

Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios

SUMARIO: 1. LA COLABORACIÓN PRIVADA CON EL SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES: 1.1. LA IDEA DE «SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES». 1.2. EL SERVICIO PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES: DELIMITACIÓN. 1.3. EL ÁMBITO DEL FOMENTO EN LOS SERVICIOS SOCIALES: APUNTE. 2. FORMAS DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO SOCIAL: GESTIÓN DIRECTA Y GESTIÓN INDIRECTA: 2.1. GESTIÓN DIRECTA: ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS NO PERSONIFICADOS. 2.2. GESTIÓN INDIRECTA: EL CONCIERTO Y EL CONVENIO. 3. LA GESTIÓN INDIRECTA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE SERVICIOS SOCIALES: 3.1. EL CONCIERTO DE PRESTACIONES TÉCNICAS SOCIALES. 3.2. EL «CONVENIO» COMO FORMA DE INTEGRACIÓN EN EL SERVICIO PÚBLICO SOCIAL. 3.3. LA EVENTUALIDAD DE EXCLUIR LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS EN CASO DE INICIATIVA PRIVADA SIN ÁNIMO DE LUCRO. 4. EL FOMENTO DE LA INICIATIVA SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: 4.1. PRESUPUESTOS, REQUISITOS Y CONDICIONES. 4.2. LA FINANCIACIÓN PÚBLICA: «DE LA SUBVENCIÓN AL CONCIERTO». 5. EL CONFLICTO: EL USO DE TÉCNICAS DE FOMENTO EN LUGAR DE FORMAS DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.

1. LA COLABORACIÓN PRIVADA CON EL SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES

1.1. LA IDEA DE «SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES»

La totalidad de las leyes autonómicas que tienen por objeto regular sus competencias en materia de servicios sociales se sustentan en la creación de un «*sistema público de servicios sociales*»¹ —también denominado «*sistema de servicios sociales de responsabilidad pública*»² o «*sistema integrado de acción social*»³—, que pretende integrar en un único dispositivo todas las actuaciones de los poderes públicos autonómicos en materia de servicios sociales y, paralelamente, agrupar todos los recursos, equipamientos y prestaciones destinados a las necesidades de atención social de los individuos y de los grupos en que se integran, incluyendo la coordinación de las iniciativas privadas de carácter social⁴.

Como recuerdan algunas de esas leyes, la idea de «*sistema*» constituye la respuesta a los defectos tradicionales de la acción social pública: la falta de coherencia y de planificación de las iniciativas públicas, la diversidad de entidades y órganos con competencias en la materia, la dispersión normativa, incluso, la variedad de regímenes de financiación⁵. A partir de ese presupuesto, el sistema público, todas las normas autonómicas proceden a regular, con más o menos detalle, los principios generales, la organiza-

¹ En este sentido, las siguientes Leyes de Servicios Sociales: artículo 1 de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Andalucía, artículo 1 de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Asturias, artículo 1 de la Ley 3/1986, de 16 de abril, de Castilla-La Mancha, artículo 1 de la Ley 5/1987, de 23 de abril, de Extremadura, artículos 1 y 2 de la Ley 1/2002, de 1 de marzo, de La Rioja, artículo 1 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Madrid, artículo 1 de la Ley 3/2003, de 10 de abril, de Murcia, y artículo 1 de 5/1997, de 25 de junio, de Valencia.

² Es la terminología de las Leyes de Servicios Sociales siguientes: artículo 1.2 de la Ley 9/1987, de 28 de abril, de Canarias, artículo 1 del Decreto-Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, de Cataluña, y artículo 1 de la Ley 5/1996, de 18 de octubre, del País Vasco.

³ Así el artículo 1 de la Ley 4/1987, de 25 de marzo, de Aragón, artículo 1 de la Ley 9/1987, de 11 de febrero, de Illes Balears, artículo 1 de la Ley 5/1992, de 27 de mayo, de Cantabria, artículo 1 de la Ley 4/1993, de 14 de abril, de Galicia, y artículo 1 de la Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, de Navarra (desde aquí, las leyes autonómicas se citan por la Comunidad Autónoma correspondiente).

⁴ De este sistema no forma parte la acción social de la Seguridad Social (artículos 38, 53 a 56 de la Ley General de la Seguridad Social, R.D.-Legislativo 1/1994, de 20 de junio). Por otra parte, las líneas que siguen se ciñen a las leyes autonómicas que regulan con carácter general los servicios sociales, quedan fuera las leyes que ordenan servicios específicos —mayores, inmigrantes, menores y otros colectivos—, por más que el planteamiento es extensible a las mismas.

⁵ Así la exposición de motivos de las Leyes de Andalucía, Illes Balears, Castilla-La Mancha y Extremadura.

ción territorial y funcional del sistema, su dirección, su financiación y la colaboración privada en las distintas acciones de interés social⁶. Se trata de una regulación que pretende integrar todas las acciones públicas: las de prestación, las de control público de la actividad privada y las de fomento⁷.

A su vez, la idea de sistema viene acompañada de un principio general que refleja a las claras la determinación del legislador de afirmar, de una vez por todas, el sentido y el compromiso público con la asistencia social: *el principio general de responsabilidad pública*. Su significado se entiende de formas diversas: «*la adscripción de los poderes públicos de recursos financieros, humanos y técnicos, adecuados a la consecución de los objetivos propuestos*»⁸, pasando por «*promover y garantizar la prestación de servicios sociales mediante la aportación de medios financieros, técnicos y humanos adecuados*»⁹ y «*la prestación de servicios sociales es responsabilidad pública*»¹⁰, hasta la definición más exacta de: «*el sistema de servicios sociales es responsabilidad pública; responsabilidad que constituye la garantía del derecho de la ciudadanía a dichos servicios*»¹¹. En todo caso, con sus matices, la presencia y responsabilidad pública sobre los servicios sociales resulta indiscutible, tanto como superada una mera acción de beneficencia. La doctrina especializada ha identificado este principio como el sustrato de la «*titularidad pública*» de la actividad, elemento clave para reconocer un

⁶ No es este lugar para una explicación detallada de este régimen jurídico, tan sólo de recordarlo para situar el objeto de estudio. En todo caso, sobre ese régimen son referencia obligada los trabajos de: J. L. BELTRÁN AGUIRRE, *El régimen jurídico de la acción social pública*, IVAP, Oñati, 1992, 398 pp. M. MORENO REBATO, *Régimen jurídico de la asistencia social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, 378 pp., y M. VAQUER CABALLERÍA, *La acción social (Un estudio sobre el Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 254 pp.

⁷ La doctrina ha definido un sistema como: «*un conjunto de elementos relacionados e interdependientes, conjunto o totalidad que no es una simple suma o adición de aquellos elementos o partes que lo componen, sino que es algo más, esto es, que posee unas propiedades que son distintas de las que tienen cada uno de esos elementos por separado*». Lo relevante, desde una perspectiva jurídico-pública, es que todo sistema tiene sus propios principios generales que aseguran esa totalidad o integridad, más allá de las partes que lo componen; en el caso que se estudia, los de responsabilidad pública, solidaridad, participación, igualdad, universalidad, descentralización, planificación y prevención, que repiten las leyes autonómicas. La cita y la explicación en: F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Prólogo* del libro de M.^a V. DE DIOS VIÉITEZ, *Código de Derecho Farmacéutico*, Civitas, Madrid, 1991.

⁸ Artículo 2.1 de la Ley de Andalucía.

⁹ Artículo 3.1 de la Ley de Galicia.

¹⁰ Artículo 3.1 de la Ley de La Rioja.

¹¹ Artículo 3.1 de la Ley del País Vasco. En esta idea, que conecta la responsabilidad pública con el derecho de los ciudadanos a los servicios sociales se sitúan las leyes más recientes (artículo 5.a de la Ley de Asturias, artículo 4.a de la Ley de La Rioja, y artículo 5.1.a de la Ley de Murcia).

servicio público compartido no monopolístico¹². Con la afirmación del sistema de responsabilidad pública se produce un salto cualitativo en la regulación de la asistencia social. Esto resulta incuestionable y, sin duda, positivo.

Ahora bien, la misma categoría de sistema conduce a una cierta confusión sobre la intervención pública, sobre su fundamento, sobre su alcance y sobre sus límites; y ello, porque si todas las acciones públicas forman parte del *Sistema de Servicios Sociales*, parece que no es necesario diferenciar unas de otras, en teoría todas confluyen hacia el mismo objetivo. La práctica totalidad de las leyes autonómicas combinan la regulación de las prestaciones sociales, junto con la organización territorial y funcional de los servicios públicos, con la ordenación de la iniciativa privada de creación de centros de servicios sociales, y, casi sin solución de continuidad, fijan el papel de la iniciativa privada social y del voluntariado¹³. Es fácil reconocer en esta ordenación la clásica trilogía: servicio público, policía y fomento, empleada para clasificar la actividad de la Administración Pública; sin embargo, su regulación unitaria puede llevar a desconocer que los títulos jurídico-públicos de intervención son distintas y, por tanto, también su ámbito y límites¹⁴.

La cuestión anotada tiene su mejor manifestación en la regulación unitaria o, cuando menos, interrelacionada, de la colaboración de la iniciativa privada con el sistema público, que no facilita la distinción de lo que sea servicio público frente al fomento de las iniciativas sociales. Como se explicará, la complejidad resulta aun mayor cuando esa regulación se basa en técnicas jurídicas aparentemente iguales: la previsión de «*conciertos*» para la gestión de servicios públicos sociales se acompaña de la referencia a los «*conciertos*» para prestar servicios sociales (privados). Y ello cuando, pese a la identidad nominal, no son lo mismo, ni en su fundamento —no es igual el servicio público que el fomento—, ni en su régimen jurídico —poco tiene que ver un contrato administrativo típico con una subvención—. En consecuencia, la vinculación del gestor privado con el

¹² Titularidad que permite calificar la actividad pública como servicio público compartido (BELTRÁN AGUIRRE, *ob. cit.*, pp. 137 a 144).

¹³ A título de ejemplo, este esquema se reconoce en la Ley del País Vasco: prestaciones de servicio público (artículos 5 a 8), intervención sobre centros y establecimientos, públicos y privados, de servicios sociales (artículos 21 a 24), participación y promoción de la iniciativa social y del voluntariado (artículos 25 a 27). De más reciente aprobación, la Ley de La Rioja: prestaciones del sistema público (artículos 19 a 33), autorización y control de centros de servicios sociales (artículos 42, 43, 49 a 52), iniciativa social (artículos 44 y 45).

¹⁴ JORDANA DE POZAS, L., «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo», *R.D.P.*, 48, 1949. Sobre la clasificación de la actividad de la Administración, por todos, J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 86 y ss.

sistema de servicios sociales requiere profundizar en esta distinción, precisando lo que sea servicio público en este ámbito, para diferenciarlo del apoyo público a las iniciativas sociales.

1.2. EL SERVICIO PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES: DELIMITACIÓN

Lo que sea servicio público en materia de acción social depende del legislador ordinario autonómico¹⁵. En rigor, siendo una prestación, una obligación de hacer, más allá de la mera declaración de servicio, su contenido preciso es aquél que se corresponde con las prestaciones que deben ser atendidas por la Administración¹⁶.

En el caso que se estudia, la definición de prestaciones siempre ha resultado algo difusa. Así, cuando se dice que los municipios con más de 20.000 habitantes prestarán servicios sociales, es inevitable preguntarse: ¿cuáles? ¿con qué alcance? ¿con qué medios mínimos? Bien es cierto que, en este ámbito, lo ordinario es hablar de prestaciones en línea con la acción social tradicional de la Seguridad Social¹⁷. Las leyes de servicios sociales más recientes lo ejemplifican. Este es el caso de la Ley de la Comunidad de Madrid¹⁸:

- Son *prestaciones* las actuaciones o los medios que, como forma de protección singular, se ofrecen a las personas o grupos en que estas se integran para alcanzar, restablecer o mejorar su bienestar (artículo 14).
- Las *prestaciones individuales* son de tres clases: técnicas, económicas y materiales (artículo 15).

¹⁵ Se emplea el concepto servicio público como actividad de prestación que, por mandato legal, es competencia de la Administración Pública, que debe garantizar tanto su funcionamiento regular y continuo, como el acceso en condiciones de igualdad de los ciudadanos cuyas necesidades pretende atender. Se utiliza la noción amplia de servicio público como prestación que es competencia de la Administración Pública que, por ejemplo, se reconoce en el artículo 155 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; sin que sea precisa la titularidad pública exclusiva de la actividad de que se trate. La doctrina especializada coincide en este entendimiento: BELTRÁN AGUIRRE, *ob. cit.*, pp. 141 a 144; MORENO REBATO, *ob. cit.*, pp. 114 y 115. En general, sobre el servicio público, su noción estricta y objetiva, y su actual evolución, G. ARIÑO ORTIZ (dir), *Principios de Derecho Público Económico*, FERE y Comares, Granada, 3ª ed, 2004, pp. 533 a 670.

¹⁶ Esta aproximación al contenido del servicio público de servicios sociales a través de las prestaciones en BELTRÁN AGUIRRE, *ob. cit.*, pp. 263 a 267.

¹⁷ Artículo 53 de la Ley General de Seguridad Social.

¹⁸ En términos análogos, los artículos 26 y siguientes de la Ley de La Rioja, aunque habla de prestaciones «en especie» para referirse a las denominadas «materiales».

- a) Las *prestaciones técnicas* son: los actos profesionales realizados para atender las necesidades planteadas por los usuarios —actos de información, valoración individualizada, orientación y asesoramiento, intervención social, psicológica o sociológica, protección de personas con capacidad limitada, entre otros— (artículo 16).
- b) Las *prestaciones económicas* son entregas dinerarias, periódicas o de carácter único, concedidas para facilitar la integración social, el cuidado de personas dependientes, paliar situaciones de subsistencia o garantizar mínimos de subsistencia (artículo 17).
- c) Las *prestaciones materiales* son aquellas cuyo contenido técnico o económico es sustituido, en todo o en parte, por su equivalente material —es el caso de la atención en residencias, la atención diurna, la atención domiciliaria, la manutención— (artículo 18)¹⁹.

— La condición de prestación exigible de estas tres clases se establece con el reconocimiento del *derecho de los usuarios a las mismas*, bien en condiciones de universalidad y gratuidad —las técnicas—, bien condicionadas a la acreditación de determinados requisitos de necesidad —las económicas y las materiales— (artículo 19)²⁰.

Como otros servicios públicos análogos —la sanidad—, el legislador combina la referencia a las prestaciones con la ordenación de los medios, materiales y personales, que deben servir para atenderlas; una regulación que permite completar el ámbito del servicio público. La Ley de Madrid vuelve a servir de ejemplo: «*Las prestaciones se dispensarán a través de centros y servicios*» (artículo 15.2). La idea es que no basta con definir prestaciones, sino que la garantía de igualdad exige una determinada ordenación de medios materiales y personales para la efectiva realización de esas prestaciones. Es común, en este sentido, diferenciar los servicios sociales

¹⁹ De esta trilogía, únicamente las prestaciones económicas han suscitado un cierto debate doctrinal sobre su consideración como parte del servicio público o mera medida de fomento —en buena medida por tratarse de «ayudas»—. La doctrina especializada coincide en la calificación de servicio público: inicialmente, BELTRÁN AGUIRRE (*ob. cit.*, p. 266), con nuevos argumentos VAQUER CABALLERÍA (*ob. cit.*, pp. 172 a 176), con una explicación que se comparte. Un estudio detallado de estas prestaciones económicas: MORENO REBATO, *ob. cit.*, pp. 157 a 188.

²⁰ La existencia de esta clase de prestaciones es reconocible, aun sin tanta claridad, en otras leyes autonómicas: artículo 7 de la Ley de Illes Balears, artículo 11 de la Ley de Cantabria, artículo 13 de la Ley de Castilla-La Mancha, artículo 5 de la Ley del País Vasco, y artículos 27 y siguientes de la Ley de la Comunidad Valenciana.

comunitarios, de los servicios sociales especializados, del mismo modo, que se distinguen los centros de servicios sociales básicos, de los centros especializados, siendo los primeros normalmente de competencia municipal²¹.

Con todo, esta explicación no puede ocultar que el esquema tradicional de conformación del servicio público era otro. Las leyes de servicios sociales aprobadas en los años ochenta del siglo pasado describen los centros y servicios sociales, básicos y especializados, sin hacer referencia a las prestaciones que deben ser dispensadas y, por tanto, exigibles por los usuarios; casi la única excepción era la mención expresa de prestaciones económicas. Es gráfica, en este sentido, la Ley de la Comunidad Valenciana al regular conjuntamente los centros y equipamientos (que vendrían a ser las prestaciones técnicas y materiales) con las prestaciones económicas (artículos 27 a 39). No obstante, la identificación de las prestaciones puede ser considerado ya un paso sin vuelta atrás, inevitable para todas las Comunidades Autónomas.

En todo caso, sobre las dos piezas destacadas, prestaciones y centros o servicios, se proyecta el principio general de responsabilidad pública y el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a exigir y obtener prestaciones sociales. Sobre el primero, la Ley de Canarias es concluyente: «*Las Administraciones Públicas deberán cubrir, como mínimo, los servicios básicos correspondientes a los tres niveles anteriores (incluye programas integrados)*» (artículo 5.2). La otra cara de esta explicación es que todas las prestaciones —en el sentido más amplio posible— de índole social no recogidas en este «catálogo» que es competencia administrativa quedan fuera del ámbito del servicio público²².

Aun genérica, la aproximación realizada es suficiente a los fines que se persiguen, el ordenamiento es diáfano: sólo se «gestionan» servicios públicos; desde el artículo 30 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales hasta el artículo 154 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas²³. Sólo los servicios que sean competencia de una

²¹ Es así en todas las leyes autonómicas: Andalucía (artículos 5, 6 y 19), Aragón (artículos 10 y 11), Asturias (artículos 9 y siguientes), Illes Balears (artículos 8 y siguientes, y 16), Canarias (artículos 5, 9 y 13), Cantabria (artículos 4 y 15), Castilla-La Mancha (artículos 4 y 15), Castilla y León (artículos 7, 17 y 35), Cataluña (artículos 9 y siguientes, y 27), Extremadura (artículos 4 y 20), Galicia (artículos 5 y 21), La Rioja (artículos 6 y 31), Madrid (artículos 27 y siguientes, y 46), Murcia (artículos 8 y 24), Navarra (artículos 3 y 6), País Vasco (artículos 6 y 12), y Comunidad Valenciana (artículos 9 y 61).

²² La idea de «catálogo de prestaciones» en el artículo 20 de la Ley de Asturias.

²³ Respectivamente, Decreto de 17 de junio de 1955, de aprobación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y R.D.-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Administración Pública son susceptibles de «gestión» en sentido técnico-jurídico, directa si es con medios propios, e indirecta si lo es con medios ajenos.

1.3. EL ÁMBITO DEL FOMENTO EN LOS SERVICIOS SOCIALES: APUNTE

Como se destacó, todas las normas dedican un espacio importante a un objetivo básico de la acción social: promover, apoyar y cuidar las iniciativas de índole social de entidades, grupos y organizaciones privadas sin ánimo de lucro²⁴.

Lo característico de esta actuación pública es que trata de promover actuaciones privadas, algunas normas hablan de servicios sociales privados²⁵, que se producen fuera del espacio propio de lo que constituye el servicio público, pero que, aun así, son de interés para la colectividad, incluso son de interés público por coincidir con objetivos y fines señalados en las leyes o en la planificación sectorial. Persuasión sin coacción son sus caracteres esenciales²⁶.

Algunas leyes autonómicas expresan lo dicho con notable precisión. La Ley de Aragón precisa lo siguiente: «*La Diputación General de Aragón declarará de interés social a aquellas entidades privadas sin ánimo de lucro que se caractericen por su alto grado de utilidad en la prestación de servicios o en la realización de actividades en materia de acción social y cubran sectores o campos de actuación que no sean desarrollados por las Administraciones Públicas de Aragón*» (artículo 32). Por su parte, la Ley de Madrid se ocupa de evitar la concurrencia de prestaciones, con la siguiente previsión: «*Las subvenciones serán concedidas cuando las entidades, centros, servicios, programas o actividades a que se destinan, guarden correspondencia adecuada con la planificación de servicios establecida por la Administración Pública,*

²⁴ De la promoción e impulso de la iniciativa social, sin ánimo de lucro, como tarea de la Administración Pública se ocupan todas las leyes autonómicas, bien directamente con esa expresión, bien al fijar los principios de la financiación pública. En concreto, esas previsiones se contienen en los siguientes artículos: 25 y 29 de la Ley de Andalucía, 29 de la Ley de Aragón, 44 de la Ley de Asturias, 19 de la Ley de Illes Balears, 14 y 15 de la Ley de Canarias, 20 y 26 de la Ley de Cantabria, 26 y 56 de la Ley de Castilla y León, 28 y 32 de la Ley de Cataluña, 31 de la Ley de Extremadura, 54 de la Ley de Galicia, 38.2 y 46 de la Ley de la Rioja, 56 y 58 de la Ley de la Comunidad de Madrid, 25, 26 y 40 de la Ley de Murcia, 7 de la Ley de Navarra, 25 y 32 de la Ley del País Vasco y 25 y 45 de la Ley de la Comunidad Valenciana.

²⁵ Expresamente, artículo 30.2 de la Ley de Andalucía.

²⁶ En este sentido, con síntesis de la doctrina, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 293 a 296.

y sin que su otorgamiento suponga infrutilización de los servicios públicos» (artículo 60.2).

La otra característica que debe ser destacada tiene que ver con las técnicas jurídicas a través de las cuales se realiza esta política de fomento de la iniciativa social. El apoyo o respaldo de la Administración, de ordinario mediante financiación para un fin determinado, no determina una contraprestación del beneficiario que sirva para atender necesidades u obligaciones propias de aquella. No existe el intercambio patrimonial del contrato administrativo²⁷. Esto explica, entre otras consecuencias, que las subvenciones no generen derecho a renovación, que su cuantía no pueda ser revisada, que de ordinario la misma sea algo inferior al coste real de la actividad, incluso que se vean con recelo subvenciones destinadas a mejorar el equipamiento del beneficiario en lugar de ser aplicadas a la actividad; algo impensable en la prestación de un servicio público social por gestión indirecta. Se volverá más adelante sobre estas notas.

2. FORMAS DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO SOCIAL: GESTIÓN DIRECTA Y GESTIÓN INDIRECTA

2.1. GESTIÓN DIRECTA: ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS NO PERSONIFICADOS

Como es sabido, la gestión directa de servicios públicos consiste en la prestación de los mismos con medios materiales y personales propios de la Administración competente, y ello, con independencia de la forma jurídica que se adopte, personificada o no, pública o privada²⁸.

En el caso de los servicios sociales, es preciso diferenciar dos planos: la dirección y organización de los servicios y la prestación a los ciudadanos. En el primer caso, en línea con la Seguridad Social y la Sanidad pública, se encuentra bastante generalizada la configuración de la Administración

²⁷ Basta comparar el artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Texto Refundido de 2000) con el artículo 2 de la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre). Uno de los elementos esenciales del contrato administrativo es el equilibrio de prestación y contraprestación recibida por la Administración. En cambio, el citado artículo 2 define la subvención como aquella disposición dineraria en que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios —además de que esté sujeta a la realización de una actividad y que fomente una actividad de utilidad pública—.

²⁸ Sobre este concepto, el artículo 41 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de modo indirecto, los artículos 154 y 155 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Social como una entidad pública dotada de personalidad y autonomía de gestión —hasta ahora, en todos los casos, organismo autónomo administrativo²⁹—. En el segundo caso, los centros encargados de prestar los servicios sociales a los usuarios³⁰, se mantiene el modelo tradicional de establecimiento público sin personalidad³¹; en la terminología del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales: con órgano especial de administración (artículo 67.1^a.b). Nada impide dotar de personalidad a estos centros, en particular a los especializados, pero la organización tradicional permanece, tanto en los que son responsabilidad municipal —servicios sociales básicos o comunitarios— como los que competen a la Administración insular, provincial o autonómica —servicios sociales especializados—. En suma, la gestión directa especializada, pero no personificada, es la fórmula de organización de los centros más extendida.

En buena medida, esta opción organizativa es el resultado de la combinación de dos factores esenciales que resultan de las leyes estudiadas. El primero, las leyes autonómicas de servicios sociales de los años ochenta tratan de construir un servicio público a partir de elementos sueltos, superando la beneficencia. Pretenden crear un ámbito de prestación pública, no privada, que se quiere hacer realidad mediante centros y establecimientos de titularidad y gestión pública. El otro factor es el manifiesto rechazo, fundado o no, a la iniciativa privada con ánimo de lucro, que parece llevar hacia aquella forma de prestación en la que ese ánimo no concurre,

²⁹ Instituto Andaluz de Servicios Sociales (artículo 20 de la Ley de Andalucía), Instituto Aragonés de Servicios Sociales (Ley 4/1996, de 22 de mayo), Instituto Balear de Asuntos Sociales (Ley 4/1996, de 19 de diciembre), Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León (Ley 2/1995, de 6 de abril), Instituto Catalán de Servicios Sociales (Ley 29/1984, de 31 de diciembre), Agencias Madrileñas de Gestión de Recursos Sociales (disposición final 1^a de la Ley de Madrid), Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia (artículo 23 de la Ley de Murcia), Instituto Navarro de Bienestar Social (artículo 5.g de la Ley Foral de Navarra) e Instituto Valenciano de Servicios Sociales (Ley 5/1984, de 6 de junio). Ciertamente, no todas las Comunidades Autónomas han asumido este modelo organizativo. Las restantes funcionan con servicios administrativos carentes de personalidad (el equivalente a Direcciones Generales de Servicios Sociales).

³⁰ Se trata de los centros de servicios sociales, centros de día, centros de acogida, residencias, centros ocupacionales, centros de rehabilitación social, entre otros, a los que se refiere la Ley de Andalucía (artículo 12), por citar un ejemplo. Pero que se encuentra en todas las leyes autonómicas.

³¹ El establecimiento público es una unidad orgánica, con o sin personalidad jurídica, dotada de medios materiales, personales y técnicos para la realización de una actividad prestacional a favor de los particulares en cumplimiento de un fin público determinado, que cuenta con cierto grado de autonomía de gestión frente a la autoridad competente en razón del carácter técnico y material de la actividad que despliega. Sobre esta idea, A. GALLEGO ANABITARTE, «*Estudio Preliminar*» del libro de F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1986, pp. IX a XL.

que es la gestión pública. El modo en que estas mismas leyes regulan la colaboración privada confirma sin ambages esta explicación: siempre subsidiaria, rara vez complementaria, y con preferencia de la iniciativa social frente a la «empresarial»; por más que en más de una ocasión la realidad de los servicios se escapa del modelo diseñado por el legislador. Alguna de esas normas da cuenta de este entendimiento con rotundidad. Así, la Ley 8/1985, de 9 de diciembre, de Servicios Sociales de la Región de Murcia, hoy derogada, decía lo siguiente: «*En todo caso, se preferirá la actuación directa a la concertación, y esta fórmula (con entidades sin ánimo de lucro) tendrá preferencia sobre la subvención*» (artículo 74 en relación con el 81).

2.2. GESTIÓN INDIRECTA: EL CONCIERTO Y EL CONVENIO

La gestión indirecta de servicios públicos es aquella que se realiza con medios ajenos, mediante contrato, o, como dice la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuando se encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio de competencia administrativa (artículo 154.1, también 85.2.b de la Ley de Bases de Régimen Local), con independencia de la modalidad elegida, sea concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta (artículo 156 de la citada Ley de Contratos). Claro está que la aplicabilidad de este mecanismo de colaboración depende del cumplimiento de las limitaciones y preferencias legales: que el servicio no implique ejercicio de autoridad y que tenga un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por un empresario privado (artículo 155.1 de la misma Ley)³².

³² De los dos presupuestos —que no implique ejercicio de autoridad y que sea susceptible de explotación económica— quizás éste último sea el que pueda parecer más conflictivo: ¿explotación económica de la asistencia social a los desfavorecidos? Pues bien, esa exigencia tradicional en la legislación de contratos (base IX.2 de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, artículo 63 de la Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y 198 de su Reglamento), que repite la vigente legislación, presenta las siguientes características: a) se predica del servicio público como objeto del contrato administrativo, cualquiera que sea la modalidad elegida después, se trata de una condición previa para poder acudir a la gestión directa; b) este requisito es hijo de su tiempo, en los años sesenta, con esta expresión se quería hacer referencia a los servicios económicos, no a los asistenciales o benéficos, como tampoco a los que implicarán ejercicio de autoridad, quedando ambos fuera de esa modalidad de gestión, así lo explicaba la mejor doctrina (M. CLAVERO ARÉVALO, *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, IEAL, 1952, p. 132, y F. ALBI, *Tratado sobre los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, 1960, pp. 119 a 121). La evolución social, económica y jurídica posterior permite dar por superada esta distinción. No sólo las leyes sanitarias, sociales y educativas admiten sin ambages la gestión indirecta, sino que la propia jurisprudencia parece haber superado este requisito; en alguna

En el caso de los servicios sociales, la aplicabilidad, cuando menos teórica, de este contrato y de sus modalidades no admite discusión. Las prestaciones sociales son competencia administrativa, su dispensación tiene contenido económico susceptible de explotación privada, y, en ningún caso, se produce ejercicio de autoridad pública. Bien distinto es que la tradición jurídica haya excluido algunas de las modalidades de este contrato administrativo —como la concesión, la gestión interesada y el arrendamiento en el ámbito local³³— por razones que, en la actualidad, resultan harto discutibles —como contraponer el ánimo de lucro del concesionario frente al coste tasado del centro concertado, que no tendría aquél ánimo—, o que el legislador sectorial haya establecido preferencias que han reducido la iniciativa privada empresarial en este sector —la prioridad de la iniciativa social frente a la empresarial—. En cualquier caso, esa legislación de contratos es normativa básica, por tanto, de obligado cumplimiento por la Administración Social, sin perjuicio de que el principio general de «libertad de elección del modo de gestión» le permita acudir a una antes que a otra por razones discrecionales. En ella tiene encaje el «concierto»: la forma de colaboración privada paradigmática de gestión de servicios públicos sociales, tanto en las leyes autonómicas, como en la asistencia social de la Seguridad Social³⁴.

Pues bien, como define la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el concierto es aquel contrato de gestión de servicios públicos que se suscribe «con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate» (artículo 156.c, en términos análogos el artículo 143 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). Ahora bien, la «temporalidad» de este tipo de contrato —«no podrá exceder de diez años»—, como la «subsidiariedad» en defecto de servicio público en funcionamiento, como su «provisionalidad» —«quedando automáticamente sin efecto cuando la Corporación tenga instalado un servicio análogo»³⁵, han desaparecido de

sentencia puede leerse: «El contrato celebrado tiene un contenido económico, susceptible de ser prestado por empresario particular, por cuanto no implica el ejercicio de poderes soberanos, por ello la Corporación puede gestionar indirectamente mediante contrato dicho concreto y específico servicio» (STS. de 27 de enero de 1992, Ar. 636).

³³ Expresamente, artículos 43.2 y 138.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

³⁴ Coincide en ello la doctrina especializada: BELTRÁN AGUIRRE, *ob. cit.*, pp. 316 a 325, y VAQUER CABALLERÍA, *ob. cit.*, pp. 135 a 139. En el ámbito de la seguridad social, la referencia al concierto en el artículo 199 de la Ley General de Seguridad Social.

³⁵ Notas que durante años caracterizaron a esta modalidad de gestión indirecta. Artículo 144 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aún vigente, y artículo 205 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, derogado.

la legislación vigente. Nada impide en la actualidad ni su vigencia en términos iguales a otras modalidades —máximo de veinticinco años según el artículo 157.b de la Ley de Contratos—, ni su carácter complementario de prestaciones públicas ya existentes; nada, claro está, salvo el principio de buena administración —artículo 4 de la Ley de Contratos—. Cierto que las restricciones apuntadas subsisten en el ámbito local, pero no así en la legislación básica de contratos; ni siquiera en materia retributiva, donde la diferencia según la cual el concesionario puede percibir tarifas de los usuarios, no así el centro concertado, quiebra en el caso de las plazas concertadas en centros de servicios sociales en los que se prevé la contribución del usuario, e, igualmente, donde la jurisprudencia ha reconocido el principio de riesgo y ventura en las dos modalidades y, con ello, la aplicación al concierto de los mecanismos de garantía del equilibrio económico del contrato³⁶. Casi puede afirmarse que no existe ya otra diferencia que su propio objeto: el concierto se suscribe con aquel sujeto privado que tenga en funcionamiento un servicio análogo al que constituye el servicio público.

Por otra parte, cuando se habla de la gestión de servicios públicos con medios ajenos siempre surge la cuestión de la prestación de servicios públicos mediante convenios de colaboración³⁷.

Se trata de una fórmula que podría resultar válida en el caso de un convenio interadministrativo (artículo 3.1.c de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). En cambio, en el caso de un gestor privado, la utilización de un convenio queda excluida, habida cuenta que esta fórmula sólo resulta viable cuando el objeto del convenio no esté comprendido en los contratos administrativos típicos (artículo 3.1.d de la citada Ley de Contratos). Lo dicho es aplicable sin más a la gestión de los servicios sociales, que son servicio público, pese a la insistencia de las leyes en hablar de «*convenios de colaboración*», como se explica más adelante.

Con todo, cuando se habla de este mecanismo, es posible identificar un supuesto controvertido: la integración de un establecimiento privado en la red pública de centros del servicio público de que se trate, sometándose a sus mismas reglas de organización, funcionamiento, financiación, sin pérdida de la titularidad privada. El debate se reproduce en la asistencia sanitaria pública con los «*convenios singulares de vinculación de hospitales privados*»³⁸. En estos casos, la duda es si se trata de un contrato de

³⁶ Por todas, STS. 14 de mayo de 1999, Ar. 1209.

³⁷ Sobre estos convenios, en general, J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

³⁸ Artículos 66 y 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. La consideración de esos convenios como resolución necesitada de aceptación en A. MENÉNDEZ REXACH,

gestión de servicio público, que se quiere excluir de la publicidad, concurrencia e igualdad, o bien, si se trata de una decisión unilateral administrativa, no de un convenio, necesitado de aceptación, que no precisa concurrencia porque todos cuantos cumplan los requisitos legales y reglamentarios pueden acogerse a su régimen. Por supuesto, quedan fuera de esta discusión los convenios de colaboración que canalizan subvenciones de fomento, claramente sujetos a la excepción del artículo 3.1.d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas³⁹.

3. LA GESTIÓN INDIRECTA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE SERVICIOS SOCIALES

3.1. EL CONCIERTO DE PRESTACIONES TÉCNICAS SOCIALES

La exposición de la regulación autonómica del concierto de servicios sociales exige una acotación previa: la delimitación del servicio que se pretende contratar; lo exigen el artículos 155.2 y 158.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como resulta de la definición legal, el objeto del concierto son prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público, siempre que tengan contenido económico y no impliquen ejercicio de autoridad. En este sentido, todas las prestaciones técnicas que forman parte del servicio público de servicios sociales son susceptibles de esta modalidad de gestión; de encomendar a un gestor privado su realización efectiva con sus propios medios materiales y personales. Por el contrario, quedan excluidas las prestaciones económicas —que implican ejercicio de potestad económica, por tanto, de autoridad— y las materiales —que, de ser contratadas, lo serían bajo la modalidad de contrato de servicios, de lo contrario, dejarían de ser materiales y pasarían a ser técnicas⁴⁰—.

«Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario», Libro de Ponencias III Congreso Derecho y Salud, Pamplona, 1995, pp. 73 a 93; la calificación de contrato de gestión de servicio público en F. J. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 103 a 107. En la legislación se pueden reconocer las dos posiciones: la primera en el Decreto 169/1996, de 23 de mayo, sobre convenios y contratos de gestión de servicios sanitarios del Servicio Catalán de la Salud —artículos 12 y 13—, y la segunda, en el Decreto 165/1995, de 4 de julio, de procedimiento de homologación de centros hospitalarios y suscripción de convenios y conciertos entre la Consejería o el Servicio Andaluz de Salud y entidades públicas como privadas —artículo 13—.

³⁹ Lo ejemplifica la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales sobre normas específicas reguladoras de los convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado.

⁴⁰ El contrato de servicios a que se refiere el artículo 196.3 de la Ley de Contratos de las

Delimitado el objeto —prestaciones técnicas—, lo menos que puede decirse de la regulación de esta modalidad de contrato es que, cuando la misma existe, resulta siempre escasa e incompleta⁴¹. Baste un repaso de las leyes autonómicas estudiadas.

La gestión indirecta de los servicios sociales públicos no siempre se menciona en las leyes autonómicas (así Andalucía, Aragón, Extremadura y La Rioja). Cuando se cita, la referencia suele ser genérica e imprecisa con expresiones como: «*conciertos, convenios u otras formas de cooperación para prestar servicios con medios ajenos*»⁴², o «*gestión indirecta por contrato*»⁴³. Y, cuando el legislador quiere ser más preciso, se limita a mencionar el «*concerto*»⁴⁴. Esa es la figura contractual típica para la gestión de servicios sociales de competencia administrativa; la Ley Foral 20/1985, de 25 de octubre, de Conciertos, es el paradigma⁴⁵.

Por otra parte, en aquellas leyes donde se menciona el concierto es posible reconocer y extraer dos características, aunque no se encuentra en todas. La primera es la subsidiariedad. Esa modalidad contractual sólo se pondrá en marcha en defecto de servicio público⁴⁶. La segunda es la preferencia por la iniciativa privada sin ánimo de lucro en igualdad de condiciones de oferta que la iniciativa empresarial y, dentro de ésta, la prioridad de aquellos centros que atiendan personas en condiciones socio-económicas desfavorables⁴⁷.

En cuanto a su régimen jurídico, algunas de las normas estudiadas hacen referencia a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas como ordenamiento de referencia⁴⁸. En todo caso, la sujeción de

Administraciones Públicas. Como es sabido, a tenor de los requisitos señalados en ese precepto, la nota que caracteriza este contrato es que pretende complementar una actividad administrativa principal aportando elementos instrumentales o secundarios, carácter que resulta, igualmente, de que el beneficiario sea la propia Administración contratante a diferencia del contrato de servicio público en el lo son los usuarios —*uti singuli o uti universi* (en este sentido, Informes 41/1995, de 21 de diciembre, y 4/1996, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación).

⁴¹ Con la salvedad manifiesta de la Ley Foral 20/1985, de 25 de octubre, de Conciertos Sociales.

⁴² Artículo 25 de la Ley del País Vasco y artículo 25.2 de la Ley de Murcia.

⁴³ Artículo 5.2 de la Ley de Canarias y 56.4 de la Ley de Madrid.

⁴⁴ Así el artículo 26 de la Ley de Castilla y León, el artículo 32.2 de la Ley de Cataluña, el artículo 27.1 de la Ley de Galicia, y el artículo 53 de la Ley de la Comunidad Valenciana.

⁴⁵ Esta Ley fue analizada con cierto detalle por BELTRÁN AGUIRRE, *ob. cit.*, pp. 321 a 323.

⁴⁶ Artículo 5.a) de la Ley de Asturias y artículo 26.3 de la Ley de Castilla y León.

⁴⁷ Artículo 32.2 de la Ley de Cataluña, artículo 25 de la Ley de Murcia, artículo 2 de la Ley Foral 20/1985, de Conciertos, artículo 25 de la Ley del País Vasco, y artículo 64.2 de la Ley de la Comunidad Valenciana.

⁴⁸ Artículo 5.2 de la Ley de Canarias, artículo 32.2 de la Ley de Cataluña, artículo 27 de

estos conciertos a esa normativa es incuestionable. La modificación de la Ley Foral de Conciertos es concluyente con respecto a esta cuestión: los conciertos para la prestación de servicios sociales son una modalidad particular del concierto como contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, se someten a la legislación que los regula; en este sentido la disposición derogatoria de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra. Con esta precisión se acaba con la adjudicación directa de esos conciertos como modalidad ordinaria, bien es cierto, por otra parte, que esta sujeción no afecta a las prioridades entre gestores privados, con y sin ánimo de lucro, de aquella ley⁴⁹.

Con respecto a los contratantes, algunas de estas leyes autonómicas, más allá de la autorización previa como entidades prestadoras de servicios sociales e, incluso, de su inscripción en un registro administrativo, condicionan la concertación a que el contratista haya obtenido previamente la homologación o la acreditación⁵⁰. Esta previsión recuerda sobremanera a las condiciones exigidas en los conciertos sanitarios⁵¹. Por supuesto, en la gestión indirecta tiene cabida sin discusión la iniciativa empresarial privada con ánimo de lucro.

Por último, dentro de esta clase de contrato, el concierto de plazas en centros privados de servicios sociales recibe algo de atención, incluso con la previsión de algunas cuestiones sobre condiciones de prestación, vigencia y resolución de esta clase específica de contrato de gestión, de las que destaca su carácter plurianual, la sujeción a un régimen reglamentario de derechos y deberes de los usuarios, y la fijación del precio en función del coste efectivo de prestación de los centros públicos equivalentes⁵².

A modo de balance, si algo resulta claro es que la gestión indirecta, incluso mediante concierto, es algo que la mayor parte de los legisladores

la Ley de Galicia, artículo 36.2 de la Ley de Madrid, artículo 25 de la Ley del País Vasco, y artículo 64.1 de la Ley de la Comunidad Valenciana.

⁴⁹ Lo destaca VAQUER CABALLERÍA, *ob. cit.*, p. 234.

⁵⁰ En realidad, dos de ellas: artículo 32.2 de la Ley de Cataluña y artículo 25.2 de la Ley del País Vasco.

⁵¹ Artículo 90 de la Ley General de Sanidad y sus equivalentes en las leyes autonómicas de ordenación sanitaria.

⁵² Artículo 33 de la Ley de Galicia, artículo 33 de la Ley del País Vasco, al hilo de la contribución económica de los usuarios, y artículos 62 a 68 de la Ley de la Comunidad Valenciana. En este último caso, la redacción legal suscita la duda de si lo que se conciertan son prestaciones técnicas de responsabilidad pública —prestación técnica de residencia—, o si, pese a su denominación, se trata de financiar el acceso privado de ciudadanos a centros de servicios sociales también privados, en lo que se convertiría en una medida de fomento. La respuesta depende del desarrollo reglamentario, pero sobre todo del objeto material que se concierte en cada caso en relación con las prestaciones públicas.

consideran secundario y subsidiario frente a la gestión pública directa, de ahí que sea difícil reconocer principios de regulación que puedan calificarse de comunes. En cualquier caso, pese a sus singularidades, esta modalidad de contrato es un contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, sujeto a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: a sus «cargas» —conurrencia, objetividad, igualdad, publicidad— y a sus «ventajas» —duración plurianual y revisión precios, entre otros—.

3.2. EL «CONVENIO» COMO FORMA DE INTEGRACIÓN EN EL SERVICIO PÚBLICO SOCIAL

Como alternativa al concierto, algunas leyes autonómicas hacen referencia a formas de colaboración en la gestión distintas del concierto y, lo que parece más relevante, al margen de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Es el caso de los «*convenios, conciertos y acuerdos de integración*»⁵³, de los «*convenios y conciertos de colaboración*»⁵⁴, y de los «*convenios plurianuales*»⁵⁵.

Que son, o pretenden ser, algo distinto de los conciertos de gestión de servicios públicos sociales resulta con claridad de algunas de las leyes. Este es el supuesto de la trilogía que formula la Ley de Canarias: «*Las Administraciones Públicas deberán cubrir los servicios básicos ... bien a través de su propia red, utilizando los sistemas de contratación previstos legalmente para la contratación de servicios por las Administraciones Públicas, o en concertación estable con los de los servicios de iniciativa social no lucrativa*» (artículo 5, segundo párrafo). Bien es cierto que la escasa regulación legal de estos convenios paralelos a los conciertos obliga a una aproximación con reservas en la medida que, como se verá más adelante, algunos de ellos podrían ser explicados como medios de ejecución de políticas de fomento de la acción social. La clave se encuentra en el objeto del convenio o concierto de colaboración, pero esto requiere un análisis casuístico, puesto que las leyes ofrecen pocos datos para llegar más allá.

Con todo, en la hipótesis planteada, convenios de colaboración que se presentan como alternativos a los conciertos de servicio público, la voluntad de escapar de la legislación de contratos resulta de difícil justificación.

⁵³ Artículo 14 de la Ley de Canarias y artículo 34 de la Ley de Castilla y León.

⁵⁴ Artículo 5 de la Ley de Canarias, artículo 32 de la Ley de Cataluña, artículo 36.2 de la Ley de Madrid, y artículo 40 de la Ley de Murcia.

⁵⁵ Artículo 44.2 de la Ley Asturias, y artículos 22 y 23 de la derogada Ley 2/1990, de 10 de mayo, de Servicios Sociales de La Rioja.

A priori, estos convenios podrían encajarse en el artículo 3.1.d) de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. No obstante, como se apuntó antes, la dificultad se encuentra en su objeto: se acuerda la prestación de servicios que son iguales a los que conforman el servicio público de servicios sociales, de modo que aquella excepción no resulta aplicable. La única excepción viable sería la previa «integración» en lo que puede denominarse la red de centros de servicios sociales de utilización pública mediante una resolución administrativa basada en los criterios legales y reglamentarios que se señalen, siempre y cuando, claro está, el acceso a esa condición no tenga límites cuantitativos, de lo contrario, la concurrencia pública resulta ser la única garantía para quienes quieran colaborar con el sistema público.

3.3. LA EVENTUALIDAD DE EXCLUIR LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS EN CASO DE INICIATIVA PRIVADA SIN ÁNIMO DE LUCRO

El rechazo de cualquier iniciativa con ánimo de lucro, implícito pero real, que tiene reflejo en la legislación autonómica estudiada, obliga a preguntarse si es posible la adjudicación directa a favor de la iniciativa social, o, en el peor de los casos, el concurso reducido a esta clase de gestores. En otras palabras, si es posible excluir la aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas —no tanto su régimen jurídico como los principios básicos de igualdad, objetividad, publicidad y, sobre todo, concurrencia—, en la colaboración de particulares con el servicio público de servicios sociales; o bien, impedir la concurrencia de las empresas, restringiendo los requisitos subjetivos para contratar.

La legislación vigente permite dar una respuesta diáfana: la condición sin ánimo de lucro no puede convertirse en causa que permita excluir a las entidades con ánimo de lucro de la contratación, ni tampoco la concurrencia pública —el concurso—. La disposición adicional octava, apartado segundo, de la citada Ley de Contratos tan sólo permite que, en igualdad de condiciones en el concurso, la adjudicación favorezca a aquella entidad concursante que carezca de ánimo de lucro. El carácter básico de esta Ley cierra la posibilidad de que, por vía autonómica, se establezcan excepciones a esta norma⁵⁶.

Lo dicho, sin embargo, no significa que esa limitación sea insalvable, tan sólo que, en estos momentos, ese es el derecho vigente y aplicable.

⁵⁶ Para una explicación de otras cláusulas sociales en la contratación pública, la exposición de MORENO REBATO, *ob. cit.*, pp. 231 y siguientes.

En modo alguno puede olvidarse que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido, con ciertos matices, que es competencia de los Estados ordenar los Sistemas de Seguridad Social y que, en aras a la estabilidad financiera de éstos, es admisible que se reduzca la colaboración privada a aquellas entidades, instituciones y asociaciones que carezcan de ánimo de lucro⁵⁷. Es cierto que la proyección de este criterio tropezaría con la dificultad de incluir los servicios sociales autonómicos dentro del ámbito delimitado por el juzgador comunitario, que se refiere a la seguridad social⁵⁸. Pero, dejando de lado esta cuestión, lo cierto es que el ordenamiento español vigente no reconoce esta excepción.

4. EL FOMENTO DE LA INICIATIVA SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

4.1. PRESUPUESTOS, REQUISITOS Y CONDICIONES

Como quedó dicho, todas las leyes de servicios sociales coinciden en el reconocimiento de la iniciativa social: la realización de acción de carácter social por entidades privadas que, pese a la diversidad de formas —fundaciones, asociaciones, agrupaciones—, comparten la condición de carecer de ánimo de lucro⁵⁹. No existen excepciones a esta característica.

El fin perseguido por el legislador también es coincidente: promover, impulsar y, en su caso, aprovechar para el sistema público de servicios sociales, la acción de estas entidades⁶⁰. En términos de actividad administrativa: fomentar su actividad mediante financiación pública por ser la misma de interés público. Y ello, con independencia de su colaboración en la prestación del servicio público de servicios sociales; algunas leyes formulan esta distinción de ámbitos de intervención: el servicio y el fomento⁶¹.

Sentadas las dos premisas anteriores, la lectura de las leyes autonómicas estudiadas permite reconocer un esquema común, más allá de algunas

⁵⁷ STJCE de 17 de junio de 1997, C-70/95, apartado 32. Comentada por VAQUER CABALLERÍA, *ob. cit.*, p. 238.

⁵⁸ Los servicios sociales autonómicos son complementarios de la acción social de la Seguridad Social (lo recuerda, por ejemplo, el artículo 23 de la Ley de Asturias), pero no son Seguridad Social ni forman parte de su sistema financiero; esto último queda claro en la STC. 239/2002 sobre la ampliación de las pensiones de jubilación por parte de la Junta de Andalucía.

⁵⁹ Esta definición, por ejemplo, en el artículo 28 de la Ley de Cataluña.

⁶⁰ Literalmente: «promover y fomentar», por ejemplo, artículo 38.2 de la Ley de La Rioja.

⁶¹ Artículos 26.2 y 3 de la Ley de Castilla y León, artículos 32.1 y 2 de la Ley de Cataluña, artículo 27 de la Ley de Galicia, y artículos 56 y 57 de la Ley de Madrid.

notas de carácter singular⁶². Las piezas básicas sobre las que descansa esta colaboración (fomento) de la iniciativa social son las siguientes:

- En cuanto a los *solicitantes* (beneficiarios): las entidades privadas deben carecer de ánimo de lucro⁶³, encontrarse inscritas como entidades colaboradoras en un registro administrativo creado al efecto, cumplir la normativa específica de la actividad y, en alguna ocasión, además, estar homologadas o acreditadas para este tipo de colaboración con la Administración Social. También se repite la exigencia de funcionamiento democrático y un nivel de participación en la gestión equivalente al existente en los centros públicos de servicios sociales.
- En cuanto al *fin perseguido*, las leyes utilizan indistintamente los términos «colaborar» e «integrarse» en el sistema público de servicios sociales, en la consecución de sus objetivos. En algún caso, las normas mencionan que se fomentan acciones sociales de las que no se ocupa la Administración y, en otro caso, se indica que esta promoción no puede ir en detrimento de las prestaciones propias del servicio público⁶⁴.
- En cuanto al *objeto*, se encuentra bastante generalizada la exigencia de que los programas y proyectos que pretendan desarrollarse se adecuen a la planificación sectorial, incluso que los proyectos y presupuestos sean aprobados por la Administración.
- En cuanto a *cargas y controles*, además de la principal de cumplimiento del programa o actividad aprobado y subvencionado, estas entidades deben aceptar someterse al control público de su actividad —en particular, en cuanto se refiere a las normas de acceso y

⁶² Artículos 25 y 29 de la Ley de Andalucía, artículos 29 y 32 de la Ley de Aragón, artículo 44.1 de la Ley de Asturias, artículos 19 y 20 de la Ley de Illes Balears, artículos 14.3 y 25 de la Ley de Canarias, artículo 20 de la Ley de Cantabria, artículo 25 de la Ley de Castilla-La Mancha, artículo 26 de la Ley de Castilla y León, artículo 32 de la Ley de Cataluña, artículo 31 de la Ley de Extremadura, artículos 55 y 56 de la Ley de Galicia, artículo 46.2 de la Ley de La Rioja, artículo 60, 56.5 y 6 de la Ley de Madrid, artículo 40.2 de la Ley de Murcia, artículo 7 de la Ley Foral de Navarra, artículo 26 de la Ley del País Vasco, y artículo 56.1 de la Ley de la Comunidad Valenciana.

⁶³ La vigente redacción de los artículos 25 de la Ley de Andalucía, 29 de la Ley de Aragón y 55 de la Ley de Galicia, las dos primeras modificadas expresamente (Ley 15/2001, de 26 de diciembre y Ley 6/1992, de 4 de mayo), que equiparan la iniciativa social con y sin ánimo de lucro a los efectos de acceder a esta clase de medidas públicas, no puede llevar a confusión. La escasísima regulación de esas normas en materia de fomento de la iniciativa social se encuentra detrás de esa «ampliación», admisión de la iniciativa privada con ánimo de lucro, pero sus exposiciones de motivos siguen siendo elocuentes, el fomento de la iniciativa social sin fin de lucro es el objetivo primario.

⁶⁴ Respectivamente, artículo 32 de la Ley de Aragón y artículo 20 de la Ley de Cantabria.

utilización de los centros «subvencionados»— y, en todo caso, al control financiero de los fondos recibidos.

El cumplimiento de estos requisitos es condición para acceder a la financiación pública de apoyo a la actuación de estas entidades de iniciativa social. Es importante destacar que el acto de aprobación del proyecto, programa o actividad, incluso la declaración de conformidad con la planificación sectorial vigente —planes de servicios sociales— tiene naturaleza de acto administrativo unilateral y es presupuesto del acceso a la financiación pública; y ello, con independencia del modo, expreso o tácito, en que se pueda producir.

4.2. LA FINANCIACIÓN PÚBLICA: «DE LA SUBVENCIÓN AL CONCIERTO»

A partir de este punto, la legislación resulta algo confusa. El legislador autonómico quiere dejar atrás la política de subvenciones incondicionadas, a favor de mecanismos jurídicos de financiación de carácter bilateral que permitan, además, condicionar y modular la aplicación de los recursos públicos. Algunas leyes lo expresan directamente. Es el caso del artículo 20.2 de la Ley de Cantabria: «*Una vez aprobados el programa y el presupuesto, la entidad podrá ser financiada mediante concierto, que sustituirá progresivamente el régimen de subvenciones, garantizando siempre la autonomía de la entidad en la gestión del servicio*»⁶⁵.

En todo caso, los términos empleados por el legislador para referirse a la financiación pública y, en su caso, a su condicionamiento, son de lo más variopinto. En unos casos, las leyes sólo hablan de «subvenciones» y de «ayudas»⁶⁶. En otros, se refiere a «subvenciones a través de convenios o conciertos»⁶⁷. Para concluir en la fórmula más generalizada que expresa la voluntad de sustituir la subvención por fórmulas de colaboración o cooperación diversas como: «convenios plurianuales»⁶⁸, «conciertos y convenios plurianuales»⁶⁹, «conciertos»⁷⁰, «convenios de integración»⁷¹, «convenios de

⁶⁵ También, el artículo 32.1 de la Ley del País Vasco y el artículo 35 de la Ley de Baleares.

⁶⁶ Artículo 57 de la Ley de Galicia, artículo 60 en relación con el 56.6 de la Ley de Madrid, artículo 7 de la Ley Foral de Navarra —que emplea el término «ayudas»— y el artículo 32.1 de la Ley del País Vasco que habla de «subvenciones y ayudas».

⁶⁷ Es el caso del artículo 46.2 de la Ley de La Rioja y del artículo 40.1 de la Ley de Murcia.

⁶⁸ Artículo 44.2 de la Ley de Asturias.

⁶⁹ Artículo 14.1 y 2 de la Ley de Canarias.

⁷⁰ Artículo 20 en relación con el 35 de la Ley de Baleares, artículo 20 de la Ley de Cantabria y artículo 56.1 de la Ley de la Comunidad Valenciana.

⁷¹ Artículo 26.4 de la Ley de Castilla y León.

colaboración»⁷², «*convenios-programa para servicios específicos*»⁷³, y «*formulas condicionadas*»⁷⁴.

Ni la disparidad terminológica, ni la identidad con los empleados en la gestión de servicios públicos, sobre todo cuando se habla de conciertos, pueden llevar a confusión. Estas fórmulas no son sino el mecanismo de formalización de aceptación de la subvención pública —financiación—; en rigor, como mucho, se trata de nuevos ejemplos de la «*gestión concertada*» como técnica de fomento. Siendo así, como todo el régimen de subvenciones, se trata de resoluciones administrativas necesitadas de aceptación, acto que se acompaña de cargas y modos que son las que se formalizan a través de esos conciertos, convenios y acuerdos⁷⁵. El objeto de estas técnicas habla por sí sólo: no existe contraprestación directa en favor de la Administración, sino que ésta apoya iniciativas particulares que entran dentro de lo que son intereses generales en el ámbito social⁷⁶. En consecuencia, su régimen jurídico debe reconducirse hacia el que es propio de las subvenciones, sin perjuicio de las especialidades que pudiera establecer la legislación sectorial⁷⁷.

⁷² Artículo 32.1 y 41 de la Ley de Cataluña.

⁷³ Artículo 31.2 de la Ley de Extremadura.

⁷⁴ Artículo 32.1 de la Ley del País Vasco.

⁷⁵ Este planteamiento en el trabajo clásico de A. GALLEGO ANABITARTE, «*La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración*», en Libro Homenaje a J. GALVÁN ESCUTIA, Universidad de Valencia, 1980, pp. 191 a 260; puesto al día en «*Estudio Preliminar*» del libro de F. IGLESIAS GONZÁLEZ, *Régimen Jurídico de la Protección, la Promoción y la Adquisición de Viviendas*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 19 a 65, en particular conclusión en p. 57.

⁷⁶ En torno a la naturaleza jurídica de las subvenciones, con planteamientos divergentes, concepto estricto y amplio —toda clase de ayudas públicas—, los trabajos de G. FERNÁNDEZ FERRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, y J. M. DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Instituto de Estudios Fiscales e Instituto de Crédito Oficial, Madrid, 1985.

⁷⁷ Esos conciertos, convenios o acuerdos son reconducibles a la terminación convencional del procedimiento administrativo (artículo 88 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común y artículo 7 del R.D. 2225/1993, de 17 de diciembre, de procedimiento para la concesión de subvenciones).

5. EL CONFLICTO: EL USO DE TÉCNICAS DE FOMENTO EN LUGAR DE FORMAS DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Como se avanzó al comenzar este estudio, la necesidad de aclarar los tipos de intervención pública en el ámbito social y los fines perseguidos, imprescindible para acotar el alcance de la colaboración de la iniciativa privada en cada caso, resulta tanto o más necesario a tenor del uso indiscriminado, indistinto, y, en ocasiones, impreciso, de conceptos y categorías por las leyes autonómicas de servicios sociales.

En este sentido ha quedado en evidencia que no pocas de esas leyes, cuando ordenan la iniciativa social, utilizan términos susceptibles de otra interpretación. Así aquellos casos en que se habla de colaboración para la integración en el sistema público —que parece más propio de la gestión de un servicio público—, del uso indistinto del concepto colaborar tanto para la gestión como para el fomento, de expresiones como promover la prestación de servicios sociales —¿públicos o privados?—, de la aprobación del proyecto de actuación por la Administración y su conformidad con el plan sectorial, del control público sobre la actividad hasta llegar a un uso indistinto del concierto como paradigma de la colaboración privada sea cual sea su fundamento. La colocación de cada uno en su sitio resulta una labor indispensable para evitar situaciones de incertidumbre jurídica. A ello responden las líneas anteriores.

Ahora bien, el problema advertido y estudiado tiene otra vertiente: el uso de técnicas propias del fomento —financiación pública de actividades privadas de interés general— con el fin de atender prestaciones que son responsabilidad pública. En otras palabras, el empleo de técnicas de fomento como alternativa para la gestión de los servicios sociales públicos. La situación no es teórica. En un ámbito de actuación pública en donde la idea de servicio público es tan reciente, tanto que aún se encuentra en fase de consolidación, es fácil que, pese al cambio legal, subsista la técnica tradicional de subvencionar iniciativas privadas de interés público, que sin embargo forman parte de lo declarado como servicio público. Y es posible que ocurra, entre otras razones, porque el servicio público exige un compromiso financiero estable, con partidas ampliables en función de las necesidades sobrevenidas que precisen atención, que no es exigible en la política de fomento. Que no se trata de una quimera es evidente a tenor de los conflictos que, año tras año, suscitan determinados centros especializados privados sobre la renovación, incluso ampliación, de las ayudas y subvenciones de las que dependen. En este sentido, como quedó apuntado, la clave es la existencia o no de contraprestación a la Administración

que «subvenciona». Cuando existe, esa colaboración es propia de la gestión indirecta de un servicio público, cualquiera que sea la denominación o la técnica empleada. En cambio, cuando aquella contraprestación no se reconoce, cuando la actividad no se corresponde con una competencia administrativa de naturaleza prestacional, su explicación debe situarse en el fomento de la iniciativa social, y, por tanto, en las normas propias de esta clase de actividad administrativa.