

LA ACCIÓN CONCERTADA EN LA GESTIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO*

*Mónica Domínguez Martín
Juan Antonio Chinchilla Peinado
Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO: 1. Fórmulas no contractuales: reserva y acción concertada en la Ley de Contratos del Sector Público. 2. La acción concertada en la legislación autonómica. 3. ¿La acción concertada como forma de gestión de los servicios públicos sanitarios de naturaleza no contractual? 4. Bibliografía.

RESUMEN

La trasposición de la 4ª generación de Directivas en materia de contratación por la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, en el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha llevado al legislador estatal a excluir la figura de los contratos de prestaciones personales de carácter sanitario de la aplicación de las reglas de la competencia propias de un contrato típico de servicios, permitiendo ahora que se prestación pueda llevarse a cabo a través de fórmulas no contractuales, cuya regulación corresponde a las Comunidades Autónomas. Y esa regulación autonómica incorpora notables diferencias de régimen jurídico.

PALABRAS CLAVE

Servicios públicos sanitarios, contrato público, contratos de servicios a las personas, acción concertada.

* Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto I+D del Plan Nacional de Retos de 2016: "Aging Cities" (Ciudades envejecidas), (DER2016-75987-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, dirigido por Silvia Díez Sastre y José María Rodríguez de Santiago.

1. FÓRMULAS NO CONTRACTUALES: RESERVA Y ACCIÓN CONCERTADA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Los Estados miembros de la UE son libres (siempre que se respeten los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y libre circulación) para organizar la prestación de servicios, sean servicios de interés económico general, sean servicios no económicos de interés general, o sean una combinación de ambos, así como para decidir los medios más adecuados para la prestación de estos servicios (gestionarlos directamente o externalizarlos, mediante la encomienda a terceros). Esto permite afirmar la actual "indiferencia" del Derecho de la Unión Europea frente a la elección por los Estados miembros de la forma de gestión de los servicios públicos, lo que supone que la autonomía de las autoridades nacionales (estatales, autonómicas o locales, en nuestro caso) en la determinación de las modalidades de prestación de los servicios se ha ampliado significativamente desde el punto de vista de la Unión Europea, siempre que no existan

normas europeas de armonización en materia del mercado interior (en interpretación de la excepción prevista en el art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y conforme al principio de neutralidad respecto al derecho de propiedad en los Estados miembros (art. 345 TFUE).

Con carácter general debe afirmarse que los servicios no económicos de interés general, en cuanto actividades de marcado carácter social, no forman parte del mercado interior. Las actividades que se encuadran en este tipo de servicios, para el derecho europeo, responden a los siguientes elementos: (i) financiación primordialmente pública, sin perjuicio de la existencia de una contraprestación por los usuarios que no cubre el coste del servicio por lo que no resulta significativa; (ii) y consecución de objetivos sociales y efectos redistributivos. Este tipo incorpora tanto actividades que no tienen dimensión económica como actividades donde sí existe una dimensión económica, pero su presencia queda relegada en un segundo plano ante la relevancia de la dimensión social de la actividad, dirigida a garantizar los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la integridad, siendo una concreción de los principios de cohesión social y de solidaridad. Por ello, en un mismo sector pueden coexistir actividades que se encuadren como servicio de interés general de carácter económico o como servicios no económicos de interés general, siendo tal diferenciación dinámica y evolutiva, dado que la existencia o no de un mercado en un determinado sector dependerá de la evolución tecnológica, económica y social¹. ¿Cuál es el criterio que permite distinguir entre unos y otros? Ciertamente el TJUE no ha establecido una diferencia conceptual, sino tipológica. El elemento clave para la concreta adscripción de una actividad a uno u otro tipo responde no tanto al sector de actividad ni a su dimensión económica, como a la relevancia y el alcance del interés general (solidaridad) al que sirve el concreto régimen jurídico de tal actividad (forma en que se presta, organiza y financia) establecido por cada Estado miembro. La identificación de las actividades que se encuadran en tal tipo corresponde igualmente a los Estados miembros. Expresamente, el Derecho primario reconoce la competencia de los Estados miembros para organizar sus servicios sanitarios, art. 168.7 TFUE. Los regímenes de seguridad social y protección social creados por los Estados miembros serán apoyados por la UE, a tenor del art. 153.1.c) TFUE.

¹ CHINCHILLA PEINADO – DOMÍNGUEZ MARTÍN (2018: 68).

Sobre los servicios no económicos de interés general la Unión Europea no ostenta competencias, no estando sometidos a las normas sobre mercado interior (libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios), competencia y ayudas de Estado, no teniendo los poderes públicos en su prestación la condición de empresas. No obstante, *prima facie*, su prestación por los Estados miembros sí están sometidos a las reglas de contratación pública, libertad de circulación de personas y al principio de no discriminaciones en su prestación.

Ahora bien, la jurisprudencia del TJUE ha venido excluyendo de la normativa europea de contratación a los denominados “contratos de prestaciones personales de carácter sanitario”, permitiendo que los mismos se excepcionen de las reglas de la concurrencia propias de un contrato típico de servicios. La lógica del mercado debe quedar desplazada por una óptica de calidad y solidaridad².

Esta posición ha sido asumida por el actual paquete de Directivas de 2014 en los denominados “contratos de servicios a las personas” (Considerando 54 Directiva 2014/23, Considerando 114 Directiva 2014/24 y considerando 120 Directiva 2014/25). En la trasposición al derecho interno, la Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP) establece la libertad para “organizar los mismos 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”. En estos términos, el art. 11.6 LCSP excluye del ámbito objetivo de la normativa sobre contratación pública la “prestación de servicios sociales” por entidades privadas, si bien su normativa concreta garantice una publicidad suficiente de la atribución de tales prestaciones y la misma se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación. A tenor de la previsión contenida en el art. 11.6 LCSP la prestación de los servicios sociales se puede llevar a cabo a través de fórmulas no contractuales, siempre que quede garantizado que todos los operadores o

² GIMENO FELIÚ (2015); VILLALBA PÉREZ (2017: 335). Sobre el mantenimiento de las exigencias derivadas de la prestación de un servicio público y las obligaciones derivadas de tal condición: principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad en la prestación, transparencia y calidad, por todos, FONT i LLOVET (2016: 235) y ZAMBONINO PULITO (2016).

prestadores que cumplan los requisitos puedan acceder a este régimen, prestar los servicios y, en su caso, obtener la financiación que se haya fijado, bien de la Administración, bien del usuario. La ley se refiere únicamente “servicios sociales”, pero, en coherencia con las Directivas y con lo afirmado en la Exposición de Motivos de la propia LCSP, esa referencia a los servicios sociales debe entenderse en sentido amplio, incluyendo servicios sociales, sanitarios y educativos³.

La exclusión de la prestación de este tipo de servicios de la regulación contractual se justifica, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en que aquí no se formaliza un contrato público. Los procedimientos de adquisición de bienes y servicios que consisten en admitir como proveedor a todo operador económico que cumpla los requisitos previamente establecidos, queda extramuros de la normativa de contratación pública, en la medida que “la elección de una oferta –y, por tanto, de un adjudicatario– es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de contratos públicos (...) y, por consiguiente, al concepto de contrato público” (STJUE de 2 de junio de 2016, C-410/14 y STJUE de 1 de marzo de 2018, C-9/17). Lo determinante es que todos los operadores puedan concurrir en condiciones de transparencia (publicidad) e igualdad de trato y, además, que la admisión o selección se sustenta en la apreciación de la aptitud de los operadores y no en criterios de adjudicación que lleve a competir entre ellos (STJUE de 1 de marzo de 2018, C-9/17). Por ello, ni siquiera resulta necesario que la “convocatoria” permanezca permanentemente abierta, siendo posible que se acuerde su cierre en un determinado momento⁴. En definitiva, estas fórmulas no contractuales se pueden fundar en “condiciones de aptitud” (art. 65 LCSP), pero no en “criterios de adjudicación” (art. 145 LCSP). Incluso, es posible que el poder adjudicador formalice la relación con aquellos que cumplan los requisitos mediante un contrato que, sin embargo, por su origen no selectivo ni concurrencial, queda excluido del ámbito de la normativa de contratación pública⁵.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea excluye también la normativa de contratación pública en la prestación de estos servicios, permitiendo su adjudicación directa, cuando la misma se efectúa a entidades sin ánimo de lucro (STJUE de 28 de enero

de 2016, C-50/14). La justificación se encuentra en que la colaboración con entidades sin ánimo de lucro se presenta como instrumento para la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, controlando los costes de los servicios a las personas, siempre que estas entidades “no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros”⁶. el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que permita a las autoridades atribuir la prestación de servicios mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, “siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de estos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria”. Cuando la normativa nacional permita estos supuestos, la autoridad pública que se propone concluir estos conciertos “no está obligada en virtud del Derecho de la Unión a comparar previamente las propuestas de diversas asociaciones”. Corresponde, eso sí, al Estado miembro establecer los límites dentro de los que pueden desarrollarse esas actividades. Estos límites deben asegurar “que estas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas”.

Precisamente para dotarse del marco jurídico que permita este tipo de actuaciones, el art. 77.2 de la Directiva 2014/24/CE y la Disposición adicional 48ª LCSP regulan la “reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones”, afirmando que los poderes adjudicadores podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV. La duración máxima del contrato que se adjudique de acuerdo con lo dispuesto en esta disposición adicional no excederá de tres años. Estas organizaciones deberán cumplir, de forma cumulativa, las condiciones siguientes: (i) su objetivo debe ser la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero; (ii) los beneficios deben reinvertirse con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en

3 VILLAR ROJAS (2018: 95).

4 VILLAR ROJAS (2018: 96).

5 VILLAR ROJAS (2018: 96).

6 Anteriormente, (STJUE de 17 de junio de 1997, C-70/95), se admitió como excepción al principio de libre competencia los contratos celebrados en el marco del sistema público de seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro.

caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución debe realizarse con arreglo a criterios de participación; (iii) las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato deben basarse en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exigir la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas; (iv) el poder adjudicador de que se trate no ha debido adjudicar a la organización un contrato para los servicios en los tres años precedentes.

2. LA ACCIÓN CONCERTADA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

El Derecho de la Unión Europea, como también hace el Derecho español, reconoce las singularidades de los contratos de servicios a las personas, así como de las asociaciones u organizaciones sin ánimo de lucro que actúan en este ámbito. Y, a partir de este dato, acepta la construcción de un régimen peculiar de contratación. Pero, para configurarlo, se ha optado no por establecer una regulación específica y diferenciada, sino que, simplemente, establece ciertas peculiaridades a lo largo del articulado de la LCSP. El resultado es un régimen jurídico no acabado, ni uniforme, puesto que, además, estamos ante materias en las que el legislador autonómico tiene potestad normativa para regular las formas de gestión de estos servicios y establecer diferentes modelos de colaboración con el sector privado.

La competencia para regular esas fórmulas no reguladas por la LCSP corresponde, en gran medida, en las Comunidades Autónomas, al haber asumido la gestión de estos servicios, pero en el marco de la competencia estatal del art. 149.1.18 CE. Por ello, el Tribunal Constitucional (STC 84/2015, de 30 abril) declaró la inconstitucionalidad del art. 63 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, al considerar que la preferencia que este precepto otorga a las sociedades de profesionales, compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud era contraria a la legislación básica del Estado vigente en aquel momento en materia de contratos y concesiones administrativas, lo que vulneraba el art. 149.1.18 CE, en concreto, la reserva de ley estatal para determinar las bases de los contratos y concesiones administrativas. No podía una ley autonómica establecer la preferencia en la adjudicación de los contratos en favor de las sociedades de profesionales porque, según el Tribunal Constitucional, esto

suponía una contravención de un precepto básico (el entonces art. 1 TRLCSP) que se refiere al principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y a la selección de la oferta económicamente más ventajosa⁷. Por tanto, la capacidad de autoorganización del servicio que corresponde a las Comunidades Autónomas ha de ejercerse con pleno respeto a las bases estatales en materia de contratación pública. El marco normativo actual ha sufrido un profundo cambio. La Disposición adicional 49ª LCSP afirma que “lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”. Y así han hecho algunas de ellas.

Es precisamente en este nuevo contexto normativo en el que la Generalidad Valenciana ha aprobado la Ley 7/2017, de 30 de marzo, de Acción Concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario⁸, cuyo objeto es “establecer las medidas urgentes necesarias para la puesta en funcionamiento del régimen de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter sanitario” (art. 1). Para ello, prevé las siguientes modalidades de gestión de las prestaciones sanitarias (art. 2): a) Mediante gestión directa o con medios propios; b) Mediante la gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público; y c) Mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro no vinculadas o creadas ad hoc por otra empresa o grupo de empresas con ánimo de lucro. El art. 3 Ley valenciana 7/2017 define a los acuerdos de acción concertada como “instrumentos organizativos de naturaleza no contractual a través de los cuales la consellería competente en materia de sanidad podrá organizar la prestación de servicios de carácter sanitario cuya financiación, acceso y control sean de su competencia”, ajustándose a los principios de subsidiariedad, solidaridad, igualdad, publicidad, transparencia, no discriminación y eficiencia presupuestaria.

7 ZAMBONINO PULITO (2016).

8 Con anterioridad, ya había aprobado el Decreto-ley 7/2016, de 4 de noviembre, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario. Y, en el ámbito de las prestaciones sociales, se ha aprobado el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, que desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social. En todas estas normas se afirma la naturaleza no contractual de esta figura.

Para la determinación más concreta del régimen jurídico de esta acción concertada, el art. 5.2 Ley 7/2017 se remite a la consellería competente en materia de sanidad, que fijará a través de condiciones administrativas y técnicas, los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a la acción concertada, así como sus condiciones económicas, atendiendo a tarifas máximas o módulos, revisable periódicamente, que retribuyan como máximo los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones, garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, sin incluir beneficio industrial. Además de esto, el art. 6 de la Ley 7/2017 establece los requisitos que deben cumplir las entidades que se quieran acoger al régimen de acción concertada y el art. 7 establece el procedimiento de concertación, sin perjuicio de la concreción por la consellería competente de los procedimientos específicos.

Un mecanismo similar ha previsto la Junta de Andalucía, aunque no para los servicios sanitarios, en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, en desarrollo de lo previsto en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, cuyo art. 101 prioriza a las entidades de iniciativa social que cumplan las condiciones establecidas en la Ley. Sólo excepcionalmente, y en ausencia de entidades de iniciativa social, puede concertar estos servicios con entidades privadas con ánimo de lucro⁹. El llamado concierto social se configura como “un contrato administrativo especial” desarrollado en el ámbito de las normas de contratación generales (Preámbulo del Decreto 41/2018). Esto implica que a lo largo del Decreto 41/2018 se utilice la terminología (licitación, licitadores, contrato) y un procedimiento típicamente contractual (convocatoria de la licitación, pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, expediente de contratación, publicidad, presentación de ofertas, etc.)¹⁰.

Con anterioridad, medidas semejantes fueron previstas en la Comunidad de Aragón, con la aprobación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, en cuyo art. 17 se regulaban las reservas sociales de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo. Posteriormente, el Decreto-ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, regula la

“acción concertada” para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, a través de entidades privadas sin ánimo de lucro. La norma aragonesa configura los acuerdos de gestión concertada como instrumentos organizativos de naturaleza no contractual, adoptando (en este caso) la forma de concierto.

Más recientemente, se ha aprobado la Ley 3/2018, de las Islas Baleares, de 29 de mayo, del tercer sector de acción social. A efectos de esta ley, forman parte del Tercer Sector Social de las Illes Balears las entidades de iniciativa social y privada cuya finalidad principal sea promover la inclusión socio-laboral y el ejercicio efectivo de los derechos de sujetos o colectivos que afronten situaciones de vulnerabilidad o exclusión, desprotección, discapacidad o dependencia. Entre las actividades a desarrollar para cumplir con esta finalidad se incluyen también actividades en el ámbito sanitario (art. 3). Para formalizar la cooperación con las organizaciones del Tercer Sector Social de las Illes Balears en la provisión de servicios de responsabilidad pública en el ámbito de la intervención social, las administraciones públicas baleares podrán adoptar el régimen de “concierto diferenciado”, pero la ley no lo regula, sino que se remite a “la legislación autonómica que a tal efecto se pueda crear en un futuro sobre acción concertada” (art. 15.1).

Por último, también regula el llamado “tercer sector” la Ley 10/2018, de 22 de noviembre, del tercer sector social de Extremadura. A diferencia de la Ley de las Islas Baleares, esta Ley Extremeña no incluye entre las “actividades de asistencia social”, las propiamente sanitarias (sí que hace referencia a las actividades de interacción en el ámbito “socio-sanitario”, art. 6.2). Pero sí que incluye las actividades sanitarias (y sociosanitarias) en la definición que la Ley aporta de “acción concertada” (art. 8.1) como “un instrumento organizativo que atiende a la consecución de objetivos sociales a través del cual las Administraciones competentes en Extremadura podrán organizar la prestación de servicios públicos dirigidos a las personas, de carácter social, sanitario y sociosanitario, cuya financiación, acceso y control sean de su competencia”. Por tanto, lo considera una “modalidad de gestión de los servicios de responsabilidad pública de carácter social, sanitario y sociosanitario, alternativa y no excluyente de otras formas de gestión, como son la prestación directa o con medios propios de la Administración o la gestión indirecta a través de fórmulas contractuales establecidas en la normativa sobre contratos del sector público” (art. 8.2). Y, para el ejercicio y desarrollo de la acción

⁹ De la misma forma, la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.

¹⁰ CASTRO LÓPEZ (2018: 294).

concertada, las Administraciones competentes extremeñas deberán atender, entre otros, a los principios de publicidad, transparencia, igualdad, subsidiariedad (circunstancias que justifican la prestación de servicios mediante acción concertada), solidaridad, no discriminación, eficiencia presupuestaria, calidad asistencial, adecuación a la planificación estratégica de los servicios públicos, responsabilidad social y compromiso por parte de las entidades concertadas de no beneficiarse de tal condición para aplicar una política de precios inferior al promedio del mercado cuando actúen en el ámbito de actividades comerciales o económicas, alterando con ello la competencia (art. 9).

3. ¿LA ACCIÓN CONCERTADA COMO FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS DE NATURALEZA NO CONTRACTUAL?

Estas normas autonómicas contienen una clara apuesta por la “acción concertada”, que es considerada como una forma de gestión de servicios alternativa a la gestión directa o indirecta de los servicios públicos no económicos, que realizan entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de los servicios a las personas. En sentido estricto, por mucho que estas normas traten de considerarla un *tertium genus*, estamos ante una forma de gestión indirecta o directa, según los supuestos¹¹. Será gestión directa si se trata de una “acción concertada” con una entidad pública dependiente de la propia administración autonómica; y será una gestión indirecta si se realiza con una entidad privada sin ánimo de lucro.

Quizás resulta más correcto, desde una perspectiva metodológica, afirmar que la llamada “acción concertada”, como un tipo dentro de las formas de gestión de los servicios, no es jurídicamente correcta, puesto que, en realidad, esta figura se configura como una técnica de fomento¹². Esta técnica de actuación (la concertada) de la Administración presenta una identidad evidente, con una sucesión de actos jurídicos: la norma (o Plan) fija unos objetivos, unas

condiciones y requisitos; las empresas/particulares presentan una solicitud para acogerse al régimen de acción concertada; esa solicitud, si cumple los requisitos, es admitida por la Administración y se firma el “acta de concierto”, que concreta las obligaciones y beneficios y supone la aceptación por el particular de un acto administrativo necesitado de colaboración¹³. Las ventajas metodológicas de esta construcción son evidentes. Resalta que esta configuración de la acción concertada fuera de las formas de gestión indirecta sustrae de la normativa sobre contratos a estos conciertos o acuerdos con entidades sin ánimo de lucro. Se evita que su régimen jurídico pueda ser asimilado al régimen de los conciertos¹⁴ (en los términos que era configurado por la anterior legislación de contratos). Con ello se construye su régimen jurídico fuera de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, por considerar que este no es el marco jurídico adecuado para regular esta figura (así lo afirma, literalmente, el Preámbulo de la Ley 7/2017, de la Comunidad Valenciana, antes citada).

Adicionalmente, hay que tener en cuenta, que sólo si se trata de una fórmula no contractual existe cobertura competencial autonómica. Por el contrario, si se configuran como verdaderos “contratos”, la competencia de regulación básica le corresponde al Estado. Esto es, no se podría justificar la regulación de las acciones concertadas al margen del Estado. Además, hay que tener en cuenta que la LCSP no da preferencia a las entidades sin ánimo de lucro para la prestación de los servicios asistenciales¹⁵.

La acción concertada, así configurada en la legislación autonómica citada, toma como sujeto a las entidades sin ánimo de lucro, de forma que su retribución se limita al reintegro de costes y siempre en el marco del principio de eficiencia presupuestaria, tal y como establece la jurisprudencia del TJUE (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016, C-50/14). Es cierto que el hecho de que la acción se “concierte” con una entidad sin ánimo de lucro no conlleva, necesariamente,

13 GALLEGO ANABITARTE (2000: 25).

14 Esa es la razón por la que la ley valenciana busca la no asimilación de esta figura al régimen de conciertos; no así en la legislación andaluza y aragonesa, también citadas, que hablan de “concierto social” y de adopción de la forma de concierto, respectivamente (y con una asimilación conceptual mucho más cercana, incluso expresa, a los contratos); o las leyes extremeña y balear, que hablan de “acción concertada”. Aunque el resultado es el mismo, con matices: no sometimiento a la legislación de contratos y articulación a través de “acuerdos de acción concertada” (o similar).

15 En este sentido, DÍEZ SASTRE (2019).

11 En este mismo sentido, DOMÍNGUEZ MARTÍN (2019) y en anteriores publicaciones; también HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2017: 1051) y DÍEZ SASTRE (2019).

12 GALLEGO ANABITARTE (1980: 225). Esta crítica también se contiene en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2017: 1051). Una apuesta por considerar la acción concertada como una “acción de fomento” y no como una actividad prestacional o de gestión indirecta de servicio público en MANENT ALONSO y TENHAEFF LACKSCHEWITZ (2018: 220).

que estemos ante una relación no contractual¹⁶. La jurisprudencia comunitaria, desde hace años, ha establecido que un contrato público puede celebrarse entre un poder adjudicador y una entidad sin ánimo de lucro (así, la STJUE de 29 de noviembre de 2007, Comisión c. Italia, entre otras). El fundamento de esta pretendida exclusión de la legislación de contratos se encuentra en el Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE y la Disposición adicional 48ª LCSP, según el cual los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites, ni cuotas, pueden acceder a la gestión de estos servicios, siempre que se garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación. Conforme a esto, la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas. Sin embargo, esta previsión no puede servir de justificación para excluir de la legislación de contratos supuestos que, en puridad, deberían someterse a ella.

4. BIBLIOGRAFÍA

- CASTRO LÓPEZ, P., “El régimen jurídico administrativo de los servicios sociales en Andalucía: principales aportaciones de la nueva Ley 9/2016, de 27 de diciembre” en GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dir.), *Servicios de interés general y protección de los usuarios*, Dykinson, 2018.
- CHINCHILLA PEINADO, J.A., y DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Servicios de interés general y mercado interior”, en GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dir.), *Servicios de interés general y protección de los usuarios*, Dykinson, 2018, pp. 59 y ss.
- CUETO PÉREZ, M., “La continuidad del concierto sanitario tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en *Libro Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, 2018.
- DÍEZ SASTRE, S., “La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios”, en AGULLO AGÜERO, A. (Dir.), *Financiación de la Sanidad. Tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Tirant lo Blanch, 2019 (en prensa).

- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, enero 2019.
- FONT i LLOVET, T., “Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del Derecho europeo”, *Revista de Administración pública*, núm. 199, 2016.
- GALLEGO ANABITARTE, A., “De la reconversión industrial a la acción concertada pasando por la promoción de viviendas de protección oficial: el régimen de concierto”, Preámbulo al libro, IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Régimen jurídico de la protección a la promoción y adquisición de viviendas*, Aranzadi, 2000.
- GALLEGO ANABITARTE, A., “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo”, en *Homenaje a J. GALVÁN ESCUTIA*, Universidad de Valencia, 1980, pp. 191-260.
- GIMENO FELIÚ, J. M., *La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales*, Observatorio de Contratación Pública, 2015.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 y 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)”, *DS : Derecho y salud*, Vol. 25, N°. Extra 1, 2015, pp. 70 y ss.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “Adjudicación directa de contratos públicos a las entidades sin ánimo de lucro”, en LAGUNA DE PAZ, J.C., SANZ RUBIALES, I. y DE LOS MOZOS y TOUYA, I. M. (Coords.), *Derecho Administrativo e integración europea. Estudios en homenaje al Prof. José Luis Martínez López-Muñiz*, Reus Editorial, 2017, pp. 1035-1052.
- MANENT ALONSO, L., y TENHAEFF LACKSCHEWITZ, S., “Tipología de contratos (iii): los contratos para la gestión de servicios públicos”, en MESTRE DELGADO, J. F. (Dir.), *Ley de Contratos del Sector Público: Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, 2018.

¹⁶ Así, también, MANENT ALONSO y TENHAEFF LACKSCHEWITZ (2018:218).

- VILLALBA PÉREZ, F., “Externalización de servicios sanitarios: nuevas perspectivas y orientaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, enero-marzo 2017, pp. 323-353.
- VILLAR ROJAS, F.J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, en *Anuario de Derecho Municipal 2017*, Instituto de Derecho Local-UAM, núm. 11, Madrid 2018.
- ZAMBONINO PULITO, M., “Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios, ¿huida o vuelta al Derecho Administrativo?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41, 2016.