Ramón Campderrich Bravo

La «Ley Aragonès» como síntoma del paso del estado social al estado regulador y de beneficencia

1. Introducción

Mucho se está escribiendo acerca del *Projecte de Llei de contractes de serveis a les persones*, más conocido como ?Ley Aragonès?, ya sea a su favor o en su contra. En realidad, el proyecto de ley mencionado no debería sorprender a nadie, pues no tiene nada de particular ni de innovador. No es más que un nuevo ejemplo del lamentable signo de los tiempos que corren y como tal va a ser a analizado en las líneas que siguen.

El propósito último del presente texto es enmarcar el *Projecte de Llei de contractes de serveis a les persones* —a partir de este momento identificado con la abreviatura *PLCSAP*— dentro del fenómeno más amplio de la sustitución del modelo del denominado estado social por el que aquí se va a llamar estado regulador y de beneficencia. Pero antes es preciso ofrecer al lector una visión sintética de los principales contenidos del *PLCSAP*.

2. Aspectos más relevantes del *PLCSAP*

Como su propia exposición de motivos indica, el *PLCSAP* adapta la normativa autonómica catalana sobre contratación pública en el ámbito de los servicios de salud y asistencial a las Directivas comunitarias 2014/ 23/ UE y 2014/24/UE, adaptación ya realizada por el legislador estatal español en virtud de la última reforma de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) operada por la ley 9/2017 de 8 de noviembre. Dichas Directivas establecen el marco general al cual deben ajustar los estados miembros de la Unión Europea (UE) sus normativas sobre contratación pública en todo lo relativo a los SIGNE (servicios de interés general no económico), en jerga comunitaria. Los SIGNE incluyen todos aquellos servicios públicos de carácter social a los cuales, al menos por el momento, no se extienden las medidas de liberalización y creación de mercados competitivos impulsadas por la UE. En la actualidad, son, básicamente, tres: servicios públicos de sanidad, educación y asistencia social. Respecto a estos servicios públicos, las Directivas comunitarias más arriba citadas no exigen a los estados miembros de la UE su desestatalización o ?despublificación? y su entrega al sector privado para suministrarlos en régimen de concurrencia, ni tampoco impone a los estados miembros ninguna opción predeterminada en cuanto a su gestión, que, desde la perspectiva comunitaria, puede ser tanto directa —esto es, realizada por las Administraciones Públicas recurriendo a sus propios medios organizativos— como indirecta —es decir, contratando a entidades y empresas privadas para que sean ellos quienes los provean—. Lo único que interesa a esas Directivas es establecer unas cuantas reglas generales sobre la contratación pública en el ámbito de los SIGNE, reglas que las Administraciones Públicas de los estados miembros deben respetar en todos aquellos casos en que opten por gestionar indirectamente un SIGNE. El objetivo primordial de esas reglas generales es, idealmente, garantizar los principios de igualdad (trato no discriminatorio), transparencia, publicidad, eficacia y eficiencia a la hora de seleccionar a la entidad o empresa privada proveedora del servicio y, por tanto, se centran, sobre todo, en el procedimiento de selección pública del contratista privado a cargo del servicio (cuando el valor presupuestario estimado del

servicio rebasa cierto umbral económico). El hecho es, sin embargo, que las Directivas 2014/ 23/ UE y 2014/ 24/ UE dejan un amplísimo margen a los estados miembros para concretar a su antojo la regulación de la contratación pública de la prestación de los SIGNE, incluida la determinación de qué servicios específicos son susceptibles de gestión indirecta, es decir, de encomienda de su gestión a una organización privada mediante un contrato (en régimen jurídico-administrativo o jurídico-privado). Como ya se adelantó, España adaptó su legislación a las nuevas directivas comunitarias con la reforma de la LCSP llevada a cabo por la ley 9/ 2017. Puesto que España es un estado con descentralización política territorial que ha transferido las competencias en materia de servicios de salud y asistencia social a las Comunidades Autónomas, la Generalitat busca hacer otro tanto con su *PLCSAP*.

El texto del *PLCSAP* adolece de la petulante retórica progresista de los textos normativos actuales, falsamente técnica, vacua, perogrullesca a veces, pero toda su retórica no logra ocultar su objetivo esencial: declarar que cualesquiera de los servicios de salud y asistenciales públicos hoy en día existentes son susceptibles de ser provistos por un contratista privado, si así lo determina la Generalitat (o los entes locales catalanes en el ámbito de sus competencias), sin limitación alguna (véanse los artículos 27 —nótese que la enumeración que se hace en su primer apartado es puramente ejemplificadora— y 31, en especial los apartados 31.1.1 y 31.1.2 del *PLCSAP*). La decisión de la Generalitat de recurrir al sector privado para prestar esos servicios públicos se puede tomar incluso mediante simple orden del “titular del departament competent”, en ausencia de “normativa sectorial aplicable” (art. 3.3 del *PLCSAP*).

El grueso del articulado del *PLCSAP* está dedicado a enumerar los criterios de selección de los contratistas privados. Pero esos criterios están redactados en el característico estilo *soft law* de nuestros días, en unos términos tan vagos y poco precisos que dejan al poder adjudicador —la Administración Pública contratante— plena libertad para fijar dichos criterios como quiera, lo que, sin duda alguna, se prestará a toda clase de corruptelas, tan habituales en la esfera de la contratación pública. Por si esto fuera poco, los criterios enumerados en el *PLCSAP* tienen por lo general un valor orientativo, no prescriptivo o vinculante para el poder adjudicador. En ocasiones, el texto del *PLCSAP* roza el ridículo, resulta verdaderamente risible (véase, por ejemplo, el artículo 36.1.1).

Aparte de la referencia a los criterios de selección de los contratistas, otros contenidos destacables del *PLCSAP* son los siguientes: 1) En cuanto a la remuneración del contratista privado, se sigue el régimen usual, que incluye la financiación del coste del servicio —incluido el coste en personal— y un ?beneficio razonable? o lo que la doctrina jurídica denomina ?beneficio industrial normal de la explotación del servicio?, si bien se evita utilizar este tipo de expresiones (artículos 8 y 9 del *PLCSAP*). 2) Se crea la innecesaria figura del “responsable del contracte”, sujeto encargado de la supervisión de la ejecución del contrato en general y del cumplimiento de las obligaciones del contratista dimanantes de éste en particular, pero carente de poderes decisorios reales (artículo 20 del *PLCSAP*). El responsable del contrato, formalmente desgajado del poder adjudicador contratante pero designado por éste y que puede incluso ser un particular, tiene toda la apariencia de una sinecura más de las muchas que generan las Comunidades Autónomas. 3) Cabe inferir de los anexos III y IV del *PLCSAP* que la Administración contratante puede recurrir indistintamente para proveer los SIGNE de su competencia, sin otras restricciones que las que se deriven de la normativa general en materia de contratación pública, tanto a la fórmula del ?contrato de servicios? como a la del ?contrato de concesión de servicios?. No es

este el lugar para detenerse en la diferencia conceptual entre una y otra fórmula contractual, baste con señalar que la elección entre una u otra no es baladí, sobre todo respecto a los intereses económicos del contratista privado: en el caso de optar por el primero, el ?contrato de servicios?, la Administración pública contratante asume el llamado ?riesgo operacional del contrato?, mientras que si se opta por el segundo, ?contrato de concesión de servicios?, es el contratista privado quien asume dicho ?riesgo operacional?. El ?riesgo operacional del contrato? viene a ser el supuesto coste económico que se deriva de la infrautilización o sobreutilización del servicio para el contratista privado. En consecuencia, está claro que este último resultará especialmente beneficiado si contrata con la Administración bajo el paraguas de un ?contrato de servicios?, pues en ese caso la Administración deberá compensar al contratista por los perjuicios que le produzcan la infrautilización o sobreutilización del servicio en cuestión. 4) Está prevista la subcontratación de prestaciones accesorias a la prestación principal, sin que el *PLCSAP* se preocupe, como sería deseable, por aclarar qué se entiende por “prestación accesoria”, asunto de vital importancia para prevenir los impresentables cambalaches a que suele dar lugar la subcontratación (artículos 20 y 35 *PLCSAP*; el apartado e) final de este último artículo es una frase abierta que convierte el resto de sus apartados en una mera lista ejemplificadora, pero no delimitadora, de lo que deba entenderse por “prestación accesoria”).

Por lo demás, el *PLCSAP* no ofrece una regulación completa o detallada de la contratación de “servicios a las personas”. Las insuficiencias del *PLCSAP* se suplen mediante una genérica remisión a un desarrollo reglamentario posterior y a la legislación en materia de contratación pública (disposiciones finales primera, segunda y tercera), entre la cual destaca la LCSP, a la que habrá que atenerse para cuestiones tan importantes como la extinción y rescisión de los contratos, las potestades administrativas especiales en relación con la ejecución de los contratos administrativos, el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o las fianzas.

3. Del estado social al estado regulador y de beneficencia

Desde hace más de treinta años, el modelo del estado social, o Estado del Bienestar, está siendo sustituido por otro modelo de estado, al cual aquí voy a denominar estado regulador y de beneficencia. La idea vertebradora del estado social fue erradicar la pobreza y reducir las desigualdades socioeconómicas mediante el reconocimiento efectivo de derechos sociales universalizables y la puesta en práctica de políticas económicas orientadas hacia su materialización. Aunque jamás estuvo en el horizonte de los propósitos del estado social sustituir el modelo económico de la economía de mercado capitalista por otro, la influencia de las ideas socialistas en su configuración y la consciencia de las consecuencias antisociales del capitalismo sin intervención económica pública directa le eran consustanciales. Su principal instrumento fue la Administración prestacional, la organización de un aparato público proveedor de los servicios y bienes en que se materializaron los derechos sociales y muchas de las políticas públicas de intervención económica estatal directa.

En el contexto de la mundialización neoliberal, cuyos presupuestos económicos y fundamentos ideológicos básicos no se vieron sustancialmente alterados por la crisis de 2008, el estado social ha sido sustituido, o lo está siendo, por un modelo de estado muy distinto: el estado regulador y de beneficencia. A este tipo de estado ya no corresponde intervenir directamente en la esfera económica mediante un extenso sector público económico ni sostener una ambiciosa Administración prestacional a cargo de la provisión de unos generosos servicios y prestaciones

públicos, sino, más bien, las siguientes dos tareas esenciales: 1) la regulación del marco de autorregulación de los agentes del mercado, esto es, de las empresas privadas (estado regulador) y 2) una decreciente procura existencial de quienes no están en condiciones de acceder a los bienes y servicios provistos por el sector privado (estado de beneficencia). Esta procura existencia acabada de referir no tiene por qué ser satisfecha directamente por la Administración pública: puede ser suministrada por empresas privadas contratadas y pagadas con fondos públicos por aquella.

La progresiva realización del modelo del estado regulador y de beneficencia a que estamos asistiendo en las últimas décadas se ha concretado en el desmantelamiento, en su mayor parte, del amplio sector público económico heredado de la segunda posguerra mundial mediante los procesos de privatización de las grandes empresas públicas en los años noventa. Dichos procesos han supuesto la creación de mercados antes inexistentes o la expansión de mercados de un tamaño insignificante. El estado pasa de ser agente económico directo a ser un mero regulador de mercados, con el importantísimo matiz de que su regulación se limita a establecer tan sólo el marco de autorregulación de las empresas que operan en los mercados. No se debe olvidar que, además, la regulación estatal del marco de autorregulación de los operadores privados de los mercados responde, a su vez, a un marco regulador más amplio establecido tanto por organizaciones internacionales públicas (UE, OMC…) como, en la práctica, privadas (ISO, agencias de calificación de riesgos…).

La externalización o contractualización de servicios públicos hasta tiempos relativamente recientes gestionados de forma directa por la Administración pública también se puede considerar una manifestación del nuevo modelo de estado que desplaza al estado social. Aunque en este caso no tenga lugar todavía una privatización en sentido estricto en tanto que el servicio continúa siendo de titularidad pública, lo cierto es que la Administración prestacional es sustituida por una Administración reguladora, encargada de regular la actividad prestadora de servicios, que corre a cargo del sector privado, y de supervisar el cumplimiento de esa regulación. La actual contractualización de servicios públicos se puede interpretar así como un paso previo a la fragmentación de los servicios públicos y la posterior entrega al mercado de aquellos que puedan resultar rentables para el mundo de los negocios: en el futuro, la Administración financiará con recursos públicos unos niveles mínimos prestacionales cuya munificencia variará de unos países a otros, conforme a su faceta de estado de beneficencia, niveles complementados tal vez por la actividad del llamado tercer sector (ONGs), mientras que los servicios y prestaciones por encima de esos niveles de beneficencia serán suministrados por el mercado, por agentes privados autorregulados dentro del marco de regulación estatal. Lo que implicará que tareas y funciones hasta ahora tenidas por incuestionablemente públicas serán asumidas por organizaciones privadas, con todas las consecuencias ideológicas e institucionales que de ello sin duda alguna se derivarán para nuestras concepciones sobre la democracia, los derechos fundamentales y la condición de ciudadano. Sólo el futuro podrá confirmar o desmentir la premonición enunciada en estas líneas.