

APORTACIONES DE LA ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (“ASADE”), A LA CONSULTA PÚBLICA PREVIA DEL GOBIERNO DE CATALUÑA EN RELACIÓN CON LA APROBACIÓN DE LA MEMORIA PRELIMINAR DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE LOS INSTRUMENTOS DE PROVISIÓN DEL SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS SANITARIOS

ÚNICA. – PROPUESTA DE BUENA PRÁCTICA REGULATORIA: REVISIÓN Y CORRECCIÓN DE LA MEMORIA DEL ANTEPROYECTO DE LEY ELIMINANDO LA PRIORIZACIÓN DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN DETRIMENTO DEL RESTO DE ENTIDADES SIN TAL CONSIDERACIÓN, PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS EN CATALUÑA:

1. En primer lugar, es preciso poner de manifiesto que, según consta en la propia Memoria del Anteproyecto de Ley de los instrumentos de provisión del sistema público de servicios sanitarios (“Memoria del Anteproyecto de Ley”), el objetivo principal de la misma es la articulación de la participación de las entidades sin ánimo de lucro en la prestación de servicios sanitarios a cargo del Servicio Catalán de Salud.
2. Sin embargo, en opinión de esta Patronal, el problema principal en la prestación de los servicios sanitarios a cargo del Servicio Catalán de Salud no debería ser la articulación y potenciación de la participación de las entidades sin ánimo de lucro, sino más bien la satisfacción de las necesidades y expectativas de los usuarios, independientemente de la forma jurídica del prestador de estos servicios.
3. Asimismo, es preciso destacar que en la Memoria del Anteproyecto de Ley se mezclan tres conceptos jurídicos distintos, que se exponen a continuación en el mismo orden en el que aparecen en la misma;
 - (i) Por un lado, se citan los **contratos excluidos** del artículo 11.6 de 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”).

Pues bien, en este contexto, se debe de tener en cuenta que el Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE, ha sido Incorrectamente traspuesto en el artículo 11.6 de la LCSP, por cuanto que establece que la prestación de los servicios sociales podrá realizarse:

“(…) de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos

*servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los **operadores económicos** que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”.*

Sin embargo, la trasposición del citado párrafo cuarto del Considerando 114, realizada en el apartado 6 del artículo 11 de la LCSP dispone:

*“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”.*

De lo anterior se deduce que, el término “**operadores económicos**” contenido en el párrafo 4º del Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE, ha sido incorrectamente interpretado y traspuesto en el artículo 11.6 de la LCSP, puesto que reduce su expresión a “**entidades privadas**”.

- (ii) Por otro lado, la Memoria del Anteproyecto de Ley se refiere a la posibilidad de **las Comunidades autónomas de legislar mediante instrumentos no contractuales** la prestación de servicios públicos de carácter social por aplicación de la DA 49ª de la LCSP.

Pues bien, como se ha indicado la denominación inicial de **operadores económicos** del párrafo 4º del Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE, se ha limitado en la normativa estatal a “**entidades privadas**”, y se ha restringido aún más en la normativa autonómica catalana, con la denominación de “**entidades sin ánimo de lucro**” o “**entidades del tercer sector**” en virtud de la citada DA 49ª LCSP, que además las prioriza para la prestación de servicios públicos de carácter social en detrimento del resto de operadores económicos sin tal consideración.

- (iii) Y, por último, señala la Memoria del Anteproyecto de Ley en relación con los **contratos reservados** del artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE, traspuesto en la DA 48ª de LCSP, lo siguiente:

(...) el problema principal a resolver es cómo debe articularse la participación de las entidades sin ánimo de lucro o que cumplan las condiciones que establecen las letras a), b) y c) del artículo 77.2 a de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en la prestación de servicios sanitarios a cargo del Servicio Catalán de la Salud.

Como ya se ha indicado, el problema principal en opinión de esta patronal debería de ser la satisfacción de las necesidades y expectativas de los usuarios de los servicios sanitarios a cargo del Servicio Catalán de Salud, y no la forma jurídica del prestador de estos servicios.

4. En definitiva, la Memoria del Anteproyecto de Ley, mezcla los **contratos excluidos** del artículo 11.6 LCSP, los **contratos reservados** del artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE y de la DA 48ª LCSP, así como la posibilidad de las comunidades autónomas de **legislar mediante instrumentos no contractuales** la prestación de servicios sociales por aplicación de la DA49ª, y todo ello con el único fin de priorizar a las entidades sin ánimo de lucro en la prestación de los servicios sanitarios a cargo del Servicio Catalán de Salud, en detrimento del resto de operadores económicos.
5. Asimismo, estos instrumentos pretendidamente no contractuales tales como (i) la Acción Concertada, (ii) el Concierto Social y la (iii) Gestión Delegada, se están utilizando en la actualidad sin cumplir con lo establecido en el citado párrafo cuarto del Considerando 114 la Directiva 2014/24/UE, puesto que no se limitan a la simple financiación de los servicios, sino que se retribuyen de acuerdo a un precio o tarifa, no a un sistema de reembolso de costes. Además, o bien excluyen directamente de la participación en las licitaciones a los **operadores económicos**, o bien establecen una preferencia por las entidades sin ánimo de lucro, en detrimento del resto de operadores económicos sin tal consideración.

6. Pero es que, además, 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 LCSP.**
7. En efecto, 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.**
8. 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**”.
9. Asimismo, la Sentencia 339/2023, del TSJ de Valencia, **interpretó la STJUE, ASADE I, y concluyó que el régimen de la acción concertada se configuraba como un instrumento de naturaleza contractual**, y por ello, anuló, parcialmente, el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre de 2017, del Consell, por el que se desarrollaba la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana por entidades de iniciativa social, el cual desarrollaba la Ley 5/1987, de 25 de junio por la que se regulaba el sistema de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana, en su versión modificada por la Ley 13/2016, que introdujo la acción concertada como modalidad de contratación de servicios sociales.
10. También el TSJ de Aragón, en su sentencia número 65/2024, interpretó 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, y desplazó la aplicación de los artículos 1 a 3 de la vigente Ley 11/2016, de 15 de diciembre de Acción Concertada Aragonesa** en aplicación de la doctrina emanada del TJUE en los asuntos ASADE I y ASADE II, iniciados por esta Patronal.

11. Al igual que en Aragón, mediante la Memoria del Anteproyecto de Ley que nos ocupa, se potencian estos pretendidos instrumentos no contractuales, como la Acción Concertada, el Concierto Social y la Gestión Delegada, para la prestación de los servicios sociosanitarios priorizando a las entidades sin ánimo de lucro en detrimento del resto de entidades solo y exclusivamente por su forma jurídica.
12. Esto constituye una vulneración de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia de la Directiva 2014/24/UE. Y tiene como consecuencia directa una reducción de la competencia, lo que debe de corregirse de conformidad con los pronunciamientos del TJUE en los asuntos ASADE I y ASADE II, mediante los que declaró que los citados instrumentos tienen carácter económico y quedan dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.
13. **En conclusión**, y por todo lo expuesto, se propone desde esta Patronal como buena práctica regulatoria que la Memoria del Anteproyecto de Ley que nos ocupa, sea revisada y corregida en el sentido de que en ningún caso se priorice a las entidades sin ánimo de lucro discriminando al resto de los operadores económicos por su forma jurídica en la prestación de los servicios sanitarios a cargo del Servicio Catalán de Salud, puesto 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.
14. 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.
15. En este sentido, la errónea equivalencia que se extrae de la Memoria del Anteproyecto de Ley, 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 errada y debe de corregirse.
16. En consonancia con lo expuesto, se propone por esta Patronal, que la Memoria del Anteproyecto de Ley se adecue tanto a los pronunciamientos del TJUE analizados como a la Directiva de contratación y a la normativa de contratos del sector público, y en consonancia con los principios de publicidad, igualdad, transparencia, no discriminación y eficiencia presupuestaria, y en consecuencia plantea que:

- a. La referencia a *“entidades sin ánimo de lucro”* sea sustituida por la denominación *“entidades privadas”* u *“organizaciones”*, sin que en ningún caso se pueda priorizar a las primeras en detrimento del resto de entidades sin tal consideración.
 - b. Se centre en los usuarios del servicio, en lugar de en la forma jurídica de la organización que lo presta.
17. Por último, esta Patronal, considera que es necesario ajustar la Memoria del Anteproyecto de Ley al Derecho de la Competencia, y todo ello sin perjuicio de la contribución que ya ha realizado en fecha de 13 de marzo de 2025 la Autoridad Catalana de la Competencia (*“ACCO”*), en la que pone de manifiesto que no debería de excluirse el uso de instrumentos contractuales en la prestación de este tipo de servicios, e incluso aún en un entorno extracontractual, se deberían de asegurar las *“rivalidades o presiones competitivas entre los diferentes operadores del mercado interesados en proveer el sistema público de servicios sanitarios se concibe como un elemento esencial para garantizar la mejora continua en la prestación del servicio, la innovación, la calidad y, en último extremo, la eficiencia dinámica y estática de mercado”*.
18. Así mismo y a modo de cierre, se propone por esta Patronal que el Gobierno de Cataluña, realice un control de la constitucionalidad de la nueva norma, ya que en opinión de ASADE, podría suponer 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.

En Madrid para Barcelona, a 20 de marzo de 2025.

ASOCIACIÓN ESTATAL DE
ENTIDADES DE SERVICIOS
DE ATENCIÓN A DOMICILIO
(**“ASADE”**)