

Darnaculleta Gardella, M. M., García-Andrade Gómez, J. Leñero Bohórquez, R. y Salvador Armendariz, M. A. (2022). *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Madrid: Marcial Pons.

SEBASTIÁN FLORES DÍAZ
Universidad Autónoma de Madrid, España
sfloresabogado@gmail.com

En medio de la discusión sobre el contenido y alcance del concepto de Estado social, propios de reformas constitucionales, surge la interrogante acerca de la participación de la sociedad civil en la gestión de servicios sociales. Una de las definiciones sobre Estado social explica que, en él, “los poderes públicos asumen una posición activa prestacional con la finalidad de garantizar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos con independencia de la distinta situación económica y social de cada uno” (Muñoz Machado 2017: 965).

Se habla de una cláusula de Estado social, pues son las constituciones las que consagran esa modalidad de Estado. Así, el artículo 20.1 de la ley fundamental de la República Federal Alemana establece que La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. El artículo 1.1. de la Constitución española indica que este país es un Estado social y democrático de derecho.

En los estados sociales, teniendo en cuenta su tarea de promover una mayor igualdad entre ciudadanos, existe una permanente tensión entre Estado y sociedad, pues ésta también interviene en la tarea de promoción de la igualdad y la solidaridad. En este contexto se inserta *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, una obra que da cuenta de esta discusión en el ámbito español. Es una discusión que se produce como resultado de la trasposición de las Directivas de Contratación Pública de 2014, que sigue generando un debate sobre los instrumentos jurídicos de colaboración. La obra sale con posterioridad, y tal vez como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2022, asunto ASADE I (C-436/20), y antes de la sentencia de 31 de marzo de 2023, ASADE II (C-676/23), que califica los acuerdos entre comunidades autónomas y de la sociedad civil (tercer sector) como contratos del sector público.

La obra aborda la naturaleza de los servicios sociales, el deber del Estado respecto de estas actividades y la tensión entre una normativa, como las Directivas Europeas de Contratación Pública de 2014, cuyo objeto principal es la defensa de la libre competencia, con la gestión de estos servicios en los que la dimensión de mercado o está ausente o queda supeditada a la dimensión solidaria de este tipo de servicios. Esta tensión, a juicio de los autores, es una incompatibilidad que no suele advertirse (p. 21).

Es necesario aclarar tres cuestiones previas antes de continuar con la reseña. La primera de ellas: la evolución de las actividades de prestación y garantía en los servicios sociales en un Estado social, para luego aclarar el rol que ocupa la sociedad civil en las relaciones entre Estado y mercado en el contexto europeo, para finalmente mencionar el rol de la contratación pública.

La emergencia de los estados sociales en el continente europeo posterior a la Segunda Guerra Mundial tiene como fundamento la consagración de derechos sociales, como la asistencia

sanitaria, educación o seguridad social (entendida esta última como ayudas monetarias en caso de enfermedad o vejez). El debate propio de los estados liberales respecto de la intervención de los poderes públicos en materia económica fue superado. Sin embargo, la discusión cambió a como el poder público presta esos servicios. Se trata de una opción política, que cada sociedad respondió de manera diferente, considerando su propia realidad. Por ejemplo, en el caso alemán se apostó por regímenes de seguridad social, en los que entidades paraestatales prestan servicios sanitarios o de seguridad social, mientras que la actividad del poder público es una regulación intensa de esas actividades. En el caso español, se consideró necesario que fuese la misma Administración la que prestara esos servicios, y en ciertos casos, podía contratar a un tercero que realizaría la prestación. Esto es lo que se denomina como gestión indirecta, y tiene su antecedente normativo en el artículo 85.2.B) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Ahora bien. Como constata el libro, las actividades propias de los servicios sociales son heterogéneas respecto de su naturaleza y destinatarios, y van más allá de las meras prestaciones pues también incluyen ayudas financieras (p. 18).

En la tensión entre Estado y mercado, la Unión Europea habla del tercer sector, un “conjunto de instituciones de base privada, normalmente de carácter asociativo o fundacional, equidistantes del Estado y del mercado, que se ocupan de organizar servicios y prestaciones predominantemente de carácter social” (Muñoz Machado 2017: 1956). En un Estado social la participación del tercer sector en el ámbito de servicios sociales es fundamental.

Como se trata de entidades no subordinadas al sector público, cobra relevancia la normativa de contratación pública, como marco normativo para la colaboración con los poderes públicos en la satisfacción de estas necesidades. Ahora bien, la normativa europea de contratación pública se caracteriza por una exigencia de contracción del gasto público y restricciones a la deuda pública, en un contexto en que se requería realizar políticas públicas, cuando no se disponía de fondos (Díez Sastre 2021).

El considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE sobre Contratación Pública acuña el contrato de servicios a las personas, entre los cuales se encuentran servicios sociales, educativos y sanitarios. Se trata de una innovación de esta directiva (Bernal 2018). En este contexto, el libro *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales* se hace cargo de una discusión jurídica muy centrada en el derecho español sobre dos instrumentos, muy similares en su nombre, tradición y evolución, la acción concertada y el concierto social. Son figuras reguladas en diferentes leyes de las comunidades autónomas en España que permiten celebrar acuerdos con entidades sin ánimo de lucro del tercer sector, para la gestión de servicios sociales. El legislador autonómico regula estos instrumentos como una excepción a la normativa de contratos públicos, dicho de otro modo, como un mecanismo para celebrar estos acuerdos sin necesidad de realizar una licitación.

Sin embargo, la obra posee una dimensión más interesante que excede la discusión jurídica. Comienza intentando definir los servicios sociales, como una manifestación del principio de solidaridad (pp. 45-48). Es en el capítulo segundo (pp. 71-133) en que plantea un aspecto poco estudiado, al menos en la literatura de habla hispana: la aparición de la noción de sistemas y redes en tareas propias de la administración pública. Durante la Guerra Fría, era común que ciertos estados europeos constituyeran servicios públicos para la cumplir con la asistencia social a los más necesitados, así como la promoción de la igualdad y la solidaridad. De esta época aparecen

nociones como servicio público hospitalario, servicio nacional de salud, como otras similares. Se trataba de una forma de organización de entes de la administración pública, jerárquicas, propias de la ordenación burocrática del siglo XX.

Temporalmente, es en el ámbito sanitario en que comienza a reemplazarse la noción de servicio público de salud por sistema nacional. Una hipótesis posible es el impacto de la declaración de Alma-Ata de 1978, que produce un cambio de enfoque del modelo hospitalocéntrico que impera en la salud pública, para concentrarse en la atención primaria como un paradigma más universal y democrático. Las legislaciones sanitarias posteriores a ella, como la normativa chilena de 1979 o la española de 1986, ya hablan de sistema nacional de servicios de salud como la organización del personal y los dispositivos sanitarios en un determinado país.

La administración pública ha evolucionado desde la tradicional organización unitaria, jerárquica y piramidal, en la que el ciudadano es beneficiario de las actividades de la Administración, pero está fuera de ella, hacia una organización mixta en que autoridades públicas y actores privados comparten funciones relevantes (Barnés Vásquez 2018). Se habla de actividades fundamentales en beneficio de la sociedad entera, para definir un espacio público, en el que sujetos públicos y privados coexisten, intercambiando funciones, también de sistemas de administración mixta o de redes de organizaciones que colaboran con el Estado, en una clara interdependencia (Barnés Vásquez 2018, Velasco Caballero 2020).

La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales ofrece una explicación de sistemas y redes para reconducir a la unidad de actuación, de servicios que son de responsabilidad pública, en los que intervienen diferentes niveles de la Administración (nacional o local, entre otros), junto con actores privados. La noción de sistema suele coincidir con el ámbito de responsabilidad pública de las administraciones territoriales (p. 79), mientras que la red ilustraría:

una estructura reticular flexible y abierta, en la que los diversos actores, públicos y privados, forman un tejido complejo de relaciones de carácter multidireccional. [...] también reflejaría] la diversidad de fórmulas con la que se establecen los nudos que fijan la colaboración entre las administraciones competentes y las entidades privadas de iniciativa social o mercantil prestadoras de servicios sociales [sin y con ánimo de lucro] (pp. 78-79).

En el ámbito sanitario, la Administración en red o reticular, es una técnica utilizada para ampliar la oferta de camas hospitalarias como ocurrió en Chile, durante la pandemia del COVID-19, con la red público-privada (Flores Díaz 2021).

En el capítulo tercero (pp. 135-195) se ofrece una detallada e ilustrada exposición sobre las figuras de la acción concertada y el concierto social y su evolución, marcada por la normativa europea de contratación pública. Con ello, el lector no español puede comprender el impacto de la sentencia ASADE I del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Los procesos selectivos de prestadores particulares son considerados contratos del sector público pues las autoridades públicas realizan procedimientos de selección entre estos operadores, lo que calza con el concepto funcional que el derecho europeo tiene de contrato del sector público. Para la normativa europea, la figura de contrato del sector público está dissociada del contrato, pues el elemento distintivo en el derecho europeo es la selección del contratista, o adjudicación (p. 209).

El capítulo cuarto (pp. 197-259) retoma la discusión sobre la naturaleza contractual o no contractual, en sintonía con el derecho europeo y la Ley española de Contratos del Sector Público de 2017, de fórmulas de gestión indirecta de los servicios sociales. Vale la pena destacar las denominadas fórmulas innovadoras de prestación de estos servicios, sobre todo, aquellas de libre elección por parte del usuario. El derecho europeo avanza hacia sistemas de selección por parte del usuario, una fórmula excluida del ámbito de aplicación de las Directivas de Contratación Pública de 2014. Se trata de fórmulas en que se financia a un prestador ya acreditado e inscrito, luego que el usuario lo escoja para el servicio requerido. La obra reconoce que se trata de una opción poco frecuente en el ámbito español, pero resalta el caso sueco de selección por parte del usuario (pp. 230-231). En estos casos, no se trata simplemente de una actividad de subvención hacia los usuarios, dicho de otro modo, no es sólo una transferencia monetaria al usuario. Previamente, el poder público realizó una articulación de una red prestadores, dentro de los cuales el usuario escoge una opción (p. 232). Algo parecido a la modalidad de libre elección del Fondo Nacional de Salud chileno (Flores Díaz 2022).

En el contexto de procesos de reforma constitucional y, por ende, de reforma administrativa, en los que se aspira a transitar hacia un Estado social, la obra reseñada ofrece una singular explicación de los servicios sociales, propios de un Estado social, y como este no sólo es un tipo ideal anquilosado en la segunda mitad del siglo XX. La sociedad, sus demandas sociales y, por ende, los Estados, evolucionan y se transforman. Para garantizar derechos sociales se debe ir más allá de la maniquea discusión respecto de si el Estado o el mercado son más eficientes o dan mayor cobertura, y asumir que la sociedad civil es un sector relevante que tiene un rol distinto que realizar.

La obra reseñada invita a reflexionar y evaluar sobre reformas legales que se han producido en Chile, significativamente en el ámbito educacional. Desde la admisión del lucro en materia educativa, desde 2008 en adelante, la legislación ha implementado controles e incentivos para que actores privados abandonasen su actuación como entidades lucrativas y resaltarán sus proyectos educativos, como antecedente para funcionar y recibir ayudas públicas.

Las formas de gestión de servicios sociales y la participación del sector privado deben repensarse, y la obra reseñada da cuenta que muchos eruditos constitucionales suelen defender ideas anquilosadas en un momento histórico ya superado, y que los actuales estados sociales distan mucho de las descripciones que estos técnicos ofrecen en el debate constitucional.

REFERENCIAS

- Barnés Vázquez, J. (2018), La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del Derecho administrativo. En Vaquer Caballería, M., Moreno Molina, A., Descalzo González, A., (Coords.), *Estudios de derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Bernal Blay, M. (2018). La contratación de servicios a las personas, en Gamero Casado, E. y Gallego Corcolés, I., (Dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Díez Sastre, S. (2021). ¿Cambiará la pandemia el derecho de la contratación pública? En Velasco Caballero, F. y Gregoraci Fernández, B. (Coords.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N.º Extra 1*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Flores Díaz, S. (2021). Entre el cuasi mercado y la red asistencial: contratos y convenios en la gestión del sistema público de salud. En Obando Camino, I. (Ed.), *La actividad de servicio público. Actas de las XVI jornadas nacionales de derecho administrativo (2019-2020)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Flores Díaz, S. (2022). La gestión de la salud pública vía contratos públicos. En Soto Velasco, S. (Ed.), Pinto Flores, S. (Coord.), *El Derecho Público para la modernización institucional. En homenaje al profesor Francisco Orrego Vicuña. XLIX Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Machado, S. (Dir.). (2017). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Madrid: Santillana.
- Velasco Caballero, F. (2020). *Administraciones públicas y derechos administrativos*. Madrid: Marcial Pons.