicio debe entenderse como el “riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado”, que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o, incluso, el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la

prestación del servicio. Ahora bien, como ha señalado el mismo Tribunal, entre otras en la Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater* (asunto C-274/09), y recoge asimismo el considerando 20 de la Directiva 2014/23/CE, los riesgos vinculados a una mala gestión y a errores de apreciación del operador económico -que encajarían en la categoría del riesgo y ventura propio de nuestro derecho interno-, a incumplimientos del contrato por parte del operador económico o, incluso, a situaciones de fuerza mayor no son determinantes a efectos de calificar un contrato como concesión de servicios, puesto que tales riesgos son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. Lo esencial no es el hecho de que la prestación de un servicio comporte un gran riesgo, lo que no sucederá normalmente en el ámbito de los servicios públicos -atendida la reglamentación de la actividad y el tipo de demanda-, sino que el riesgo exista y que una parte relevante del mismo se transfiera al contratista.

La determinación en el caso concreto de si un contrato ha de calificarse como de servicios o de concesión de servicios públicos conforme a las reglas anteriores, en la medida en que ambos tipos de contratos están sujetos a normas distintas, resulta de gran relevancia práctica a efectos de la determinación de su régimen jurídico. Sucede, no obstante, que las categorías contractuales de la legislación española no se corresponden exactamente con las propias del Derecho de la Unión Europea, de modo que algunos contratos que de acuerdo con el ordenamiento interno se configuran como contratos de gestión de servicios públicos son en realidad, según el derecho comunitario, contratos de servicios, por faltar en ellos el elemento esencial de transmisión al prestador del riesgo operacional en la explotación del servicio. En cualquier caso, como ha señalado en numerosas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea -entre otras, en las Sentencias *Privater* y *Norma-A y Dekom*, antes citadas-, a efectos de la inclusión o no en el ámbito de las directivas comunitarias resulta irrelevante la denominación del contrato según el derecho interno, pues la definición de los contratos públicos corresponde al derecho comunitario y, por tanto, su calificación debe efectuarse de forma casuística,

en atención a su concreto régimen jurídico y teniendo presente las normas y la jurisprudencia de la Unión.

Hechas las anteriores precisiones acerca de la delimitación de ambas categorías contractuales, analizaremos brevemente el nuevo régimen de la contratación de los servicios sociales en la Unión Europea bajo las modalidades del contrato público de servicios y de concesión de servicios que han venido a introducir las Directivas anteriormente citadas.

Respecto a los contratos públicos de servicios, en el título III de la Directiva 2014/24/UE se configuran las líneas generales del que se define como un "régimen de contratación particular" o "simplificado", aplicable a los contratos de "servicios sociales y otros servicios específicos" cuyo valor estimado (excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido) sea igual o superior a 750.000 euros. El establecimiento de un régimen particular para este tipo de negocios jurídicos, con un umbral más elevado del que se aplica al resto de contratos públicos de servicios, se justifica en la peculiar naturaleza de los llamados "servicios a las personas" que, como se señala en el considerando 114 de la misma norma, "se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales", lo que determina su "dimensión transfronteriza limitada", pues "no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos".

Teniendo en cuenta la "importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios", la Directiva diseña las líneas generales de un sistema de adjudicación en el que "debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno", y, de conformidad con este "imperativo", les impone "solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato", instándoles a "perseguir los objetivos de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos" (considerando 114).

En tal contexto de flexibilidad, según establece el artículo 76.1 de la Directiva, los Estados miembros “serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión”, y podrán, según dispone el considerando 114, “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”.

Por otra parte, atendiendo a la especificidad de esta clase de servicios, el artículo 76.2 impone a los Estados miembros la obligación de velar por que los poderes adjudicadores puedan “garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales”.

Asimismo, con la finalidad de “garantizar la continuidad” en la prestación de los servicios, la Directiva permite que la participación en procedimientos de licitación de los contratos públicos en el ámbito de ciertos servicios sanitarios, sociales y culturales “se reserve a organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal participe activamente en la dirección, y a organizaciones existentes tales como cooperativas que participen en la prestación de dichos servicios a los usuarios finales” (considerando 118), siempre y cuando reúnan todas las condiciones establecidas en el artículo 77.2 de la Directiva, que son las siguientes: “a) que su objetivo sea la realización de

una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1;/ b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación;/ c) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato 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, y/ d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes". La duración máxima de estos contratos es de tres años, según establece el apartado 3 del mismo precepto.

Por su parte, la Directiva 2014/23/UE sigue, respecto de los servicios de carácter social, sanitario o educativo, similares reglas de flexibilización procedimental a las establecidas por la Directiva 2014/24/UE para la contratación de las mismas prestaciones bajo la modalidad de contrato público de servicios. Tal régimen, justificado por la "menor dimensión transfronteriza" que deriva de su peculiar naturaleza (considerando 53), conduce a exceptuar la regla general de aplicación plena de la Directiva a los procedimientos de contratación de concesiones cuyo valor sea igual o superior a 5.186.000 euros, respecto de aquellos cuyo objeto se refiera a la explotación de servicios sociales u otros servicios específicos recogidos en el anexo IV, que se sujetarán a la Directiva de forma limitada (artículo 19) o a los solos efectos de la obligación de publicar un anuncio de información previa y un anuncio de adjudicación de la concesión cuando alcancen el umbral antes señalado.

La norma concede a los Estados miembros amplias facultades regulatorias para diseñar el régimen jurídico de estos contratos, similares a las que ya hemos reseñado al analizar el contenido de la Directiva 2014/24/UE, que se condensan en el reconocimiento de un "amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores del modo que consideren más oportuno", sujeto únicamente a la "observancia de los principios

fundamentales de transparencia e igualdad de trato”. Según la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros “deben velar por que los poderes y entidades adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la innovación y, de conformidad con el artículo 14 del TFUE y con el Protocolo n.º 26, 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” (considerando 53), y “disponer de amplia discrecionalidad para seleccionar a los prestadores de los servicios de la manera que consideren más apropiada”. Asimismo, podrán aplicar “criterios específicos de calidad a la hora de seleccionar a los prestadores de estos servicios, tales como los criterios expuestos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad de los Servicios Sociales del Comité de Protección Social de la Unión Europea” (considerando 54). Todo ello, como se establece seguidamente en el mismo considerando, sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros y las autoridades públicas “de prestar ellos mismos estos servicios o de organizar los servicios sociales sin asignar concesiones, por ejemplo a través de la simple financiación de los mismos, o merced a la concesión de licencias y autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unas condiciones establecidas de antemano por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, sin imponer límites o cuotas y siempre que se garantice una publicidad suficiente y se respeten los principios de transparencia y no discriminación”.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
<http://www.ccasturias.es>

El particular y simplificado régimen europeo de la contratación de servicios sociales sujeta a regulación armonizada -ya de por sí flexible y modulado en relación con el general, en coherencia con la amplia discrecionalidad de que gozan los Estados miembros en la organización y gestión de sus respectivas redes públicas de servicios sociales- se diferencia aún más del común en los contratos cuyo valor estimado es inferior a los umbrales que fijan las Directivas que analizamos. En efecto, estos contratos se sujetan al ordenamiento jurídico de la Unión, pero únicamente a sus principios generales. En doctrina del Tribunal de Justicia, en jurisprudencia que se pronuncia en relación con la Directiva 2004/18 -que quedará derogada a partir

del 18 de abril de 2016-, a los contratos que no alcanzan el umbral "sólo podrán aplicarse, además de los artículos 23 y 35, apartado 4, de la Directiva (...), los principios generales de transparencia y de igualdad de trato que resultan de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (...). Sin embargo, para que esos principios puedan aplicarse en materia de contratos públicos a actividades en las que todos los elementos pertinentes se circunscriben al interior de un solo Estado miembro, se exige que el contrato controvertido en el litigio principal presente un interés transfronterizo cierto" (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" y otros*, asunto C 113/13, apartados 45 y 46).

D) La figura del concierto.

La Constitución de 1978 sentó las bases para una transformación radical del régimen de acción social pública, sintetizado en las declaraciones de su artículo primero, en el que se configura España como un Estado social y democrático de Derecho y se propugna la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Tal cambio generó un nuevo modelo de derechos sociales que, de conformidad con lo señalado en el artículo 9.2 de la Norma Fundamental, la acción de los poderes públicos debe impulsar removiendo los obstáculos que impidan su plena efectividad. Este mandato general se concreta, por lo que se refiere a diversos sectores relacionados con el bienestar social de las personas, en la proclamación de un conjunto de derechos que se contienen bajo la rúbrica "De los principios rectores de la política social y económica". Así, la Constitución encomienda a los poderes públicos asegurar la protección de la familia y de la infancia (artículo 39); realizar una política para la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos (artículo 49), o garantizar la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad y promoción de su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de

salud, vivienda, cultura y ocio (artículo 50). Además, el artículo 129 establece el principio de participación ciudadana en “la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general”.

Mientras que en tiempo preconstitucional los servicios de la acción social pública no formaban parte del núcleo esencial de la actividad del Estado, por no tener este el monopolio de la responsabilidad de su prestación, a partir de la Constitución adquirieron carácter esencial, formando, junto con los de carácter sanitario y educativo, el soporte básico del Estado Social proclamado en el artículo 1 de la Constitución, conocido también como Estado del Bienestar.

La asunción por la totalidad de las Comunidades Autónomas de competencias, a título exclusivo, en materia de asistencia social conllevó la creación de una poderosa Administración autonómica en el sector, no regida por el principio de asistencia graciable, sino por el de reconocimiento del derecho a las prestaciones del nuevo sistema, que se configuraba a partir de funciones, servicios, medios personales y materiales de todo tipo transferidos, así como del variado complejo de relaciones jurídicas preestablecidas anteriormente por las Administraciones sociales de la beneficencia local, estatal y de la Seguridad Social en relación con servicios y prestaciones públicas gestionados de forma indirecta por diversos sujetos de naturaleza jurídica privada.

Esa nueva Administración se caracterizaba, más que por producir actos administrativos, por realizar actos que exigían enormes medios materiales y personales para la realización de las actividades prestacionales encomendadas, y también por la participación de entidades privadas en los órganos consultivos de la Administración y en la planificación de dicha acción social, así como en el gobierno de los centros propios, e, igualmente, en la gestión indirecta de centros prestacionales. Ello determinó que adquiriesen especial relevancia dentro del hacer administrativo de la acción social pública los problemas de contratación de tales servicios con entes y personas privadas.

Por otro lado, a partir de la asunción de competencias en materia de asistencia social por parte de las Comunidades Autónomas, y junto con una importante expansión de los servicios propios, se produjo una auténtica eclosión de iniciativas privadas sin ánimo de lucro en relación con distintos modos y formas de participación de la iniciativa privada en la red pública de servicios sociales, que afectaron tanto a ámbitos tradicionalmente arraigados en esta (sectores de infancia, discapacidad y tercera edad) como a los nuevos terrenos abiertos por la moderna asistencia social en relación con enfermos afectados por patologías potencialmente generadoras de marginación social, la emigración menesterosa, las mujeres necesitadas de protección y rehabilitación, las drogodependencias, la juventud, los malos tratos y un largo listado adicional de problemáticas personales y colectivas que requerían acciones de prevención, rehabilitación y, en su caso, reinserción social.

Para el desarrollo de ese amplio campo prestacional, además de establecerse un variado sistema de subvenciones públicas, exigido muchas veces como única forma posible de apoyo por las propias características de los sujetos y porque muchas prestaciones sociales, por su propia naturaleza, no admiten otro modo de actuación administrativa, resultaba necesario recurrir a una utilización intensiva de los instrumentos contractuales normalizados legalmente para la gestión indirecta de servicios públicos por parte de particulares.

Desde mucho tiempo atrás, en realidad desde la promulgación del Estatuto Provincial de 1925, los conciertos administrativos han sido el instrumento contractual típicamente utilizado por las Administraciones de la beneficencia estatal, local y de la Seguridad Social a la hora de instrumentar la gestión indirecta de servicios y prestaciones sociales; situación que no ha variado desde la constitución de la Comunidad Autónoma, tanto más porque el sistema de servicios sociales autonómico integra servicios anteriores de otra titularidad pública (local o estatal) que ya utilizaba profusamente el concierto para cumplir sus fines prestacionales. De hecho, en el periodo de construcción de la nueva Administración autonómica se mantuvieron prácticamente sin

modificación alguna esos procedimientos contractuales, prorrogándose incluso durante bastante tiempo los conciertos preexistentes hasta que se consolidó la nueva Administración con la integración efectiva de todos los entes y establecimientos que prestaban asistencia social en el Principado de Asturias.

Antes de la promulgación de la normativa básica del Estado en materia de contratos, el concierto se recogió por vez primera como técnica contractual de gestión indirecta de los servicios sociales públicos en la legislación de régimen local, en concreto en el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, el cual señalaba a este contrato como una fórmula posible y deseable para la gestión de los servicios públicos relacionados con actividades benéficas. La misma figura se recogió el artículo 143 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955) y en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

En la actualidad, el régimen de gestión indirecta de servicios públicos se contiene en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; norma en la que se recoge la regulación básica para todo tipo de conciertos, independientemente del objetivo que con ellos persiga cada Administración. Aunque es obligado poner de manifiesto que la normativa en vigor -a reserva de la que pueda dictarse con carácter básico al transponer la Directiva de 2014- tolera las modulaciones, particularidades o especialidades que se derivan del objeto específico del contrato, que corresponde precisar o desarrollar, si está habilitado para ello, a quien ostente la competencia sobre la materia concreta a cuya gestión se dirige esta singular fórmula contractual; máxime si, como sucede con los servicios sociales, lo es en exclusividad.

Por consiguiente, si bien resulta de meridiana evidencia que el Principado de Asturias no puede dictar normativa básica sobre contratación en general, sí puede desarrollar esta, introduciendo las particularidades que, compatibles con ella, demande la adecuación del concierto a la singularidad que precisa la gestión de los servicios sociales.

Respecto a la extensión e intensidad que puede alcanzar esa

modulación del contrato general, resulta de especial interés atender a la ya practicada, en función del objeto del contrato, en relación con la concertación de servicios sanitarios y educativos, cuya regulación aborda la legislación sectorial.

Por lo que al concierto sanitario se refiere, su analogía con el propio de los servicios sociales es tan obvia como indiscutible, tanto por la materia a la que se refiere, como por el similar desarrollo histórico administrativo que han tenido ambos servicios públicos antes y después de la promulgación de la Constitución. La regulación básica en la materia se contiene en el artículo 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; precepto que atribuye a la responsabilidad de cada Administración en el ámbito de sus competencias la fijación de los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, de la acción concertada que, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, se contienen en los artículos 31 a 34 de la Ley del Principado de Asturias 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud.

En cuanto a los conciertos educativos, la normativa básica se encuentra actualmente recogida en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación; en Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y en el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas en Materia de Conciertos Educativos. Esta regulación se completa, en el Principado de Asturias, con la Resolución de 13 de febrero de 2013, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, por la que se aprueban las normas que regirán la convocatoria para la aplicación del régimen de conciertos educativos para los cursos académicos 2013/2014 a 2016/2017.

La legislación básica sectorial, tanto en el ámbito sanitario como en el educativo, impone criterios de prioridad o preferencia a efectos del establecimiento de conciertos respecto de los centros o establecimientos que reúnan ciertas características, y, en este sentido, el artículo 90.2 de la Ley General de Sanidad dispone que "A los efectos de establecimiento de conciertos, las Administraciones Públicas darán prioridad, cuando existan

análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a los establecimientos, centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo”, en tanto que el artículo 116.2 de la Ley Orgánica de Calidad, señala que “entre los centros que cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán preferencia para acogerse al régimen de conciertos aquéllos que atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables o los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. En todo caso, tendrán preferencia los centros que, cumpliendo los criterios anteriormente señalados, estén constituidos y funcionen en régimen de cooperativa”. En el ámbito de los conciertos sociales, la normativa autonómica, mediante la acción conjugada de la habilitación competencial en materia de contratación pública y del título exclusivo en materia de asistencia y bienestar social podría establecer disposiciones equivalentes.

Tal modulación, en tanto no implique la exclusión para contratar -contrariando el principio de no discriminación- de cualquier otra entidad privada distinta de las no lucrativas, permite disponer preferencias a favor de estas en función de criterios objetivos, tales como la experiencia desarrollada con anterioridad en relación con la materia prestacional de carácter social, la singularidad del objeto del concierto (tratamiento directo, residencial y asistencial de todo tipo de enfermos y minusválidos físicos y psíquicos; de las drogodependencias; de los marginados y las personas objeto de maltrato, de los sectores de la infancia necesitada de amparo), el tratarse, precisamente, de entidades de finalidad no lucrativa o de organizaciones de voluntariado que contribuyen efectivamente a la finalidad social o acrediten una experiencia objetiva valorable y una capacidad reconocida objetivamente de trato humanitario personalizado o, en fin, de supuestos en los que la consecución de la igualdad es justamente el objeto de la prestación.

La exigencia de una marcada y clara preferencia por las iniciativas sociales de régimen privado sin ánimo de lucro a la hora de modular la concertación de la iniciativa social con el sistema público de acción social, de

modo análogo a como lo hace ya el sistema sanitario público, y también el educativo, es coherente con el principio de igualdad material del artículo 9.2 de la Constitución, pues en las prestaciones de carácter vital y personal, esto es, las que cubren estrictamente la menesterosidad personal y de responsabilidad pública, difícilmente se puede armonizar el coste que se deriva del beneficio empresarial, que repercutirá, lógicamente, en un mayor coste de la prestación del servicio público, con la utilización óptima de los recursos públicos.

Y como garantía de ese carácter humanitario y de esa experiencia en la acción social, así como en la búsqueda de la igualdad, no es baladí, sino que resultaría conveniente y hasta exigible, priorizar la posición de quienes hayan obtenido la declaración de interés social o interés público como medio de ejercer un adecuado control de las actividades privadas en el campo social público.

5. Conclusiones

En el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión Europea, los servicios sociales constituyen un tipo particular de servicio de interés general - sin que alcance, a juicio de la Comisión Europea, el estatuto de "categoría jurídica diferenciada" de ellos- de naturaleza difusa y carente de armonización jurídica de carácter general mediante actos de naturaleza vinculante de las Instituciones europeas, lo que se intenta suplir, con desigual alcance, con actos de *soft law*.

Los Estados miembros tienen libertad para definir las misiones de interés general y establecer los correspondientes principios de organización para los servicios destinados a ejecutarlas; discrecionalidad que es especialmente amplia en el ámbito de los servicios sociales. No obstante, debe ejercerse de forma transparente, sin abusar de la noción de interés general y teniendo en cuenta que es susceptible de control jurisdiccional.

No todo servicio social tiene carácter económico, pero cuando lo ostenta le resulta aplicable el Derecho de la Unión, de modo que la organización de un

servicio público, incluidos los servicios sociales, requiere el respeto del principio de no discriminación, del derecho comunitario de contratos públicos y concesiones y que en su financiación se garantice su compatibilidad con el derecho de competencia. Sin embargo, los servicios sociales están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios.

A la luz de los principios enunciados, este Consejo Consultivo no encuentra objeción a una iniciativa legislativa que modifique la vigente Ley de Servicios Sociales con la finalidad de precisar mejor los modos de gestión de dichos servicios.

Debemos, no obstante, hacer en este momento un excursus ya que hay tener en cuenta que la modificación legal que se proyecta se acomete en un momento temporal singular, caracterizado por la transición en el ordenamiento de la Unión entre dos regímenes jurídicos. En efecto, con la entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de marzo de 2014 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, se impone a los Estados miembros una obligación de resultado que no es jurídicamente exigible hasta el 18 de abril de 2016; momento en el que finaliza el plazo concedido para la transposición de ambas. Hasta entonces, en materia de contratación pública sigue desplegando eficacia la Directiva 2004/18/CE que se deroga, incorporada al derecho interno por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de carácter básico.

Es sabido que, según la doctrina constante del Tribunal de Justicia no siempre resulta exigible la transposición expresa y específica de una directiva si el contexto jurídico general asegura ya efectivamente su plena aplicación de modo suficientemente claro y preciso. Pero es dudoso que pueda concluirse que resulta innecesario transponer la Directiva 2014/24/UE -por ya transpuesta por el contexto normativo vigente- cuando, como prueba la misma iniciativa legislativa sobre la que se nos consulta, restan por explorar y

ejecutar las particularidades de la contratación pública de los servicios sociales que la nueva Directiva posibilita concretar a los Estados miembros, eligiendo las formas y medios de hacerlo. Cree este Consejo Consultivo que en dicha transposición, y en virtud del principio de cooperación institucional, el Estado, titular de la competencia legislativa básica sobre contratos y concesiones administrativas, debería tener presente la incidencia que esa tarea tiene en la configuración de los modos de gestión indirecta de los servicios sociales; ámbito de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Pero entretanto una Comunidad Autónoma no tiene por qué permanecer pasiva a la espera de una transposición que ha de ejecutarse en nuestro ordenamiento respetando el reparto interno de competencias que deriva del bloque de la constitucionalidad, sino que puede, respetando la normativa básica vigente hoy en materia de contratos, ordenar los modos de gestión de sus servicios sociales a la luz de la propia directiva y de la amplia discrecionalidad de que gozan las autoridades de los Estados miembros al organizar sus respectivos servicios sociales. No obstante, al hacerlo, debe tener en cuenta la doctrina del Tribunal de Justicia sentada en la Sentencia de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie* (asunto C-129/96), que condensa el momento a partir del cual es exigible el resultado de una directiva y las obligaciones que asumen todos los poderes del Estado miembro durante el transcurso del plazo concedido para su transposición: "la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva es una obligación imperativa impuesta por el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado y por la propia Directiva (...). Esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales (...). A continuación, procede señalar que, a tenor del párrafo segundo del artículo 191 del Tratado CEE (...), 'Las Directivas y Decisiones se notificarán a sus destinatarios y surtirán efecto a partir de tal notificación'. De esta disposición se deduce que una Directiva produce efectos jurídicos para el Estado miembro destinatario desde el

momento de su notificación (...). Habida cuenta de que (el) plazo (de transposición) tiene por objeto, en particular, proporcionar a los Estados miembros el tiempo necesario para adoptar las medidas de adaptación de su Derecho interno, no puede reprochárseles la no adaptación de su ordenamiento jurídico a la Directiva antes de expirar dicho plazo (...). También es cierto, sin embargo, que durante el plazo de adaptación del Derecho interno los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que, al expirar dicho plazo, se haya alcanzado el resultado prescrito por la Directiva (...). A este respecto, si bien los Estados miembros no están obligados a adoptar tales medidas antes de expirar el plazo de adaptación del Derecho interno, de la aplicación del párrafo segundo del artículo 5, en relación con el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, así como de la propia Directiva, se deduce que durante dicho plazo deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva” (apartados 40 a 45 -las referencias a los artículos de los Tratados lo son a los que estaban vigentes en el momento del fallo-).

Decíamos que no encontramos objeción a una iniciativa legislativa que modifique la vigente Ley de Servicios Sociales. Y añadimos que incluso en este momento de transición del marco normativo, pues las Directivas europeas en vigor, cuando desplieguen en abril de 2016 de modo pleno sus efectos, flexibilizarán aún más las reglas de contratación de los servicios sociales ampliando los márgenes de discrecionalidad con que ya cuentan los Estados miembros al organizarlos. Al hacerlo, el Consejo de Gobierno es libre de optar para la gestión de determinados servicios o prestaciones por una modalidad de concertación social instrumentada sobre la figura del “concierto social”, como forma preferente a otras contractuales de gestión indirecta, a las que puede relegar a una posición subsidiaria si se considera que aquella es la idónea para articular la colaboración entre el sector público y el privado y la de mayor raigambre en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la Comunidad Autónoma no dispone de la facultad de excluir la aplicabilidad del Derecho de la Unión a los negocios y relaciones jurídicas de naturaleza contractual,

cualquiera que sea la nomenclatura que reciba la figura que instrumente la concertación (“concierto social” u otra asignada *ad hoc*). La aplicabilidad de la normativa europea no es de carácter facultativo para los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, ni está a disposición discrecional de los Estados miembros, sino que es una cuestión que depende del propio ordenamiento de la Unión en función de la naturaleza de la relación jurídica de que se trate.

En consecuencia, las modalidades de naturaleza contractual por las que se opte están también sujetas al régimen jurídico de la contratación pública acorde con el reparto interno de competencias que se deduce del bloque de constitucionalidad. De ahí que el carácter “diferenciado” que se predique de alguna figura contractual, en concreto del “contrato social”, solo denota especialidad, particularidad o modulación dentro del régimen jurídico de la contratación pública.

Al ordenar, con carácter general y respetando la normativa básica, los modos de gestión de los servicios sociales deberá acatarse la normativa europea en el grado de intensidad o densidad regulatoria que le es propio, según el tipo de contrato y su cuantía global. En concreto, no es lícito incluir reglas que violen el principio de no discriminación, privando de acceso a alguna de las figuras contractuales a la iniciativa privada mercantil. Sin embargo, cabe disponer medidas de preferencia a favor de la iniciativa social o no lucrativa recurriendo a criterios objetivos y a la variedad de técnicas disponibles al efecto, para lo que resulta útil tener presente la casuística que refleja la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La preferencia por la concertación con el sector no lucrativo puede completarse en la iniciativa legislativa proyectada con una regulación del estatuto del denominado “tercer sector”, desbordando o superando el limitado objetivo de asegurar a las entidades no lucrativas cuotas de actividad en la gestión de los servicios sociales. En efecto, la Ley de Servicios Sociales contiene una parca regulación de la materia que conviene reparar, ya que es poco acorde con desarrollos legislativos recientes o en proceso de elaboración, como los acometidos por el Estado en el Real Decreto-Ley 7/2013, de 28 de

junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, o los proyectados por este o por la Comunidad Autónoma del País Vasco. Por lo demás, esta acción legislativa es simétrica de la que desarrolla en la actualidad algún otro Estado miembro de la Unión Europea (Italia).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que la Comunidad Autónoma resulta competente para aprobar un proyecto de Ley de primera modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, en los términos establecidos en el cuerpo del presente dictamen.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

LA SECRETARIA GENERAL EN FUNCIONES,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.