



**AL DEPARTAMENTO DE BIENESTAR SOCIAL Y FAMILIA
DEPARTAMENTO DE SANIDAD
GOBIERNO ARAGÓN**

D. Arturo Corts Ruiz, mayor de edad, con DNI 75.934.798-E, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE), con CIF G83040659, y domicilio social en Madrid, Calle Gobelás, número 25-27 (28023), teléfono 91 277 52 38 y correo electrónico acorts@asade.eu;

EXPONE

Que, en relación con la consulta pública, previa a la elaboración del Anteproyecto de Ley de Acción Concertada para la prestación a las personas de servicios en el ámbito social y sanitario, publicada en fecha de 17 de junio de 2024, e impulsada por la Comunidad Autónoma de Aragón, interesa a esta Patronal, realizar las siguientes;

MANIFESTACIONES

PRIMERA. – ANTECEDENTES.

- a. **STJUE ASADE I Y AUTO ASADE II, STSJ VALENCIA N° 339/2023, STSJ ARAGÓN N° 65/2024: LA ACCIÓN CONCERTADA ES UN CONTRATO DE SERVICIOS.**

En primer lugar, es preciso poner de manifiesto que la Acción Concertada, es, -según los pronunciamientos del TJUE, ASADE I y ASADE II, y del TSJ de Valencia en su Sentencia número 339/2023, y del TSJ de Aragón en su Sentencia número 65/2024-, **un contrato de servicios sujeto a la Directiva 2014/24/UE y por lo tanto sujeto también a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público**, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (“LCSP”).

El 14 de julio 2022 el TJUE dictó Sentencia en el asunto C-436/2020 (ASADE I) promovido a instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana. Y posteriormente dictó Auto de 31 de marzo de

2023 (ASADE II), promovido por el TSJ de Aragón. En esencia, **ambos pronunciamientos concluyen que la acción concertada es un contrato.**

Además, es preciso destacar lo alegado por la Abogada General en los puntos 125 y 126 de sus conclusiones y que esta Patronal comparte: “(...) **no alcanzo a entender cómo la exclusión automática de las entidades con ánimo de lucro del ámbito de la normativa nacional garantiza la adecuada prestación de los servicios controvertidos (...). Además, tal exclusión automática no parece contribuir a la calidad, la continuidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de dichos servicios (...)** parecería más pertinente centrarse en la capacidad para prestar servicios sociales de calidad y eficientes en relación con los costes, en lugar de en la naturaleza de la entidad que los presta. **En consecuencia, en mi opinión es inconcebible que tal exclusión esté justificada o sea proporcionada, de modo que es contraria al principio de igualdad de trato**”.

(Énfasis añadido)

Por otro lado, el Auto ASADE II, -que aplica la doctrina de la Sentencia del TJUE, ASADE I- ha sido interpretado por el TSJ de Aragón en su Sentencia número 65/2024, tal y como se explicará más adelante, **y concluye igualmente que la acción concertada es un contrato.**

a.1 LA SENTENCIA DEL TSJ DE VALENCIA:

La Sentencia 339/2023, del TSJ de Valencia, **interpreta la STJUE, ASADE I, y concluye que el régimen de la acción concertada se configura como un instrumento de naturaleza contractual;** y por ello, anula, parcialmente, el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre de 2017, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana por entidades de iniciativa social, el cual desarrolla la Ley 5/1987, de 25 de junio por la que se regula el sistema de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana, en su versión modificada por la Ley 13/2016, que introduce la acción concertada como modalidad de contratación de servicios sociales.

a.2 LA SENTENCIA Nº 65/2024 DEL TSJ DE ARAGÓN:

También el TSJ de Aragón, en su Sentencia número 65/2024, ha interpretado la STJUE ASADE I y el Auto ASADE II, en el mismo sentido, esto es, **que la acción concertada, es un contrato, y como tal se encuentra sujeto tanto a la Directiva 2014/24/UE, como a la LCSP.**

Además, la STSJ Aragón número 65/2024, ha desplazado la aplicación de los artículos 1 a 3 de la vigente Ley 11/2016, de 15 de diciembre de Acción Concertada (“**Ley 11/2016**”) en aplicación de la doctrina emanada del TJUE en los asuntos ASADE I y ASADE II, iniciados por esta Patronal.

Los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 11/2016, cuya aplicación ha sido desplazada por la Sentencia número 65/2024, establecen:

“Artículo 1. Objeto. Esta ley tiene por objeto establecer las medidas necesarias para la aplicación del régimen de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario en la Comunidad Autónoma de Aragón.

*Artículo 2. Prestación de servicios a las personas. Las Administraciones públicas competentes podrán gestionar la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario de las siguientes formas: a) Mediante gestión directa o con medios propios. b) Mediante gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público. c) **Mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro.***

*Artículo 3. Concepto y régimen general de la acción concertada. Los acuerdos de acción concertada **son instrumentos organizativos de naturaleza no contractual**, con las garantías de no discriminación, transparencia y eficiencia en la utilización de fondos públicos, que atienden a la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental, a través de los cuales las Administraciones públicas competentes podrán organizar la prestación a las personas de servicios de carácter social o sanitario cuya financiación, acceso y control sean de su competencia, al producirse una mejor prestación conforme a los citados objetivos, ajustándose al procedimiento y requisitos previstos en esta ley y en la normativa sectorial que resulte de aplicación.”*

(Énfasis añadido)

Pues bien, la Sentencia número 65/2024, establece que los servicios prestados al amparo de la Acción Concertada **constituyen servicios en el sentido de la Directiva 2014/24/EU, produciendo por consiguiente el desplazamiento de los tres primeros artículos de la Ley 11/2016**, veámoslo:

*“Por otra parte, en segundo lugar, el Tribunal señala que algunos servicios sociales de asistencia a las personas, a los que se asigna como forma de gestión la acción concertada, **tienen carácter económico, y, por consiguiente, constituyen servicios en el sentido de la Directiva 2014/24.***

(...)

La consideración como contratos públicos de este tipo de acuerdos, y por consiguiente, sujetos a la Directiva de contratación 2014/24, desplaza la calificación y la sistemática que se diseña en los tres primeros artículos de la Ley 11/2016”.

(Énfasis añadido).

Asimismo, la Sentencia número 65/2024, sostiene que lo anterior supone el desplazamiento de la Ley 11/2016 que concibe a la Acción Concertada como una tercera categoría en la gestión de servicios, y desplaza la definición, naturaleza y esquema de gestión contenido en el artículo 2, veámoslo:

“(...) Tal declaración, supone el desplazamiento de la regulación autonómica que concibe la acción concertada como un tertium genus en la gestión de servicios, como se desprende del artículo 2 de la Ley 11/2016. Desplaza la definición, la naturaleza que se le otorga y el esquema de gestión que se realiza en dicho artículo 2 (...).”

(Énfasis añadido).

También, la Sentencia número 65/2024, ha señalado que el TJUE ha descartado la calificación que el artículo 3 de la Ley 11/2016 realiza sobre los acuerdos de Acción Concertada como de naturaleza no contractual, y señala que dichos acuerdos no deben quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE, veámoslo:

“(...) Y a nuestros efectos, lo primero que el TJUE descarta es la calificación que la Ley 11/2016 ofrece en su artículo 3 de este tipo de acuerdos de acción concertada como “instrumentos organizativos de naturaleza no contractual”. Efectivamente, se dice en el apartado 55 de la Sentencia de 14 de julio de 2022, que “la calificación que el Derecho español de a los acuerdos de acción concertada carece de pertinencia” y añade que la denominación que se les da en el artículo 3 de la Ley aragonesa, como antes en la Ley valenciana 5/1997, “no basta para que queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 – apartado 56-(...)”

(Énfasis añadido).

Asimismo, el derogado Reglamento de desarrollo de la Ley 11/2016, esto es la Orden CDS/2042/2017, de 30 de noviembre, -por la que se regulaba la Acción Concertada en materia de prestación de servicios sociales en Aragón, también fue anulada por la Sentencia número 269/2020 de la Sección número 1 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Así, la anulación de la Orden CDS/2042/2017, supuso la entrada en vigor de la Orden CDS/124/2021, -que también ha sido anulada por la STSJA 424/2022, de 14 de diciembre de 2022, y que es firme, tal y como se acredita mediante la Orden BSF/332/2024, de 3 de abril, por la que se dispone la publicación de la parte dispositiva de la Sentencia número 424/2022, de 14 de diciembre de 2022, dictada por la Sección número 1 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, **declarando la nulidad de la Orden CDS/124/2021**, de 22 de febrero, por la que se regula la Acción Concertada en materia de prestación de servicios sociales en Aragón.

La consecuencia lógica de lo anterior es que el Gobierno de Aragón, no puede elaborar un Anteproyecto de Ley de Acción Concertada, sin tener en cuenta que la aplicación de los tres primeros artículo de la Ley 11/2016, ha sido desplazada por la STSJA número 65/2024, y que su reglamento de desarrollo la Orden CDS/124/2021, ha sido declarado nulo y es firme, sin embargo el nuevo Decreto 100/2024, que sustituye a la Orden/124/2021, y publicado en el Boletín Oficial de Aragón (“BOA”) el pasado día 28 de junio de 2024, continúa sin respetar los pronunciamientos del TJUE en los asuntos ASADE I y ASADE II, ni los del TSJ de Aragón, tal y como se expondrá en el último apartado de este escrito de manifestaciones.

Por lo tanto, debe de quedar claro que, de cara a la redacción del Anteproyecto de Ley, el hecho de que la Acción Concertada es una figura contractual, sujeto a la Directiva 2014/24/UE y a la LCSP y, por lo tanto, no deben excluir a ninguna entidad ni establecer preferencias por las entidades sin ánimo de lucro.

Asimismo, no existe en toda la Directiva 2014/24/UE, ni una sola alusión a entidades sin ánimo de lucro, más allá de la recogida en el artículo 10.h) en relación con la exclusión de la misma, de determinados **servicios de emergencia** a prestar por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro tal y como se expone a continuación:

*h) servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales prestados por organizaciones o asociaciones **sin ánimo de lucro** e incluidos en los siguientes códigos CPV: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9; 85143000-3, salvo los servicios de transporte en ambulancia de pacientes;*

(Énfasis añadido)

Reiteramos en este punto, que la Directiva se refiere a **servicios de emergencia**, por lo tanto, restringir la participación en la prestación de servicios sociales y sanitarios, a entidades como mis representadas, amparándose en preceptos que no les son aplicables y que no encajan en la regulación contenida en la disposición adicional 49^a, ni en el artículo 11.6 de la LCSP no puede reputarse como una buena práctica que garantice los principios que rigen toda contratación pública, y por lo tanto debe de eliminarse dicha preferencia por las entidades “*sin ánimo de lucro*”.

En consonancia con lo anterior, es necesario apuntar que la DA 49^a de la LCSP, tampoco establece preferencia alguna a favor de entidades sin ánimo de lucro, como se puede observar a continuación:

“Disposición adicional cuadragésima novena. Legislación de las Comunidades Autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social.

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”.

(Énfasis añadido)

Como se puede observar, en ningún punto de la DA 49ª de la LCSP, se establece la posibilidad de priorizar a las entidades sin ánimo de lucro, mediante el uso de instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social, en detrimento de otras entidades como las que integran esta Patronal, ya que conllevaría, lógicamente, a una restricción en la concurrencia y a una excepción a los principios generales que rigen en materia de contratos del sector público.

Tampoco el artículo 11.6 de la LCSP, establece preferencia alguna por entidades sin ánimo de lucro, ya que se refiere a **entidades privadas**, tal y como extractamos a continuación:

*“6. Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por **entidades privadas**, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”.*

(Énfasis añadido)

Por último, es preciso señalar que si bien la D.F. 14ª de la LCSP, se refiere a que los **Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social y Empresas de Inserción Reguladas, no tendrán ánimo de lucro**, dicha reserva de contratos es exclusiva para Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social y Empresas de Inserción Reguladas, sin ánimo de lucro, **y por lo tanto es ajena al caso que nos ocupa**, ya que se refiere a un supuesto distinto al de la Acción Concertada y por lo tanto no es trasladable aquí, veámoslo:

Disposición final decimocuarta. Modificación del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Se añade un apartado 4 al artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre:

*«4. Tendrán la consideración de **Centros Especiales de Empleo de iniciativa social** aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que **no tengan ánimo de lucro** o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público,*

cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.»

(Énfasis añadido)

Reiteramos, en este punto que no existe ningún apartado ni en la directiva ni en la LCSP, que permita establecer preferencias por entidades sin ánimo de lucro, para la prestación de servicios socio sanitarios, por lo tanto, como propuesta de buena práctica regulatoria sería recomendable no incluir preferencia alguna en el Anteproyecto de Ley de Acción Concertada, a favor de las entidades sin ánimo de lucro en detrimento de otras entidades como las que integran esta patronal, únicamente por su forma jurídica, ya que de lo contrario se estaría vulnerando lo establecido tanto en la DA 49ª como en el artículo 11.6 de la LCSP, que en modo alguno recogen dicha posibilidad.

Continuar con la preferencia establecida actualmente por las entidades sin ánimo de lucro, en la redacción del Anteproyecto de Ley de Acción Concertada, tendría como consecuencia continuar en la misma situación que se da en la actualidad, esto es, de vulneración de la libre competencia al impedir la concurrencia de los todos operadores de mercado en igualdad de condiciones al priorizar a las entidades sin ánimo de lucro, continuando con la vulneración tanto de la normativa como de los principios básicos que rigen toda contratación pública.

Reiteramos que no se debe de establecer preferencia alguna por las entidades sin ánimo de lucro en detrimento del resto de entidades, ya que tanto la DA. 49ª como el artículo 11.6 de la LCSP, son claros al establecer expresamente que la prestación de los servicios sociales se podrá realizar por **entidades privadas**, y sin embargo nada dice sobre que tenga que realizarse a través de entidades sin ánimo de lucro.

De no corregirse esta redacción en el anteproyecto de Ley de Acción Concertada, nos encontraríamos exactamente ante la misma situación de discriminación que soportan las entidades distintas a las entidades sin ánimo de lucro, lo que además vulnera, a nuestro juicio, lo establecido en los artículos 1 y 132.1 de la LCSP que consagran, con carácter general, en el ámbito de la contratación del sector público, los principios de libertad de acceso a las licitaciones, igualdad de trato y no discriminación,

transparencia y proporcionalidad, proscribiendo expresamente y de forma taxativa la posibilidad de limitar la participación “*por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación*”.

En términos similares, la Directiva 2014/24/UE establece en su artículo 18 (y concordantes) que los poderes adjudicadores “*tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada*”, entendiéndose por “*operador*” cualquier “*persona física o jurídica o agrupación*” que “*ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios*”, al margen de la forma jurídica que tales personas adopten (vid. artículo 2.1.10).

Por otro lado, los principios rectores recogidos en los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), conducen a entender que la utilización de instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social, según lo establecido en la DA 49ª y el artículo 11.6 de la LCSP, ha de reputarse necesariamente como un supuesto absolutamente excepcional cuya aplicación, por su propia naturaleza, exige una motivación reforzada, adecuada y rigurosa, y su interpretación y efectos de forma restrictiva, -y reiteramos nada dicen que deba de establecerse a través de entidades sin ánimo de lucro-.

Asimismo, la utilización de los instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social, no resulta de obligada aplicación para los poderes adjudicadores, por lo que ha de conceptuarse como una facultad de carácter discrecional que, consecuentemente, requiere de la necesaria motivación (vid., con carácter general, el mandato establecido en el artículo 35.1.i de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“LPAC”).

Por lo anterior, esta Patronal, entiende, que sustentar la aplicación de la excepcionalidad prevista en la citada disposición adicional 49ª, de la LCSP, estableciendo una errónea equivalencia entre las entidades de iniciativa social “*sin ánimo de lucro*” y las que se refiere el artículo 11.6 de la LCSP “*entidades privadas*”, es errado y debe de corregirse en el Anteproyecto de Ley de Acción Concertada.

Además, de lo señalado, debemos de destacar que la Orden de la Consejera de Bienestar Social y Familia y del Consejero de Sanidad, por la que se acuerda el inicio del procedimiento de elaboración del anteproyecto de Ley de Acción Concertada para la prestación a las personas de servicios de ámbito social y sanitario (“**Orden de Inicio**”), continúa a pesar de los pronunciamientos del TJUE ASADE I y ASADE II, y del TSJ Valencia, y TSJ Aragón, erróneamente concibiendo, la acción concertada como una tercera vía, tal y como se extracta a continuación:

*“(...) se configuró la acción concertada **como una tercera vía** en su modo de provisión, que vendría a acompañar a la gestión directa a través de medios propios y a la gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público, concretándose su regulación, en Aragón, en la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario”.*

(Énfasis añadido)

Sin embargo, tal y como ya se ha explicado, el TSJ de Aragón, mediante su Sentencia número 65/2024, ya ha rechazado expresamente que la acción concertada sea una tercera vía, sino que lo que realmente es, es un contrato y como tal, queda sujeto a la Directiva 2014/24/UE y, por ende, a la LCSP.

Por lo tanto, no quedando justificada la denominación de la acción concertada como una tercera vía, procede desecharla definitivamente de la redacción del anteproyecto de Ley, ya que de lo que se trata es de un verdadero contrato de servicios y como tal está sujeto a las Directivas y a la normativa de contratación.

Por otro lado, si bien la Orden de Inicio, reconoce la problemática de limitar la concurrencia a entidades sin ánimo de lucro y afirma que persigue la utilización de los acuerdos de acción concertada mediante entidades públicas y privadas, con independencia del fin lucrativo, **-concluye en contradicción con lo que previamente expone-, estableciendo que, exclusivamente se podrá concertar con entidades privadas con ánimo de lucro, en ausencia de entidades de iniciativa social**, veámoslo:

“La práctica, sin embargo, ha puesto de manifiesto la problemática de limitar la posibilidad de concurrir a esta figura únicamente a entidades sin ánimo de lucro, resultando en ocasiones los conciertos desiertos e impidiendo, o retrasando, la prestación de estos servicios tan necesarios.

Por ello, a través de la presente ley se persigue configurar un marco normativo que permita instrumentar acuerdos de acción concertada para la prestación de estos servicios a entidades públicas y entidades privadas, con independencia de que éstas persigan o no un fin lucrativo, siempre que se reúnan las condiciones que en ella se determinen”.

(...) justifica que el recurso a entidades privadas con ánimo de lucro sea excepcional, pudiendo las Administraciones Públicas aragonesas con competencias en materia sanitaria y de servicios sociales concertar con ellas, única y exclusivamente, en ausencia de entidades de iniciativa social que reúnan los requisitos exigidos.

Así, sin perjuicio de que esta nueva regulación permita concurrir a la concertación a entidades privadas con ánimo de lucro, la prioridad que ostentan aquellas que carecen de él se estima suficiente para advertir y ponderar el valor social y la función que realizan estas entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de los servicios a las personas, al estar presidida su actuación por el principio de solidaridad”.

(Énfasis añadido)

Esta redacción, es inaudita ya que choca frontalmente con los pronunciamientos del TJUE ASADE I y ASADE II, y del TSJ Valencia, y TSJ Aragón, ya citados, y debe de corregirse, puesto que continúa discriminando al resto de entidades, distintas de las entidades sin ánimo de lucro, solo por su forma jurídica, y además es prácticamente la misma redacción que contiene la Ley 11/2016, de 15 de marzo de Acción Concertada, cuyos artículos 1, 2 y 3, han sido desplazados por la Sentencia nº 65/2024, del TSJ de Aragón.

Por lo que, para corregir la actual discriminación que la acción concertada impone para el resto de las entidades distintas a las entidades sin ánimo de lucro, no se debe de incluir en el texto del Anteproyecto de Ley de Acción Concertada, ***“que solo se podrá concertar única y exclusivamente, en ausencia de entidades sin ánimo de lucro”***, ya que de lo contrario se continuaría vulnerando tanto la normativa comunitaria, como la estatal, tal y como sucede en la actualidad.

SEGUNDA. – ASPECTOS A SOLUCIONAR, OPORTUNIDAD DE SU APROBACIÓN, OBJETIVOS DE LA NORMA, Y POSIBLES SOLUCIONES:

En consonancia con lo expuesto, el anteproyecto de Ley de Acción Concertada debe de adecuarse tanto a los pronunciamientos analizados como a la Directiva de contratación y a la normativa de contratos del sector público, en consonancia con los principios de publicidad, igualdad, transparencia, no discriminación y eficiencia presupuestaria y, en consecuencia:

- a. Debe quedar sujeta a la normativa de contratación.
- b. La referencia a *“entidades sin ánimo de lucro”* debe de quedar sustituida por la denominación *“entidades privadas”* u *“organizaciones”*.
- c. Debe de centrarse en los perceptores del servicio, en lugar de en la forma jurídica de la organización que lo presta.

Por lo anterior, esta Patronal, insiste en su propuesta de buena práctica, que se sustituya en el Anteproyecto de Ley de Acción Concertada, el término *“sin ánimo de lucro”* por *“organizaciones”*, en consonancia con la normativa y con los pronunciamientos judiciales citados.

Por otro lado, si bien llama la atención de esta Patronal, que, en el apartado de la Consulta Pública, dedicado a posibles soluciones se indique que *“no existen soluciones alternativas”*, se proponen desde ASADE, las siguientes:

a. PROPUESTA DE SOLICITUD DE INFORME AL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y A LA CNMC EN RELACIÓN CON LA AFECTACIÓN AL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Esta Patronal, considera que es necesario ajustar el Anteproyecto de Ley de Acción Concertada, al Derecho de la Competencia, como ya se ha hecho por ejemplo en la Comunidad Autónoma de Cataluña, cuya Autoridad Catalana de la Competencia (“ACCO”), ha emitido un i) Informe de Regulación de 9 de febrero de 2024, y una (ii) Nota de prensa el 19 de febrero de 2024, en relación con la Acción Concertada, y en los que se destaca que debe de eliminarse la preferencia establecida por la acción concertada, para la prestación de servicios sociales, veámoslo:

En este sentido, aunque se reconoce que la provisión de servicios sociales puede efectuarse mediante instrumentos de naturaleza no contractual, como la acción concertada, la ACCO considera que los mecanismos previstos en nuestro sistema de contratación pública, basados en la concurrencia y la libre competencia entre operadores, no son incompatibles con una provisión satisfactoria de los servicios sociales. De esta manera, los procedimientos de licitación pública de servicios sociales pueden diseñarse de manera que cumplan con los principios de calidad, continuidad asistencial, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad, todo esto en atención a la especial naturaleza y trascendencia para nuestra sociedad de las prestaciones que engloban esta tipología de servicios. Por este motivo, la ACCO considera que se debe eliminar la preferencia establecida en el anteproyecto de ley, a favor de la acción concertada.

(Énfasis añadido)

Y prosigue la ACCO, indicando, que **la acción concertada, no se debería de establecer con carácter preferente para la provisión de los servicios sociales:**

Por este motivo, la ACCO considera que, desde una óptica de promoción de la competencia, el recurso a las diversas modalidades de acción concertada no se debería establecer con carácter preferente para la provisión de los servicios sociales, sino como una posibilidad adicional respecto de las modalidades previstas, con carácter general, en la legislación de contratos del sector público. En este sentido, la elección de una u otra modalidad para abastecerse de estos servicios debería ser fruto de un análisis detallado de las necesidades de provisión en cada caso concreto y de los distintos instrumentos disponibles para el órgano de la Administración responsable, que debería conducirlo a la elección del instrumento más idóneo para la provisión del servicio social del que se tratara. En otros términos, la ACCO propone que haya que valorar cuál es la manera más idónea para alcanzar aquellos aspectos intrínsecamente relacionados a la especial naturaleza de estos servicios (en los cuales, la calidad es un factor principal), es decir, a través de sistemas de acción social concertada, que como hemos apuntado implican un régimen especial de contratación, o bien, a través de la aplicación de los mecanismos generales de provisión de servicios previstos en la normativa de contratación.

(Énfasis añadido)

b. PREVIO ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NUEVA NORMA.

Así mismo se propone por esta Patronal, que el Gobierno de Aragón, previo a la redacción del Anteproyecto de Ley de Acción Concertada, realice un control de la constitucionalidad de la nueva norma, ya que en opinión de ASADE, esta norma supone la alteración competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, al no respetar el contenido de Ley 14/1986, de 25 de abril, General

de Sanidad, que constituye la normativa básica del Estado vulnerando así el artículo 149.1.16 CE.

Por otro lado, esta Patronal, considera que la nueva norma vulneraría el artículo 9.3 CE, en dos aspectos, de un lado por no respetar la jerarquía normativa, a cuyo fin se alude a la infracción de la normativa básica del Estado y, de otro, por la vulneración del principio de seguridad jurídica por que la nueva norma es contradictoria en sí misma y en relación con su vinculación con la Directiva 2014/24/UE.

Por último, esta Patronal, considera que la nueva norma también vulneraría lo establecido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, debido a que la Comunidad Autónoma de Aragón no puede regular la acción concertada -que de conformidad con la sentencia del TJUE de ASADE I y ASADE II, es un contrato público- sin atender a los requerimientos de estabilidad presupuestaria impuestos por dicha Ley.

TERCERA. – DECRETO 100/2024, DE 19 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO QUE REGULA LA ACCIÓN CONCERTADA.

Por último, es preciso poner de manifiesto, que el pasado día 28 de junio de 2024, ha sido publicado en el BOA, el Decreto 100/2024, de 19 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento que regula la acción concertada en materia de prestación de servicios sociales en Aragón (“**Decreto 100/2024**”).

El contenido del Decreto 100/2024, es absolutamente sorprendente, ya que continúa sin adecuarse ni a la normativa de contratación, ni a los pronunciamientos del TJUE ASADE I y ASADE II, ni a los del TSJ de Aragón, en concreto a la Sentencia número 65/2024. Tal y como puede observarse en el extracto que se acompaña a continuación:

*“(…) Según el nuevo planteamiento introducido por la precitada Ley 11/2016, de 15 de diciembre, la gestión de los servicios sociales puede realizarse tanto con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público; **como mediante acuerdos de acción concertada, pero exclusivamente con entidades públicas o con entidades privadas de iniciativa social, careciendo en este último caso de naturaleza contractual (…)**”.*

(Énfasis añadido)

De lo anterior se deduce, que el Gobierno de Aragón, continúa haciendo caso omiso a estos pronunciamientos y especialmente, ignora la Sentencia número 65/2024, del TSJ de Aragón, que ha desplazado los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 11/2016, y máxime cuando dicho desplazamiento es firme ya que no ha sido impugnado por el Gobierno de Aragón. **Por lo que, procede reiterar aquí una vez más que, la acción concertada es un instrumento contractual.**

Sin embargo, el Decreto 100/2024, continua en su artículo 4, estableciendo preferencias por entidades sin ánimo de lucro, tal y como se extracta a continuación:

*“Artículo 4. Entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro. Los acuerdos de acción concertada para la provisión de prestaciones y servicios sociales públicos se podrán formalizar **exclusivamente con entidades públicas o privadas de iniciativa social sin ánimo de lucro**. A estos efectos, son entidades de iniciativa social las fundaciones, asociaciones, organizaciones de voluntariado y otras entidades privadas sin ánimo de lucro que realicen actividades de servicios sociales. Se considerarán entidades de iniciativa social, en particular, las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro conforme a su normativa específica”.*

(Énfasis añadido)

Como ya ha indicado esta Patronal, la preferencia por entidades sin ánimo de lucro no tiene amparo ni en la Directiva Europea de Contratación Pública, ni en la normativa nacional, ni en los pronunciamientos judiciales citados, por lo que debe de eliminarse cualquier preferencia a entidades sin ánimo de lucro.

Por otro lado, el Decreto 100/2024, se contradice en sí mismo, al considerarse excluido de la normativa de contratación y por otro lado al remitirse a la LCSP, en relación con las prohibiciones para contratar en su artículo 5.2, veámoslo:

*“2. La Administración concertante no podrá formalizar acuerdos de acción concertada con las entidades de iniciativa social en las que concurran algunas de las prohibiciones para contratar **previstas en la legislación de contratos del sector público**”.*

(Énfasis añadido)

Asimismo, el Decreto 100/2024, vulnera el plazo establecido para la duración de los conciertos, ya que su duración máxima es de tres años para contratos superiores a 750.000 euros, y no de diez, como establece el artículo 6 del Decreto 100/2024:

*“Artículo 6. Duración de los conciertos. 1. Los acuerdos de acción concertada deberán establecerse con una duración temporal no superior a cuatro años, cuando el importe del acuerdo de acción concertada sea inferior a 750.000 euros, o con una duración máxima de tres años, cuando el importe de acuerdo de acción concertada sea igual o superior a tal cantidad. Las eventuales prórrogas, cuando estén expresamente previstas en el acuerdo de acción concertada, podrán ampliar **la duración total del concierto hasta un máximo de diez años**. La duración máxima de cada prórroga no podrá superar la duración inicial del acuerdo de acción concertada.”*

(Énfasis añadido)

De forma inaudita, el Decreto 100/2024, continúa en su artículo 7.2 garantizando la indemnidad patrimonial y un sistema de tarifas a favor de la entidad prestadora:

*“2. Las tarifas máximas o módulos económicos retribuirán únicamente los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones, incluidos los costes indirectos en que pueda incurrir, **garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, sin incluir beneficio industrial**”.*

(Énfasis añadido)

Además, en opinión de esta Patronal, el artículo 11 a) del Decreto 100/2024, vulnera lo establecido en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (“LGUM”), al vulnerar la libertad de establecimiento y la libre circulación, veámoslo:

*“(…) a) **La implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio, o el compromiso de implantarse en la localidad donde vaya a prestarse el servicio una vez haya sido formalizado el acuerdo de acción concertada, siempre que la naturaleza del servicio a concertar lo permita**”;*

(Énfasis añadido)

En cuanto al régimen supletorio, se indica en el artículo 32 del Decreto 100/2024, lo siguiente:

*“Artículo 32. Régimen supletorio. En caso de dudas o lagunas en la interpretación del presente Reglamento, ésta habrá de realizarse **de conformidad con lo previsto en la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario y en el propio acuerdo de acción concertada, así como, en último término, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre contratos del sector público, siempre que resulte compatible con esta modalidad de gestión**”.*

(Énfasis añadido)

En este punto debemos de insistir en lo ya comentado, respecto de que los tres primeros artículos de la Ley 11/2016, referidos al objeto, concepto y régimen general de la acción concertada, han sido desplazados por la STSJ de Aragón número 65/2024, y dicho desplazamiento es firme, debido a que si bien el Gobierno de Aragón, ha recurrido en casación dicha sentencia, no incluye dentro de los motivos de impugnación este desplazamiento, por lo que producida la firmeza de dicho desplazamiento, el Gobierno de Aragón, debería, haber tenido en cuenta ese fallo antes de publicar cuatro meses después un nuevo reglamento de desarrollo amparándose en la Ley 11/2026, cuyo objeto ha sido desplazado, lo que esta Patronal, considera que es una temeridad por parte del Gobierno de Aragón, ya que debería de publicarse, en su caso, una vez elaborada y publicada la nueva Ley de Acción Concertada, cuyo redacción a través de Anteproyecto, es objeto del presente escrito de manifestaciones.

Por todo lo anterior,

SOLICITA



Que tenga por hechas las anteriores manifestaciones, y, en consecuencia, **PROPONE**, que:

1. En la elaboración del Anteproyecto de Ley de Acción Concertada, se elimine cualquier preferencia y alusión a entidades “*sin ánimo de lucro*” y que se sustituya por el término “*entidad privada*”, “*operador económico*” u “*organizaciones*”, en consonancia a las Directivas de Contratación y la normativa estatal de contratación pública.
2. Que se realice un examen previo a la redacción del Anteproyecto, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, y que el Gobierno de Aragón solicite informe al Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón, o en su defecto a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“**CNMC**”), sobre la conveniencia de continuar en el texto con la preferencia del uso de la acción concertada para la prestación de los servicios sociales en Aragón, preferencia que como ya se ha expuesto, se ha recomendado desterrar en la Comunidad Autónoma de Cataluña a través del i) Informe de Regulación de 9 de febrero de 2024, y de la (ii) Nota de prensa de 19 de febrero de 2024, dictados por la ACCO, en relación con la Acción Concertada Catalana.
3. Que se realice un examen previo a la redacción del Anteproyecto, desde el punto de vista constitucional, en concreto respecto de los artículos 9.3 y 149.1.16 de la CE.
4. Que se suspenda la entrada en vigor del Decreto 100/2024, hasta que se produzca la publicación de la Ley de Acción Concertada, cuyo anteproyecto es objeto del presente escrito de manifestaciones.

En Zaragoza, a 1 de julio de 2024

D. Arturo Corts Ruiz

ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN
A DOMICILIO

(“**ASADE**”)