



INFORME 27/2017, DE 10 DE OCTUBRE, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OBJETO: BORRADOR DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA EL RÉGIMEN DE CONCIERTO DEL SISTEMA VASCO DE SERVICIOS SOCIALES.

I.- ANTECEDENTES.

La Dirección de Servicios Sociales del Departamento de Empleo y Políticas Sociales ha solicitado informe de la Junta Asesora de la Contratación Pública (en adelante, JACP) sobre el borrador de Decreto del régimen de concierto del sistema vasco de servicios sociales.

La Ley 12/2008, de 5 diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco de 2008 (en adelante, LSS) establece en su artículo 60 las fórmulas que las Administraciones Públicas vascas pueden utilizar para organizar la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales. Estas fórmulas son la gestión directa, el régimen de concierto previsto en dicha Ley, la gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las Administraciones Públicas, y los convenios con entidades sin ánimo de lucro.

Sobre esta previsión de la LSS, la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (en adelante, COJUA), en dictamen número 97/2008 sobre el anteproyecto de Ley de Servicios Sociales del País Vasco, señaló que el concierto era una modalidad de contratación de la gestión indirecta de servicios públicos y que la legislación sectorial autonómica debía respetar y regirse por la legislación estatal general de contratos públicos.

La Consejera de Empleo y Asuntos Sociales inició, mediante Orden de 2 de marzo de 2010, el procedimiento de elaboración del Decreto sobre el régimen de concierto del Sistema Vasco de Servicios Sociales que tiene por objeto el desarrollo reglamentario del régimen del concierto entre las Administraciones Públicas vascas y la iniciativa privada y entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro declaradas de interés social, conforme a lo previsto en los artículos 61 a 68 de la LSS en cumplimiento del mandato contenido en su Disposición adicional octava.

La Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo del Gobierno Vasco, tal y como indica la Dirección de Servicios Sociales en el escrito de solicitud de informe a la JACP, emitió dos informes sobre el texto propuesto del Decreto en los que manifestaba la imposibilidad de una modalidad de concierto distinto y diferenciado del régimen jurídico de la normativa de contratación de las Administraciones Públicas.

La JACP, con fecha 24 de noviembre de 2014, emitió informe desfavorable en relación con el anteproyecto de Ley del Tercer Sector Social de Euskadi respecto a aquellos aspectos relacionados con los instrumentos de colaboración entre la Administración y las entidades reguladas en dicha Ley al margen del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). No obstante, la JACP puntualizó que la situación podía cambiar en un futuro cercano, una vez traspuestas al derecho interno de las Directivas comunitarias 2014/24/UE y 2014/23/UE, plazo de trasposición que finalizó el 18 de abril de 2016.

La COJUAE, en su dictamen número 6/2015 sobre el anteproyecto de Ley del Tercer Sector Social de Euskadi, secundada por los informes 1/2012, de 20 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y 14/2013, de 28 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, señaló que el marco normativo comunitario en ese momento posibilitaba la existencia de instrumentos ajenos a la contratación pública en lo relativo a la organización de la prestación de los servicios sociales. La Comisión, no obstante, matizó que dicha posibilidad se entendía en el sentido del marco normativo europeo y no en el sentido de la LSS y la condicionaba a una rigurosa regulación legal del sistema organizativo alternativo.

Finalmente, la Ley 6/2016, de 12 mayo, del Tercer Sector Social de Euskadi (en adelante, LTSSE) dispone en el apartado 1 de su artículo 1 que *“para formalizar la cooperación con las organizaciones del tercer sector social de Euskadi en la provisión de servicios de responsabilidad pública en el ámbito de la intervención social, las administraciones públicas vascas adoptarán el régimen de concierto diferenciado previsto en la Ley de Servicios Sociales”*. Asimismo, este mismo artículo prevé en su apartado 2 la obligación de las Administraciones Públicas vascas de formalizar los convenios y acuerdos marco de colaboración previstos en la LSS para dar cobertura a la provisión de servicios de responsabilidad pública así como a otras actividades sociales de interés general de las organizaciones que las Administraciones Públicas consideren oportuno promover.

II. – CONSIDERACIONES PREVIAS.

• NUEVO MARCO NORMATIVO.

El proyecto normativo tiene como objeto, en desarrollo del Título V de la LSS, establecer un régimen general y común aplicable a todas las Administraciones Públicas vascas competentes en materia de servicios sociales para la concertación de los servicios contenidos en el Catálogo de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales, sin perjuicio de las facultades que cada una de las Administraciones Públicas vascas ostente en la regulación específica de su acción concertada (artículo 1).

El artículo 60 de la LSS, tal y como se ha indicado en el apartado *“Antecedentes”*, recoge como fórmulas para la prestación de los servicios sociales —además de la gestión directa y la gestión indirecta regulada en la normativa de contratación pública—, un régimen especial de concierto distinto a la figura de la gestión indirecta

de la normativa de contratos públicos y cuyo régimen la LSS lo regula en su artículo 61 junto con el régimen de convenios con entidades sin ánimo de lucro.

No obstante lo dispuesto en la LSS, se debe tener presente que, tal y como apuntó la COJUAE en su dictamen número 6/2015 sobre el anteproyecto de LTSSE, la prestación de los servicios sociales debe desarrollarse dentro del marco normativo comunitario.

Pues bien, las nuevas Directivas de contratación pública (Directiva 2014/23/UE, Directiva 2014/24/UE y Directiva 2014/25/UE), publicadas el 28 de marzo de 2014, suponen un nuevo marco para la regulación de un régimen especial de servicios dirigidos a ciudadanos como son los educativos, los sanitarios y los sociales, tras tomar consciencia de la especial naturaleza de estas prestaciones que están dirigidas únicamente a los ciudadanos.

En este estado de cosas, las nuevas Directivas de contratación pública aportan dos novedades relevantes en relación con los denominados "servicios a las personas":

- 1) Tratamiento contractual específico y diferenciado respecto al resto de servicios que se caracteriza por los rasgos siguientes:
 - a. Es aplicable únicamente a aquellos servicios individualizados en los anexos IV de la Directiva 2014/23/UE, XIV de la Directiva 2014/24/UE y XVII de la Directiva 2014/25/UE.
 - b. Establecimiento de umbrales específicos para estos contratos de manera que la regla general es que sean muy superiores a los fijados para el resto de servicios (salvo las concesiones en las que los umbrales son los mismos).
 - c. Establecimiento de un régimen flexible y reglas mínimas para su licitación. En esta línea, el artículo 76.1 de la Directiva 2014/24/UE recoge que *"los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión"*. Es decir, son los legisladores nacionales los que deben establecer una regulación *ad hoc* que garantice los valores propios de estos servicios (calidad, continuidad, accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad y exhaustividad) pudiendo además disponer que la elección del proveedor de servicios se realice sobre la base de la *"oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y sostenibilidad"* (76.2 de la citada Directiva).
- 2) Utilización de fórmulas no contractuales: el considerando 6 de la Directiva 2014/24/UE advierte que *«conviene aclarar que los **servicios no económicos** de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva»*. Asimismo, los considerandos 54 de la Directiva 2014/23/UE, 114 de la Directiva 2014/24/UE y el 120 de la Directiva 2014/25/UE afirman que *"determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales (...)"*.

Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social. Al determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo nº 26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar que ello también puede suponer basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales 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».

En definitiva, las Directivas comunitarias otorgan libertad para que cada Estado miembro diseñe el marco jurídico que considere más apropiado para la prestación de estos servicios por tratarse de servicios de interés general (servicios a las personas) que se rigen, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación. De esta forma, los Estados son libres para excepcionar en su contratación las reglas de concurrencia de un contrato típico de servicios o de una concesión y adoptar modelos de licitación que atiendan especialmente a la regla de calidad (párrafo 61 de la STJUE de 208 de enero de 2016 (asunto C-50/14).

A este respecto, el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (actualmente en tramitación parlamentaria) no ha avanzado en dicha regulación específica más allá del reconocimiento de la categoría de los "servicios sociales y otros servicios específicos", los umbrales a efectos de las obligaciones de publicidad así como las reglas procedimentales especiales para el caso de las concesiones. Y es que, de conformidad con el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido en la Constitución, si bien el Estado tiene competencia exclusiva para el establecimiento de las bases de los contratos y concesiones administrativas (artículo 149.1.18 de la Constitución), es decir, si bien existe reserva de ley estatal para regular los contratos públicos entre los que se hallan los contratos de servicios a las personas, la elección de la fórmula concreta para la organización de este tipo de servicios (gestión directa o indirecta y dentro de esta última la elección de una

fórmula contractual o no contractual) es competencia de las Comunidades Autónomas puesto que han asumido su gestión (artículo 148 de la Constitución).

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por ende, tanto la elección como la configuración del régimen especial de concierto para la prestación de servicios sociales como instrumento distinto a la figura de gestión indirecta de la normativa contractual, son competencia de la Comunidad, en virtud de los artículos 10.12 y 10.39 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco y, dentro de ella, son competencia del Gobierno Vasco, en base a los artículos 40.1.a) y 31.2 y de la Disposición adicional octava de la LSS.

Esta opinión no se ve afectada por la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC), de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad nº 1884-2013, en relación con los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid.

El artículo 63 de dicha Ley preveía que la gestión de los centros de atención primaria, por cualquiera de las formas de gestión previstas en el TRLCSP, podría ofrecerse preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estuvieran constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que prestaban sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, a los efectos de lograr su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño.

El TC declara su inconstitucionalidad y argumenta que existe vulneración del artículo 1 TRLCSP (principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores) y del Derecho de la UE, así como infracción del artículo 149.1.18 de la Constitución en cuanto a la reserva de ley estatal para el establecimiento de las bases de los contratos y concesiones administrativas.

Pero lo más interesante de esta sentencia es que el TC recuerda que "el Derecho europeo no es canon de constitucionalidad de las leyes estatales o autonómicas. Este Tribunal ya ha afirmado en reiteradas ocasiones que el Derecho europeo no integra, en virtud del art. 96.1 CE, el canon de constitucionalidad bajo el que han de examinarse las leyes, de manera que la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores, no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5). Ello no es óbice, sin embargo, para que nuestro pronunciamiento sobre la contradicción alegada entre la legislación estatal y la norma autonómica deba partir de una interpretación de las disposiciones legales acorde con las exigencias del Derecho europeo".

De lo expuesto se deduce que las Comunidades Autónomas, siempre y cuando respeten la legislación básica en materia de contratación pública, pueden establecer posibilidades organizativas en el ámbito social. Las posibilidades que habilitan tanto las nuevas Directivas como la reciente doctrina TJUE, no quedan en modo alguno condicionadas por la doctrina del TC, pero dichas opciones deben justificarse y ser razonadas de forma suficiente para superar el "test de constitucionalidad", para lo cual sí se tendrán en cuenta las exigencias del Derecho comunitario y su

interpretación por el TJUE, en el sentido que se expondrá en el apartado IV.-1 de este informe.

• **COMPETENCIA PARA EMITIR INFORME.**

La JACP tiene competencia para emitir informe sobre el proyecto de la norma de referencia la cual tiene incidencia sobre la contratación administrativa en base a lo dispuesto en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi (antes el artículo 11 de la Ley 8/2003 de 22 de diciembre de elaboración de disposiciones de carácter general y del artículo 21.2.a) 4) del Decreto 136/1996, de 5 de junio, sobre régimen de contratación de la Administración del Comunidad Autónoma de Euskadi).

III. – CONTENIDO.

El proyecto de Decreto consta de los siguientes cinco capítulos dos de los cuales, el III y el IV, están divididos en secciones:

- I. DISPOSICIONES GENERALES.
- II. EL RÉGIMEN DEL CONCIERTO SOCIAL.
- III. ACCESO A LA CONCERTACIÓN.
 - SECCIÓN 1ª.- REQUISITOS PARA CONCERTAR.
 - SECCIÓN 2ª.- INHABILITACIÓN PARA CONCERTAR.
 - SECCIÓN 3ª.- PRIORIDAD EN EL ACCESO Y VALORACIÓN SOCIAL.
 - SECCIÓN 4ª.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN.
- IV. PROCEDIMIENTO DE CONCERTACIÓN.
 - SECCIÓN 1ª.- CONVOCATORIA, SELECCIÓN Y SUSCRIPCIÓN DE CONCIERTOS.
 - SECCIÓN 2ª.- FORMALIZACIÓN DE LOS CONCIERTOS Y CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS.
 - SECCIÓN 3ª.- EJECUCIÓN DE LOS CONCIERTOS.
 - SECCIÓN 4ª.- DURACIÓN, RENOVACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS CONCIERTOS.
 - SECCIÓN 5ª.- EXTINCIÓN DE LOS CONCIERTOS.
- V. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LOS CONCIERTOS.

Y se completa con dos Disposiciones adicionales, otras dos transitorias y una Disposición final.

IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL.

Tal y como se ha señalado en el apartado relativo a “*Consideraciones previas*”, el desarrollo de la LSS a través del Decreto cuyo borrador es objeto de este informe debe desarrollarse dentro del marco normativo comunitario conformado actualmente por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) y las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE que vienen a plasmar en normas jurídicas la doctrina construida durante años por el TJUE a través de sus sentencias.

Pues bien, constatar que el régimen de concierto del sistema vasco de servicios sociales contenido en el Decreto propuesto se desarrolla dentro de ese marco configurado por las normas comunitarias y que respeta sus límites en cuanto a su ámbito subjetivo (artículo 3.2) obliga a traer a colación la doctrina del TJUE fijada en tres de sus sentencias: sentencia de 17 de junio de 1997, asunto C-70/1995, decisión prejudicial, caso Sodemore; sentencia de 11 de diciembre de 2014, asunto C-113/13, decisión prejudicial, caso Spezzino; y sentencia de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, decisión prejudicial, caso Casta).

En la primera sentencia (asunto C-70/1995) se discutió si el requisito de no tener ánimo de lucro y obtener una habilitación para prestar servicios de asistencia social de carácter sanitario contrariaba la libertad de establecimiento del actual artículo 49 del TFUE y las Directivas de contratación pública. Se trataba de actividades destinadas directa y primordialmente a la protección de la salud del ciudadano a través de intervenciones de apoyo a la actividad sanitaria de prevención, cuidados y reeducación física y psíquica. El TJUE sentenció que “*en el estado actual del Derecho comunitario, un Estado miembro puede (...) considerar que un sistema de asistencia social (...), implica necesariamente, para alcanzar sus objetivos, que la admisión en dicho sistema de operadores privados en calidad de prestadores de servicios de asistencia social esté supeditada al requisito de que no persigan ningún fin lucrativo*” (párrafo 32). En consecuencia “*no puede considerarse que el requisito de la inexistencia de ánimo de lucro (en algunos casos) sea contrario a los artículos 52 y 58 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. **Lo determinante es que esta limitación «no puede colocar a las sociedades con ánimo de lucro de otros Estados miembros en una situación de hecho o de Derecho desventajosa respecto de las de las sociedades con ánimo de lucro del Estado miembro de establecimiento»***” (párrafo 32).

La segunda de las sentencias (asunto C-113/13) resuelve la cuestión prejudicial acerca, en primer lugar, de la compatibilidad con los artículos 49, 56, 105 y 106 TFUE de una norma interna que preveía que el transporte sanitario se adjudicara de forma prioritaria a las organizaciones de voluntariado reembolsándoles los gastos efectivamente soportados; y, en segundo lugar, de la compatibilidad con la normativa europea de contratos públicos con una norma nacional que permitía la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario, debiéndose considerar oneroso un acuerdo marco que preveía el reembolso no sólo de gastos sino incluso de costes fijos y de carácter duradero.



Sobre esta cuestión el TJUE declaró que *“los artículos 49 y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa”* (párrafo 65).

Pues bien, el TJUE afirmó que *“la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora de ese contrato es constitutiva de una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, que están situadas en otro Estado miembro. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otro Estado miembro, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE”* (párrafo 52). El factor clave, por tanto, es la existencia de esas **«circunstancias objetivas»** que justifiquen la diferencia de trato entre empresas.

Consideró el TJUE que concurrían en el caso tales *«circunstancias objetivas»*, reguladas legalmente en el ordenamiento interno, y que efectivamente justificaban la apuntada diferencia de trato dado que, sólo tras prever que *“la prestación de servicios de transporte sanitario es una actividad de **interés general que se rige por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación**”* (párrafo 53), la normativa nacional establecía que cuando no fuera posible su prestación por las propias empresas sanitarias y otras entidades públicas o asimiladas mediante sus propios medios y personal serían prestadas, con carácter prioritario, por organizaciones de voluntariado para garantizar que dicho servicio de interés general se prestara en condiciones de equilibrio económico en lo que atañe al presupuesto.

Según el TJUE, la restricción a la libre prestación de servicios que suponía tal preferencia en la adjudicación y su adjudicación directa encontraban justificación en el riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social que podían poner en peligro el objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad (párrafo 57). Por tanto, solo la efectiva contribución a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria (párrafo 60) justificaban el recurso a este tipo de organizaciones con carácter prioritario, siempre y cuando dichas organizaciones cumplieran los requisitos siguientes: 1) que solo persiguieran los objetivos mencionados anteriormente; 2) que no obtuvieran ningún beneficio por la realización de las prestaciones, sin perjuicio del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para su realización; y 3) que no proporcionaran ningún beneficio a sus miembros (párrafo 61).

En términos similares se pronunció el TJUE en la tercera de las sentencias (asunto C-50/14) en la que, al igual que en la segunda sentencia comentada, resolvió una cuestión prejudicial sobre la posible oposición al derecho comunitario por parte de la normativa italiana que permitía adjudicar directamente, sin publicidad alguna, la prestación del transporte sanitario a asociaciones de voluntariado. En dicha sentencia,

el Tribunal volvió a recordar que, si bien *"el Derecho de la Unión no afecta a la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de salud pública y de seguridad social"* (párrafo 59), *"la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro del poder adjudicador de ese contrato constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, establecidas en otro Estado miembro. Salvo que estuviera justificada por circunstancias objetivas, esa diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otro Estado miembro, perjudicaría principalmente a éstas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida por los artículos 49 TFUE y 56 TFUE"* (párrafo 56). Sin embargo, el TJUE matizó en el párrafo siguiente que circunstancias objetivas como son el marco jurídico nacional, la naturaleza de las prestaciones integradas en el servicio sanitario nacional, las apreciaciones del tribunal remitente sobre el efecto presupuestario de los conciertos así como la ausencia de ánimo de lucro de las asociaciones firmantes de dichos conciertos podían considerarse la excepción a la regla general de adjudicación basada en los principios de publicidad, transparencia y concurrencia. Y es que el recurso a dichas organizaciones para la prestación del servicio de transporte sanitario podía estar motivado por los principios de universalidad y de solidaridad, y por razones de eficiencia económica y de adecuación, ya que permitían que ese servicio de interés general fuera prestado en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario por organismos constituidos esencialmente para servir al interés general.

Analizada la jurisprudencia del TJUE, se puede concluir que la utilización del concierto (o del convenio) —como fórmula no contractual en la que existe una preferencia de adjudicación o incluso una adjudicación directa en base a criterios de tipo geográfico, territorial o de nacionalidad— es una medida restrictiva del derecho comunitario a la libre prestación de servicios que solo puede ser válida si se realiza con entidades sin ánimo de lucro que cumplan con los requisitos anteriormente expuestos. Esta tesis resulta plenamente coherente con lo establecido por el propio Estado, mediante la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, y por la CAE, mediante LTSSE, que determinan la preferencia en la gestión de prestaciones de carácter social a favor de este tipo de entidades en el marco de conciertos o convenios, independientemente de que la LSS contemple la posibilidad de concertar con entidades con ánimo de lucro.

En este sentido, compartimos la opinión del legislador de la Comunidad Autónoma de Aragón que habilita la celebración de conciertos sociales exclusivamente con entidades sin ánimo de lucro. A este respecto dice la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario que la filosofía que subyace en la nueva regulación es simple: *"si un operador económico aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial, un lucro, como consecuencia de su colaboración con la Administración pública en la prestación de servicios a las personas, sólo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación. Sólo desde la gestión solidaria, sin ánimo de lucro, de estas prestaciones podrá colaborarse con la Administración bajo la forma de acción concertada"*. Y de ahí que, entre otras cosas, la financiación de los conciertos comprenda (como máximo) *"los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, **sin incluir beneficio industrial**"*.

2. CONSIDERACIONES AL ARTICULADO.

En primer lugar, en el resumen previo, al final de la página 3, la referencia al Capítulo III, contiene una errata. Debería omitir "Se prevén también".

2.1. CONSIDERACIONES A LOS ARTÍCULOS DEL CAPÍTULO I.

Este capítulo, que contiene las disposiciones generales, abarca los artículos que van desde el artículo 1 al 6.

Artículo 1.- Objeto y finalidad.

En el apartado 1 se perfila el objeto del Decreto como el desarrollo reglamentario de la LSS. Por tanto, se trata de un reglamento ejecutivo o de desarrollo de una norma de rango legal dictado para concretar o pormenorizar sus previsiones abstractas.

En este artículo se distinguen dos tipos de regímenes: en primer lugar, el régimen de concierto entre las Administraciones Públicas vascas y la iniciativa privada en general (tanto las que tienen ánimo de lucro como las que no lo tienen); y, en segundo lugar, el régimen de concierto social entre las Administraciones Públicas vascas y entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro.

Pues bien, sin perjuicio de lo indicado respecto a la regulación contenida en el artículo 7, consideramos inadecuado diferenciar dos tipos de concierto (concierto y concierto social) tomando como criterio la naturaleza jurídica de la entidad prestadora del servicio.

Por un lado, tal y como ya se ha apuntado en las consideraciones jurídicas de carácter general, estimamos que la concertación de prestaciones sociales que, a priori, se incluyen en el ámbito objetivo de aplicación de las Directivas comunitarias de contratación, solo es posible con entidades sin ánimo de lucro, independientemente de que la LSS incluya aquellas otras entidades que tengan como fin lucrarse. Y es que tanto la norma reglamentaria como la ley que esta desarrolla deben ser acordes con la Derecho europeo y con la doctrina del TJUE como máximo intérprete de este, so pena de ser consideradas contrarias a las normas comunitarias.

Por otro lado, la calificación de este tipo de conciertos como "sociales", distintos de cualquier figura recogida en la normativa contractual, debiera venir fundamentada por el objeto o la naturaleza de la prestación y no por la de la entidad que la vaya a realizar. Consecuentemente, todos los conciertos que pretende regular este Decreto deberían denominarse "conciertos sociales".

Artículo 2.- Ámbito material.

Sin perjuicio de lo indicado en el análisis del siguiente artículo, el ámbito material u objetivo de la acción concertada al que se refiere este artículo debería contener en primer lugar una definición de lo que debe entenderse por concierto "social" a falta de definición en el apartado 1 del artículo 61 LSS.



El artículo 61.1 LSS se limita a definir el régimen de conciertos de forma negativa, es decir, a partir de lo que no es, de manera que dicho régimen es *"un régimen de concierto diferenciado de la modalidad contractual de concierto regulada en la normativa de contratación de las administraciones públicas, en cuyo marco se prevé el sostenimientos con fondos públicos de los servicios de responsabilidad pública prestados por dichas entidades"*.

El artículo 61.1 LSS señala que las prestaciones que pueden ser concertadas son aquellas relativas a los servicios incluidos en el Catálogo de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales.

Se sugiere como definición de concierto social la siguiente: *"instrumento organizativo de naturaleza no contractual a través del cual las Administraciones Públicas vascas podrán organizar la prestación de los servicios definidos en el artículo 4 de este Decreto, cuya financiación, acceso y control sean de su competencia, y que se ajustará al procedimiento y requisitos previstos en este Decreto y en la normativa sectorial que resulte de aplicación"*.

Sobre el ámbito objetivo de esta fórmula no contractual, ya se ha indicado en este informe que las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE recogen en los anexos XIV, IV y XVII, respectivamente, los servicios que pueden ser considerados como "servicios sociales" en relación con el Reglamento 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, en el cual se encuentra recogido actualmente el vocabulario común de contratos públicos (CPV). Estos servicios son, entre otros, los "servicios sociales y de salud" entre los cuales se incluyen, con respecto a los primeros, los "servicios de asistencia social y servicios conexos", que, al mismo tiempo, comprenden los "servicios de asistencia social" –con alojamiento (servicios de bienestar social) o sin alojamiento (servicios de centros de día, reparto a domicilio de alimentos, servicios de orientación y asesoramiento, servicios de bienestar social no prestados por instituciones residenciales y servicios de rehabilitación)– y los "servicios sociales".

Por tanto, podrán ser considerados servicios sociales a efectos de concertación todos aquellos servicios que se incluyan dentro del ámbito de aplicación de los citados anexos de las Directivas comunitarias.

Artículo 3.- Ámbito subjetivo.

En el apartado 1 se regula una de las partes firmantes del concierto, la parte pública, de manera que solamente podrán formalizar conciertos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi las Administraciones Públicas vascas definidas a tal efecto en ese apartado.

Las concretas competencias de las distintas Administraciones Públicas vascas en materia de servicios sociales vienen definidas en el capítulo I del Título III de la LSS que establece el régimen competencial en el sistema vasco de servicios sociales del Gobierno Vasco, Diputaciones forales y Ayuntamientos.

Este régimen competencial, sin embargo, no se entiende modificado por el hecho de que el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local (en adelante LBRL), al ser modificado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, haya suprimido la



competencia municipal de prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social y la haya sustituido por la de evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. Y es que no puede desconocerse que el artículo 25.2 LBRL *“no atribuye competencias; introduce condiciones a la legislación que las confiera. La atribución en sentido estricto sigue correspondiendo a la legislación sectorial estatal y a las Comunidades Autónomas, cada cual en el marco de sus competencias»* (STC 41/2016, de 10 de marzo).

La LSS es, por tanto, la Ley sectorial autonómica vasca que, en desarrollo de la competencia exclusiva en materia de asistencia social que atribuye el artículo 10.12 del Estatuto de Autonomía Vasco a la Comunidad Autónoma de Euskadi, distribuye competencias en esta materia en virtud de la garantía constitucional de autonomía local.

En el apartado 2 se regula la parte concertante privada refiriéndose a las entidades privadas tanto sin ánimo de lucro como con ánimo de lucro. La improcedencia de aplicar esta fórmula no contractual a las entidades con ánimo de lucro ya ha sido objeto de estudio en este informe.

Artículo 4.- Objeto de los conciertos.

Este artículo no presenta innovación normativa alguna puesto que se limita a reproducir lo dispuesto en otras normas vigentes.

El apartado 1 comienza transcribiendo el apartado 1 de artículo 62 LSS y, seguidamente, reproduce lo dispuesto en las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 3 del Decreto 40/1998, de 10 de marzo, por el que se regula la autorización, registro, homologación e inspección de los servicios sociales de la CAPV.

El último párrafo matiza que en cualquier caso deben referirse a los servicios incluidos en el Catálogo de prestaciones y servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales, en los términos y con la modalidad que defina la Cartera de Prestaciones y Servicios.

Debería ser este párrafo el que presidiera este artículo, puesto que son los servicios incluidos en el Catálogo de prestaciones y servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales, y no otros, los que pueden ser organizados a través del régimen de concertación, independientemente de que posteriormente se concreten las prestaciones que pueden conformar esos servicios, y sin perjuicio de lo indicado sobre el ámbito material del artículo 2.

El apartado 2 prohíbe la posibilidad de que un único concierto afecte a varios servicios. No obstante, dicha disposición contradice lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 62 LSS según el cual *“podrá suscribirse un único concierto que englobe a varios servicios y/o centros, siempre que éstos tengan el mismo titular”*.

Artículo 5.- Principios básicos.

Este artículo recoge los principios por los que se deben regir en su acción concertadora tanto las Administraciones Públicas como las entidades privadas.

Respecto a los principios que rigen la actuaciones de las Administraciones Públicas se echa en falta el principio de estabilidad presupuestaria, el cual, tal y como se ha argumentado en el apartado de consideraciones jurídicas de carácter general, debe ser una de las circunstancias objetivas que justifique el régimen de concertación entre Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro como la excepción al derecho comunitario de libertad de prestación de servicios.

Artículo 6.- Aplicación del régimen de concierto.

A pesar de su título, este artículo no regula el régimen de concierto sino el de convenio con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro. Tras declarar que los regímenes de concierto y de convenio son las fórmulas prioritarias en la prestación de servicios sociales, este artículo se limita a “regular”, en desarrollo del artículo 69 de la LSS, el régimen de convenio con entidades sin ánimo de lucro de iniciativa social en los supuestos que dicho artículo recoge.

Pues bien, antes de entrar a analizar la regulación contenida en este artículo en relación con los convenios, es preciso apuntar que, si bien las prestaciones personales de carácter social pueden estar excepcionadas de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios por su marcado carácter estratégico y de interés general —lo cual justifica que su “contratación” deba regirse por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación—, también es jurídicamente correcto acudir a modelos de licitación que atiendan a la regla de la oferta económicamente más ventajosa que determina la adjudicación en los procedimientos regulados por el TRLCSP (ver considerando 54 de la Directiva 2014/24/UE, transcrito en el apartado “consideraciones previas”).

De todo lo expuesto se deduce que la elección de un régimen u otro en cada caso exige motivar su elección frente a otras posibilidades, en virtud de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9) y de legalidad de la actuación administrativa (artículo 103), así como del derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros de la Unión Europea, (artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en su artículo II, 101.2c).

Y, volviendo a la regulación propuesta para el régimen convencional como instrumento para organizar los servicios sociales mediante entidades sin ánimo de lucro de iniciativa social, sin perjuicio de que este régimen puede tener encaje en el nuevo marco normativo comunitario como fórmula no contractual junto a el concierto social, su desarrollo reglamentario también tiene que respetar lo dispuesto en las leyes sectoriales que desarrolla (no solo la LSS sino también LTSSE) así como en el resto de normas de rango legal, en tanto y cuanto es una norma sometida a la Constitución y a las leyes.

Es importante en este momento aclarar que la LTSSE debe ser tenida en cuenta en el presente desarrollo reglamentario puesto que, tal y como esta señala en su exposición de motivos, *“la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales, dio entrada en nuestro ordenamiento, aunque sin definirlo, al tercer sector de acción social (...)”* y que *“la exposición de motivos de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de*

Servicios Sociales, establece que «(...) se constata la necesidad de reforzar la colaboración con el tercer sector, (...)». Y es objeto de la LTSSE, precisamente, configurar y caracterizar el tercer sector social de Euskadi (artículo 1).

El artículo 15 LTSSE establece la siguiente diferenciación de instrumentos en función del tipo de servicio de que se trate:

- a) En el caso de servicios de responsabilidad pública en el ámbito de la intervención social (apartados 1 y 2 del artículo 4 LTSSE), el instrumento para su provisión será el régimen de concierto diferenciado previsto en la LSS (apartado 1).
- b) En el caso de servicios de responsabilidad pública así como de otras actividades sociales de interés general de las organizaciones que las Administraciones Públicas consideren oportuno promover (apartado 3 del artículo 4 LTSSE), los instrumentos para su provisión serán los convenios y acuerdos marco de colaboración previstos en la LSS. A estos efectos, el artículo 69 LSS dispone que *“las administraciones públicas vascas podrán establecer **convenios con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro** para la provisión de prestaciones y servicios integrados en el catálogo del Sistema Vasco de Servicios Sociales en aquellos **supuestos** en los que la singularidad de la actividad de la entidad o de la prestación o servicio del que se trate, su carácter urgente o su carácter innovador y experimental, aconsejen la no aplicación del régimen de concierto en los términos en los que el mismo se regule y así se motive”*.
- c) En el caso de servicios de responsabilidad pública con entidades con actividad de carácter singular en los términos definidos en el artículo 12.3 LTSSE, el instrumento para su provisión será el convenio de conformidad con la LSS (artículo 69 LSS).

De lo expuesto se deduce que el artículo 6 debería tener un título más acorde con la regulación que contiene, como podría ser el de *“instrumentos para formalizar la cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas vascas y las entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro”* y recoger de forma clara y precisa, en desarrollo de los artículos 15 LTSSE y 69 LSS, los siguientes aspectos: a) que los instrumentos no contractuales mediante los cuales las entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro pueden colaborar y cooperar con las Administraciones son el concierto social y el convenio; b) definición de convenio; y c) regulación de los supuestos en que se utilizará una u otra fórmula no contractual, es decir, regulación del objeto del concierto y del convenio.

Respecto a esto último, el borrador de Decreto se limita a recoger los supuestos recogidos en el artículo 69 LSS: singularidad de la actividad de la entidad, singularidad del servicio, carácter innovador y experimental del servicio o carácter urgente de un servicio.

- **Singularidad de la actividad de la entidad** (referenciado con la letra a) del artículo 6): este supuesto viene contemplado en el apartado 3 del artículo 12 LTSSE que regula los requisitos que debe cumplir la entidad para que su actividad pueda considerarse singular. Estos requisitos se basan en las características de la organización y en las características de su intervención. La LTSSE, a la hora de establecer estos requisitos en el artículo 12, parte de que la entidad con la que se pretende formalizar el convenio cumple con los requisitos que se exigen en el artículo 3, es decir, parte de que la entidad es una organización de iniciativa social

(entidad de acción voluntaria, que parte de la sociedad civil y surge de ella y para ella, que es privada, no lucrativa y participativa). Esta norma debería remitirse también al artículo 3 LTSSE para definir lo que se entiende por entidades de iniciativa social. No olvidemos que el Decreto deberá respetar las normas con rango de Ley actualmente en vigor y algunas de las características que contiene este apartado a) no coinciden con las establecidas en la LTSSE.

En primer lugar, la consideración como singular exige que la entidad haya sido declarada de interés social, requisito que debería exigirse en todos los supuestos habilitadores de la utilización del convenio recogidos en ese artículo 6 y no solamente para este. Declaración que, en segundo lugar, exige que la entidad no tenga ánimo de lucro, esté constituida directamente por las propias personas y familias destinatarias o que haya surgido de la sociedad vasca y mantenga un vínculo y compromiso estable con el territorio estable con el territorio y con las personas, familias, grupos, colectivos o comunidades destinatarias de su actividad (artículo 3 LTSSE).

En cuanto al requisito de ausencia de ánimo de lucro, el borrador de norma entiende que una entidad no tendrá ánimo de lucro cuando cumpla con la condición de reinvertir los hipotéticos beneficios en la mejora de la actividad o en las condiciones de los colectivos a los que representa. Esta definición es más amplia y menos restrictiva que la realizada por la letra d) del artículo 3 de la LTSSE puesto que esta define la ausencia de ánimo de lucro no solo como la falta del fin de distribución de beneficios económicos sino que exige, además, que las entidades hayan adoptado una figura jurídica que, en apoyo de su fin no lucrativo, obligue a reinvertir los posibles beneficios en la misión de la organización. La naturaleza participativa en la toma de decisiones de la entidad deberá respetar la normativa aplicable a su forma jurídica.

No obstante, la definición contenida en la norma reglamentaria es bastante similar a la contenida en la letra b) del artículo 2 LTSSE en relación con las sociedades mercantiles: *“se entenderá con carácter no lucrativo la previsión estatutaria de la obligación de reinversión de los beneficios en las actividades que constituyen su objeto social”*.

Sobre la apreciación de si un organismo actúa o no sin ánimo de lucro se pronunció el TJUE, en aplicación de la Directiva de IVA, en sentencia de 21 de marzo de 2002 (Asunto C-174-00). En la citada sentencia señaló que la clave para apreciar si existe ánimo de lucro está en el objetivo perseguido por el organismo, es decir, *“dicho organismo no debe aspirar a obtener beneficios para sus socios, en contra de la finalidad de cualquier empresa mercantil”* (párrafo 26) de manera que el hecho de que *“ulteriormente el organismo obtenga beneficios, aun cuando intente conseguirlos o los genere sistemáticamente, no permite poner en entredicho la calificación inicial de dicho organismo mientras dichos beneficios no se distribuyan a sus socios en concepto de ganancias”* (párrafo 28).

Por tanto, habrá que entender la letra b) del artículo 2 LTSSE en el sentido de que, a pesar de su referencia a las sociedades mercantiles, solo formarán parte del Tercer Sector Social las organizaciones sin ánimo de lucro.



Esta misma conclusión se desprende de la última parte de la letra b) del mismo artículo en relación con los centros especiales de empleo y a las empresas de inserción social y laboral, según la cual *“En especial, se incluirá en este ámbito a los centros especiales de empleo y a las empresas de inserción social y laboral que estén debidamente inscritas en sus registros oficiales correspondientes, siempre que cumplan los requisitos recogidos en el presente párrafo, además de los previstos en su normativa específica”*.

Por tanto, solamente aquellos centros especiales de empleo que carezcan de ánimo de lucro, tal y como dispone la letra b) del artículo 5 del Real Decreto 2773/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido –hoy la referencia sería al art. 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-, podrán integrar el Tercer Sector Social a efectos de la LTSSE y, por ende, del Decreto cuyo borrador es objeto de este informe.

Respecto a las empresas de inserción social y laboral, el artículo 4 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, señala en su primer párrafo que tendrá tal consideración aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa que reúna los requisitos que en dicho artículo se recogen. Y, dada la incompatibilidad puesta de manifiesto por el TJUE entre la ausencia de ánimo de lucro y la finalidad de cualquier empresa mercantil, solo tendrá cabida en dicha definición aquellas cooperativas que, de conformidad con la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi y la normativa que la desarrolla, puedan tener dicha consideración.

Asimismo, la definición de la singularidad de la actividad viene contenida no solo en la letra a) del artículo sino con carácter previo al desglose de los supuestos que habilitan la utilización del convenio. En el segundo párrafo del artículo 6 se indica que para apreciar la singularidad de la actividad de la entidad se atenderá a *“su especialización en la atención a colectivos más vulnerables”* o a *“las particularidades de su modelo de intervención en desarrollo de una atención continuada, personalizada, integral y de calidad”*. No es adecuada esta previsión fuera del apartado reservado expresamente a definir qué se entiende por *“singularidad de la actividad”*.

En definitiva, la letra a) del artículo 6 del proyecto no desarrolla las previsiones contenidas en el artículo 12.3 LTSSE puesto que se limita a incorporarlas sin añadir mayor concreción que la ofrecida por la Ley.

- **Singularidad del servicio** (referenciado con la letra b) del artículo 6): la definición de la singularidad del servicio viene desglosada en dos tipos de causas. La segunda de ellas viene recogida de forma un tanto oscura de manera que no se entiende correctamente cuándo el servicio será considerado singular: *“cuando la entidad privada prestadora del servicio social de que se trate afecte la prestación del servicio a un centro especial de empleo”*.
- **Carácter innovador y experimental del servicio** (referenciado con la letra c) del artículo 6): este supuesto viene regulado por remisión a la disposición



adicional segunda del Decreto 40/1998, de 10 de marzo, por el que se regula la autorización, registro, homologación e inspección de los servicios sociales de la CAE. No obstante esa remisión, y sin perjuicio de que la disposición adicional citada establece un plazo máximo de dos años de autorización del servicio, el borrador que se informa establece el mismo plazo pero no como límite máximo temporal sino que recoge una provisionalidad de dos años con carácter fijo.

- **Carácter urgente del servicio** (referenciado con la letra d) del artículo 6): se recogen los supuestos de hecho que justifican la urgencia para recurrir al convenio.

En este supuesto se exige motivación escrita de la formalización del convenio en base a la aparición repentina de la necesidad que con carácter urgente se debe cubrir.

Dicha motivación debería exigirse no solo en este cuarto supuesto sino siempre que se pretenda suscribir un convenio sea cual sea el motivo que lo habilite. Esta exigencia sería coherente con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 6 que señala que las Administraciones Públicas vascas podrán recurrir al convenio cuando la concurrencia de alguno de los supuestos mencionados anteriormente “aconsejen” la no aplicación del régimen del concierto. Es decir, del tenor literal de ese segundo párrafo del artículo 6 del Decreto, que es acorde con lo dispuesto en el artículo 69 LSS, se deduce que la suscripción del convenio no procede de forma automática cuando concurra alguno de los supuestos tasados por la Ley sino que opera un amplio grado de discrecionalidad a la hora de decidir si recurrir al convenio o al concierto.

En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en la letra i) del artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), según el cual deberán motivarse “*los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales*”, y del propio artículo 69 LSS que dispone que en todos los casos en que concurran alguno de los motivos expuestos no sea aconsejable el concierto se utilizará el convenio “*en los términos en los que el mismo se regule y así se motive*” (en consonancia con lo dispuesto en el artículo 50.1 la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público —en adelante, LRJSP— que exige acompañar al convenio “*de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de lo previsto en esta Ley*”, deberán constar en el expediente del convenio los motivos por los que se recurre a él.

Llegados a este punto, conviene aclarar que los convenios “sociales” como instrumento no contractual distinto del “concierto social” (a los que no se les aplica la normativa en materia de contratación pública) vienen regulados en la LSS únicamente en el artículo 69 (a diferencia del concierto al que le dedica ocho artículos y cuya regulación constituye el objeto principal de este Decreto) y, a lo no previsto en dicho artículo, les será de aplicación lo previsto en la LSS para el régimen de concierto, en cuanto a características y requisitos, siempre que no resulten incompatibles con su naturaleza y, en particular las disposiciones normativas reguladoras de los módulos económicos, de los requisitos de acceso y de las medidas de discriminación positiva (segundo párrafo del artículo 69 LSS), y, supletoriamente,

la LPAC y la LRJAP, en sustitución de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (disposición final primera LSS).

El segundo párrafo del artículo 69 LSS establece que *“serán de aplicación a dichos convenios todas aquellas características y requisitos propios del régimen de concierto que no resulten incompatibles con la naturaleza de aquéllos; en particular, serán de aplicación las disposiciones normativas reguladoras de los módulos económicos, de los requisitos de acceso y de las medidas de discriminación positiva”*. Estos convenios deberán formalizarse a través de contratos-programa en los términos previstos para los conciertos en el artículo 68 LSS (apartado 3 del artículo 69 LSS).

Por tanto, el documento que recoge el acuerdo de voluntades entre las partes a través del cual se perfecciona el convenio (artículo 48.8 LRJAP), y que la LSS denomina contrato-programa, deberá recoger, entre otras cuestiones, la duración del convenio (letra b del artículo 68).

Sobre esta cuestión, el artículo 6 del borrador prevé diferentes plazos de duración en función del motivo que fundamente su suscripción. En los casos de singularidad de la actividad o del servicio se establece una duración indefinida, dependiente exclusivamente de la voluntad de las partes. Esta previsión puede considerarse contraria no solo a lo dispuesto en el artículo 68 LSS, que obliga a determinar la duración del convenio en el contrato-programa, sino también a lo dispuesto en la letra h) del artículo 49 LRJSP que prohíbe los convenios de vigencia indefinida en coherencia con el artículo 51 que recoge como primera causa de resolución de los convenios el transcurso del plazo de vigencia sin haberse acordado su prórroga. Por tanto, el plazo de vigencia debe fijarse en todo caso en el convenio y debe respetar las reglas del artículo 49 h) LRJAP que señala una duración máxima de cuatro años salvo que normativamente se prevea un plazo superior.

Es, por tanto, este Decreto el lugar donde se debería establecer para este tipo de convenios un plazo de vigencia máximo, nunca indefinido, así como la duración máxima de la renovación en los casos que dicha posibilidad se prevea en el contrato-programa.

2.2. CONSIDERACIONES A LOS ARTÍCULOS DEL CAPÍTULO II.

Este capítulo contiene únicamente un artículo, el artículo 7 denominado “el concierto social de servicios sociales”.

Tal y como se indicó en el análisis del artículo 1, e independientemente de que se considere un instrumento válido solamente si se suscribe con entidades sin ánimo de lucro, el concierto que se pretende regular como diferenciado de la modalidad contractual de concierto regulada en la normativa de contratación de las Administraciones Públicas (artículo 61.1 LSS) deberían tener una única denominación en base al carácter social de la prestación, independientemente de la naturaleza jurídica o las características propias de la entidad prestadora del servicio. Es más, la propia LSS solo hace una distinción en relación con este tipo de entidades de iniciativa social y es para el caso concreto de la suscripción de convenios (artículo 69 LSS).

En base a lo expuesto hasta ahora, se concluye que el contenido del artículo 7 debería eliminarse en su totalidad por los motivos que para cada apartado concreto se señalan a continuación:

El apartado 1 carece de contenido puesto que la regulación que garantiza la continuación de la relación existente en el momento en que entre en vigor el Decreto está regulada en la disposición transitoria primera, que es donde efectivamente dicha previsión tiene que recogerse.

El apartado 2 atribuye a los conciertos celebrados con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro la denominación de “conciertos sociales de servicios sociales”. Tal y como se ha indicado anteriormente, la calificación de un concierto como social debería basarse en las características de su objeto y no en las del sujeto que realiza la prestación, es decir, todos los conciertos cuyo objeto sea un servicio social debería calificarse de conciertos sociales independientemente de que la entidad sea de iniciativa social o no. Este mismo razonamiento es aplicable al apartado 3 en cuanto a la consideración de conciertos sociales cuando la entidad es de iniciativa social sin ánimo de lucro de interés social.

Como consecuencia de lo señalado respecto a los tres primeros apartados, carece de sentido establecer especialidades en el procedimiento de concertación de un servicio social con motivo de que la entidad que lo vaya a realizar sea de iniciativa social (apartado 4). Tampoco lo tiene indicar como requisito de solvencia técnica que la entidad no tenga ánimo de lucro (apartado 5) ya que solo las entidades privadas sin ánimo de lucro pueden acceder a los conciertos sociales, y puesto que la ausencia de ánimo de lucro no es una cuestión de solvencia sino que es una característica inherente a la forma jurídica de la entidad.

2.3. CONSIDERACIONES A LOS ARTÍCULOS DEL CAPÍTULO III.

Este capítulo consta de doce artículos (del artículo 8 al 19) y está dividido en cuatro secciones:

- La sección primera (artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15) se denomina “Requisitos para concertar” en desarrollo de los artículo 59 LSS (artículos 9, 10 y 15) y 64 LSS (artículos 11,13 y 14) (capítulo I del título V).
- La sección segunda está compuesta de los artículos 16 y 17 y regula la “Inhabilitación para concertar” o, lo que es lo mismo, las prohibiciones de concertar.
- Las secciones tercera “Prioridad en el acceso y valoración social” y cuarta “Condiciones especiales de ejecución” contienen un único artículo cada una, el artículo 18 y 19 respectivamente.

Artículo 8.- Capacidad de obrar.

Este artículo se centra en los requisitos documentales a efectos de acreditar la capacidad de obrar. Obvia, sin embargo, definir qué se entiende por capacidad de obrar, es decir, no se indica que las prestaciones objeto de concertación deben estar

comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.

Artículo 9.- Inscripción registral, autorización y homologación de servicios sociales.

La previsión recogida en este artículo no aporta nada al desarrollo de la regulación legal y supone una reiteración de lo recogido en el artículo 59 LSS. La única matización que introduce la norma proyectada es la relativa a los registros forales, dependiendo del ámbito geográfico, matización que tampoco introduce ninguna novedad puesto todas estas obligaciones ya están reguladas en el Decreto 40/1998, de 10 de marzo.

Artículo 11.- Disponibilidad de medios técnicos y profesionales.

En el apartado 3 de este artículo se concretan los medios que pueden exigirse en las convocatorias de los conciertos para acreditar la disponibilidad de los medios técnicos y profesionales que el artículo 64.2 LSS exige.

La letra c) de este apartado recoge, entre dichos medios, la declaración sobre las instalaciones, medios materiales y equipamiento técnico pero, además, incluye en su segundo párrafo una previsión cuyo texto resulta confuso, quizá por su ubicación, e inexacto puesto que, tal y como está redactado, incluye el contrato de arrendamiento como un derecho real.

Se sugiere que dicho párrafo se reubique de manera que aparezca al final del texto que conforma la regulación contenida en la letra c), puesto que solo puede referirse a aquellos casos en los que sea necesario un centro. Se propone la siguiente redacción.
"(...)Cuando la persona o entidad titular del centro no sea propietaria del local o edificio deberá acreditar que cuenta con la autorización de la persona propietaria para destinarlo a los fines específicos del concierto, no siendo suficiente contar con una autorización de carácter genérico, salvo que la facultad de disponer del inmueble sea de la administración pública que promueve el concierto bajo el título de propietaria o titular de un derecho real o personal que permita dicha disposición".

En el apartado 4 se repite el mismo error comentado respecto al artículo 7 ya que la ausencia de ánimo de lucro no es una cuestión de solvencia sino que es una característica inherente a la forma jurídica de la entidad.

Algo similar ocurre en este apartado al referirse a la "solvencia técnica de iniciativa social" cuando la naturaleza y contenido de la prestación lo requiera. Las organizaciones de iniciativa social definidas en el artículo 3 LTSSE tienen como finalidad la establecida en el artículo 2.1 LTSSE para cuya consecución llevarán a cabo actividades de intervención social. Con la expresión "de iniciativa social" tanto la LTSSE como la LSS se están refiriendo a una característica de ciertas entidades sin ánimo de lucro consistente en la persecución de los fines previstos en el artículo 2.1 LTSSE.

Por tanto, lo que este apartado realmente está regulando es la reserva de determinados conciertos a las entidades de iniciativa social reguladas en el artículo 3 LTSSE, por tratarse de una prestación que consiste en la promoción de la inclusión social, la cooperación al desarrollo y el ejercicio efectivo de los derechos de personas,



familias, grupos, colectivos o comunidades que afrontan situaciones de vulnerabilidad o exclusión, desigualdad, desprotección, discapacidad o dependencia (artículo 2.1 LTSSE). La posibilidad de reservar determinados conciertos a entidades de iniciativa social se estudiará cuando se analice la previsión de reservar conciertos a entidades sin ánimo de lucro declaradas de interés social.

No obstante la observación plasmada en el párrafo anterior, —y sin perjuicio de aprovechar la oportunidad para apuntar que la concreta experiencia, conocimientos y medios técnicos deberán indicarse en la correspondiente convocatoria de concierto, no en el “expediente”, puesto que este no deja de ser una mera serie ordenada de actuaciones administrativas—, debo señalar que la remisión al TRLCSP para establecer la forma de concretar los requisitos de experiencia, conocimientos y medios técnicos en cada convocatoria no es la forma más adecuada para hacerlo (por tratarse precisamente de un instrumento que “huye” de la norma contractual), ni la más coherente con el resto del articulado del proyecto normativo (con el propio artículo 11 y el artículo 13 relativo a la experiencia).

Artículo 12.- Reserva de conciertos a entidades sin ánimo de lucro declaradas de interés social.

Se establece en el apartado 1 que *“las administraciones públicas vascas reservarán la participación de al menos un 30% sobre el total del importe presupuestario anual destinado a la nueva concertación de servicios sociales para las entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro declaradas de interés social”*.

Esta reserva a entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro declaradas de interés social frente al resto de entidades sin ánimo de lucro que no hayan sido declaradas de interés social (aunque sean de iniciativa social) rebasa la regulación de la ley objeto de desarrollo que no prevé reserva alguna. Tampoco lo hace la LTSSE a favor de entidades de iniciativa social frente a otras entidades sin ánimo de lucro que no hayan sido declaradas de interés social. Ambas Leyes circunscriben el trato preferente a favor de este tipo de entidades al ámbito de las subvenciones y ayudas (el artículo 74.3 LSS establece un régimen de preferencias en su concesión a favor de entidades de interés social y los artículos 17.4 y 18 LTSSE disponen que las Administraciones realizarán convocatorias de subvenciones para apoyar a las entidades de iniciativa social) y a los convenios en los supuestos ya analizados en este informe.

Esta misma conclusión es aplicable a la reserva que encubiertamente se recoge en el artículo 11 a favor de entidades de iniciativa social, sin perjuicio de que el objeto del concierto deba estar entre los fines, objeto o ámbito de actividad de las entidades que participen en el procedimiento de concertación, tal y como se ha apuntado en el análisis del artículo 8.

Artículo 13.- Experiencia y presencia previa.

Este artículo desarrolla lo previsto en el apartado 1 del artículo 64 LSS. La LSS impone que la entidad acredite su presencia previa en la zona para poder acceder al concierto. Sin embargo, la Ley no contiene definición de lo que debe entenderse por zona. La norma que se informa, en desarrollo de la previsión legal, debería definir qué se debe entender por zona a efectos de evitar posibles interpretaciones restrictivas de la concurrencia en fase de convocatoria del concierto, máxime si la Administración que promueve el concierto es un ayuntamiento.

Artículo 14.- Igualdad de género y conciliación de la vida familiar y social.

Tal y como se señalará cuando se analice el artículo 19, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres entronca la obligación de aportar medidas y planes dirigidos a la consecución de los objetivos de igualdad entre mujeres y hombres y la conciliación laboral, personal y familiar con la normativa laboral. Consecuentemente, escapa a la voluntad de las empresas y, por tanto, de las entidades la definición de las concretas medidas y planes a adoptar.

Artículo 16.- Causas de inhabilitación.

En este artículo se recoge una serie de causas que impiden a las entidades concertar con las Administraciones Públicas lo cual rebasa nuevamente el ámbito de la regulación de la ley que desarrolla.

Recordemos que el ámbito propio de los reglamentos está delimitado por los principios de jerarquía y de reserva de ley. Como es sabido, existen dos tipos de reserva de ley. Una reserva de ley material, que se produce cuando la Constitución dispone que determinadas materias han de regularse necesariamente por ley, y una reserva de ley formal, que es fruto del principio de la congelación de rango y que tiene lugar por la mera regulación de una materia en una norma con rango de ley, pues ello excluye su regulación posterior a través de norma reglamentaria, salvo que se produzca previamente una deslegalización.

La reserva de una materia a la ley no veda por completo la utilización de normas reglamentarias en su regulación sino que implica únicamente la limitación de la tarea del reglamento a la colaboración con la ley que aborde previamente la materia. En cualquier caso, la remisión al reglamento sólo es válida si la ley establece por sí misma los aspectos fundamentales del régimen jurídico de la materia y la colaboración del reglamento se refiere a aspectos secundarios, adjetivos, colaterales o conexos (Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987).

Pues bien, el artículo 61.2 LSS dispone que *"El Gobierno Vasco, en el marco de lo establecido en la presente Ley, establecerá el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados que se integren en el Sistema Vasco de Servicios Sociales, regulando los aspectos básicos del régimen de concierto y en particular los requisitos de acceso, la duración máxima y las causas de extinción del concierto, así como las obligaciones de las partes"*.

Es evidente que el Gobierno Vasco está habilitado por la LSS para desarrollar a través del presente Decreto los requisitos de acceso al régimen de concertación, pero no es menos cierto que en el desarrollo de dicha facultad el ejecutivo debe respetar los límites determinados por dicha Ley. Estos límites, en relación con los requisitos de acceso al régimen de concertación, están establecidos por la LSS en su artículo 64 "Requisitos de acceso al régimen de concierto" en el cual nada se señala sobre la posibilidad de establecer motivos que impidan a las entidades, de forma abstracta y general, el acceso al régimen de concierto.

Las causas de inhabilitación para concertar vendrían a ser la figura equivalente a las prohibiciones de contratar del TRLCSP y, por tanto, le son aplicables los mismos principios.



Partiendo de esta premisa, debemos tener en cuenta que, si bien reiterada jurisprudencia ha declarado que las prohibiciones no son una sanción administrativa, por lo que no es aplicable su régimen administrativo (SAN de fecha 23 de mayo de 2016, de 15 de diciembre de 2011, 14 de mayo de 2009, 11 de diciembre de 2008 y 18 de enero de 2006 o STS de fecha de 31 de mayo de 2007 y 1 de junio de 2007), al ser un acto limitativo de derechos por impedir la contratación con el sector público a quienes se hallen incurso en ellas, dichas prohibiciones deben encontrarse perfectamente tasadas y tipificadas como tales en la Ley.

En este sentido el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de septiembre de 1996, entiende que *"no es dudoso que la capacidad para contratar, y todo lo que sobre ella incide, como son las "prohibiciones para contratar", constituyen materia reservada en la Ley (...) Establecida la conclusión anterior, que es premisa de nuestro razonamiento, y relacionándola con la cualidad de la norma impugnada, es patente la nulidad de ésta. Pues es clara la improcedencia de introducir prohibiciones de contratar mediante normas que tengan rango inferior a la ley, (...) Y ello por la elemental consideración deben aplicarse principios propios del derecho sancionador, de que en materia de prohibiciones contractuales administrativas el monopolio de su establecimiento corresponde a quién pertenece el poder de dictar normas con rango formal de ley. (...)"*.

Artículo 17.- Duración de la inhabilitación y procedimiento.

La referencia a la Ley 30/2007 debe hacerse al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Artículo 18.- Criterio general de prioridad.

Sin perjuicio de que sea aplicable la conclusión extraída del análisis del artículo 12 que regula la reserva de un porcentaje de conciertos a favor de entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro declaradas de interés social en el sentido de que dicha previsión rebasa la regulación de la ley a desarrollar, se considera que disponer que las entidades sin ánimo gozarán de preferencia ante casos de empate o de igualdad de condiciones en su propuesta carece de toda virtualidad práctica puesto que, si bien dicha medida está recogida en el artículo 65.1 LSS, la LSS debe interpretarse de conformidad con la normativa comunitaria y los parámetros de la jurisprudencia del TJUE según los cuales, tal y como se ha argumentado a lo largo de este informe, solo permiten la concertación con entidades sin ánimo de lucro. Será solo a estas entidades a las que se les aplique el régimen de concertación.

Artículo 19.- Condiciones especiales de ejecución del concierto.

Con carácter previo al análisis de los cinco apartados que contiene este artículo, cabe señalar que se ha apreciado falta de precisión en los términos utilizados ya que no se ha tenido en cuenta que estas condiciones serán exigibles durante la ejecución de los conciertos sociales y no en la ejecución de contratos públicos.

Así, por ejemplo, en el primer apartado donde dice "anuncio de licitación" debería decir "anuncio de la convocatoria", en lugar de "contrato" en el segundo apartado



debería decir "concierto", en lugar de entidad privada adjudicataria en el tercer apartado debería decir "entidad seleccionada" o "entidad seleccionada para formalizar el concierto" o en lugar de "órgano de contratación" en el apartado quinto debería decir "Administración Pública concertante". El término "entidad concertada" debería reservarse para el momento en el que el contrato-programa esté firmado.

También es reseñable que la referencia a la Ley 3/2007 deben hacerse a la Ley Orgánica 3/2007, pues tal carácter tiene la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Advertidas estas imprecisiones, del análisis de los distintos apartados de este artículo ha resultado lo siguiente:

- En el apartado primero se indican dos condiciones especiales que se deben cumplir en la ejecución de todos los conciertos.

La primera de ellas exige que "las entidades que cuenten con más de 50 trabajadores/as en el total de su plantilla deberán acreditar que está compuesta al menos por un 2% de personas con discapacidad igual o superior al 33%".

Esta condición consiste en acreditar el cumplimiento de una obligación legal por parte de aquellas entidades que cumplan con el requisito recogido en el artículo 42 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: tener cincuenta o más personas en plantilla.

La consideración de esta exigencia como condición especial de ejecución se considera errónea por dos motivos. Se trata, en primer lugar, de una obligación legal que, como tal, las entidades a las que le sea aplicable deberán cumplir con independencia de la voluntad de las partes expresada en el documento de formalización del concierto. Asimismo, se trata de una exigencia que, tal y como se ha apuntado, se refiere a las características de la entidad, lo cual está reñido con la naturaleza misma de las condiciones especiales orientadas al momento de la ejecución.

Cuestión distinta sería establecer como condición especial de ejecución la incorporación a la plantilla de personas con discapacidad superior al mínimo establecido por Ley en los casos en que dicha exigencia legal sea aplicable. Y para los casos en que no fuera exigible, bien porque la entidad cuenta con una plantilla inferior a la establecida legalmente o bien porque la entidad ha adoptado las medidas alternativas correspondientes, la condición especial de ejecución consistiría en la incorporación de un porcentaje mínimo fijo de personas con discapacidad.

Más difícil encaje tiene la segunda condición especial propuesta consistente en la acreditación del cumplimiento de dos leyes (Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombre y Mujeres). Tal y como ocurría en la primera condición especial analizada, las obligaciones a las que se refiere tienen un origen legal, por lo que su cumplimiento es independiente de su consideración como condición de ejecución de los conciertos.

A pesar de su amplia formulación, parece que lo que se pretende con esta condición es obligar a las entidades a adoptar medidas de conciliación entre vida personal, laboral y familiar así como a que elaboren y apliquen un plan de igualdad.

La adopción de medidas de este tipo viene impuesto en la Ley Orgánica 3/2007 en cuya exposición de motivos se indica que *“además del deber general de las empresas de respetar el principio de igualdad en el ámbito laboral, se contempla, específicamente, el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores o trabajadoras. La relevancia del instrumento de los planes de igualdad explica también la previsión del fomento de su implantación voluntaria en las pequeñas y medianas empresas”*. Asimismo, se señala que *“también se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración”*.

De esta forma, el artículo 33 dispone que las Administraciones Públicas podrán establecer condiciones especiales en sus contratos con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público. Y el artículo 35 señala que las Administraciones Públicas determinarán en los planes estratégicos de subvenciones los ámbitos en que las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes, a cuyos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

Por su parte, los artículos 45 y siguientes regulan lo relativo a los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad. Las medidas dirigidas a evitar la discriminación por razón de sexo vienen concretadas en el artículo 45 sobre la obligación de elaborar un plan de igualdad únicamente para las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, el cual deberá ser objeto de negociación de conformidad con la legislación laboral. Será obligatorio igualmente este plan cuando, siendo el número de trabajadores menor, así lo establezca el convenio colectivo aplicable o cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan. En estos casos, las condiciones en las que deberá aplicarse dicho plan serán las recogidas en el convenio colectivo o en el acuerdo, respectivamente. Para el resto de empresas, la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria, previa consulta a la representación legal de los trabajadores.

De conformidad con la Ley Orgánica 3/2007, la obligación de elaborar un plan de igualdad para aquellas entidades que cuenten con menos de doscientos cincuenta trabajadores está condicionada a voluntades ajenas a la propia entidad. Incluso en el supuesto de que la entidad esté obligada por ley a elaborar dicho plan, sus condiciones están condicionadas a lo que se determine en la negociación de conformidad con la legislación laboral.

En consecuencia, la obligación de adoptar este tipo de medidas mediante mera remisión a las leyes reguladoras de la materia no puede constituir una condición

especial de ejecución puesto que se trata de una obligación legal a cumplir en las condiciones establecidas en dichas leyes.

La inclusión de esta exigencia como condición especial de ejecución ha tratado de desarrollar el apartado 4 del artículo 64 LSS. El Decreto, sin embargo, no ha tenido en cuenta que el fin de dicho artículo es regular los requisitos previos de acceso al régimen de concierto y no las obligaciones que las entidades tienen que cumplir en fase de ejecución de la prestación del servicio. En cumplimiento de la LSS, la norma objeto de este informe ya ha previsto este aspecto en el artículo 14, sin perjuicio de los reparos formulados al efecto.

- En el apartado segundo se indican cuatro condiciones especiales que, a diferencia de las del apartado primero, sí se refieren realmente a la fase de ejecución del concierto y apuntan efectivamente hacia una finalidad social (a una parte de la sociedad especialmente vulnerable o desfavorecida).

Respecto a la condición contenida en la letra a), relativa a la subcontratación de al menos el 10% del presupuesto del concierto con centros especiales de empleo, con empresas de inserción o con entidades sin ánimo de lucro, se debe tener en cuenta que las entidades privadas con las que las Administraciones Públicas pueden formalizar un concierto son entidades sin ánimo de lucro, por lo que la obligación de subcontratar será en relación con otras entidades sin ánimo de lucro.

Las letras b) y c) se refieren a unos concretos colectivos que las entidades deberán contratar para la prestación del servicio objeto del concierto. En ninguno de los dos casos se tiene en cuenta la posibilidad de que la entidad concertada no tenga la necesidad de contratar más personal del que ya cuenta en plantilla. Debería condicionarse dicha exigencia a dicha necesidad.

Asimismo, la letra b) se refiere a personas con dificultades de acceso al mercado laboral sin concretar o definir a qué colectivos afecta dicha disposición. Si las personas a las que se está haciendo referencia son aquellas que pertenecen a alguno de los colectivos del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, debería hacerse una referencia a esta Ley.

La letra c), por su parte, debería tener en cuenta el porcentaje mínimo obligatorio que deben cumplir las empresas de más de cincuenta trabajadores establecido por la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de inclusión social.

- En el apartado tercero se recoge la posibilidad de establecer como condición especial de ejecución la obligación de subcontratar centros especiales de empleo, empresas de inserción o cooperativas de iniciativa social para la prestación de los servicios accesorios o complementarios del objeto principal contemplados en dicho apartado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.5 LSS.

La posibilidad de que las entidades realicen ciertas actividades económicas fue analizada por el TJUE en la sentencia de 28 de enero de 2016 (Asunto C-50/14) antes comentada. En esta sentencia el TJUE señaló, aludiendo al apartado 48 de la sentencia que resolvió el asunto C-305/08, que el ejercicio de una actividad en el mercado por parte de un organismo sin ánimo de lucro es una cuestión que corresponde a la competencia del legislador nacional. El TJUE añadió que la

actividad de estas entidades debe respetar estrictamente los requisitos establecidos en la normativa nacional y si esta ha admitido la posibilidad de que estas entidades desarrollen una actividad comercial en el mercado, el establecimiento de límites o su definición de otra forma corresponde al Estado. No obstante, los límites dibujados por el Estado deben asegurar que esas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas entidades.

El artículo 14.5 LSS delimita estas actividades a través de la condición de que estén orientadas al logro de los objetivos propios del Sistema Vasco de Servicios Sociales. Las actividades recogidas en el proyecto son similares a las recogidas a modo de ejemplo por la LSS y a priori cumplen con la condición señalada por el TJUE.

Sobre las entidades respecto de las cuales recae la obligación de subcontratar, me remito a lo expuesto en el análisis del artículo 6 sobre los centros especiales de empleo y empresas de inserción social. En cuanto a la mención expresa sobre las cooperativas de iniciativa social, no se entiende la discriminación si tenemos en cuenta que el artículo 3 LTSSE incluye como organizaciones de iniciativa social, además de a las cooperativas de iniciativa social, a las fundaciones, asociaciones y a cualesquiera otras entidades que reúnan las características que en dicho artículo se enumeran.

- En el apartado quinto se hacen varias remisiones al TRLCSP que no considero apropiadas por no ser la normativa reguladora de la contratación pública la aplicable al régimen de concierto. Precisamente, la no aplicación de la normativa de contratación pública es lo que persigue el régimen de concertación diferenciado (artículos 60.1 y 61.1 LSS) o régimen de concertación social como instrumento organizativo de los servicios sociales distinto a cualquier tipo contractual regulado por el TRLCSP. Por tanto, si lo que se pretende es marcar las diferencias entre el régimen de concertación y el contractual, se debería bien obviar dichas remisiones porque no afectan al significado de la disposición o bien sustituir su redacción por otra. Se propone la siguiente redacción:

"Estas condiciones especiales de ejecución se consideran obligaciones esenciales y su incumplimiento habilitará a la Administración Pública concertante a optar por alguna de las siguientes medidas:

- *Resolver el concierto, tal y como se señala en el artículo 46 de este Decreto.*
- *Imponer una penalidad de hasta el 10% del presupuesto del contrato-programa".*

Resolver el concierto, a pesar del incumplimiento de una obligación esencial, no debería dejar de ser una potestad de la Administración, la cual podría optar, sin embargo, por la segunda opción menos drástica. Se ha eliminado la referencia a la infracción grave a los efectos del artículo 212.1 TRLCSP porque, además de no ser la normativa contractual la aplicable, tal y como se ha apuntado anteriormente, su calificación como una infracción grave a los efectos de declarar a la entidad inhabilitada para concertar sobrepasa los límites de la potestad reglamentaria, tal y como se ha comentado en el análisis del artículo 16.

La conclusión a la que se llega tras el análisis de este artículo es que se confunde lo que son las condiciones especiales de ejecución con el cumplimiento de los requisitos previos para acceder al régimen de la concertación.

Dada su ubicación, dentro del capítulo relativo al acceso a la concertación, este artículo debería trasladarse a la parte dedicada a la ejecución de los conciertos, salvo, en su caso, el apartado primero que sí se refiere a características de las entidades y cuya exigencia viene habilitada por el apartado 1 del artículo 64 LSS que dispone que se podrán exigir vía reglamentaria otros requisitos distintos a los recogidos expresamente en la Ley (todo ello sin perjuicio de los reparos realizados al respecto), y el apartado 4, relativo a una declaración responsable a acompañar en las propuestas, declaración cuyos términos tampoco se consideran correctos puesto que el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución deberá acreditarse, precisamente, en fase de ejecución, sin que quepa declarar haber cumplido una obligación en ese momento futura y, por tanto, inexigible.

Sin perjuicio de lo que se acaba de apuntar sobre el momento en el que operan las condiciones especiales de ejecución, se echa en falta la inclusión de condiciones especiales de ejecución de tipo lingüístico que permitan asegurar durante la ejecución del concierto que las entidades cumplen con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 60 LSS.

2.4. CONSIDERACIONES A LOS ARTÍCULOS DEL CAPÍTULO IV.

Artículo 20.- Principios aplicables a los procedimientos de concertación.

Aunque el régimen de concertación de las Administraciones Públicas sea un instrumento no contractual al que no le es aplicable la normativa contractual, debe tenerse en cuenta que su objeto son servicios dirigidos a la ciudadanía cuya prestación se rige por el principio de calidad. Por dicha razón, el régimen de concertación debería regirse por principios inspiradores similares a los que se aplican a la contratación pública en aras de garantizar a las entidades que participen en los procedimientos de concertación igualdad de trato y no discriminación a efectos de poder comparar el mayor número posible de propuestas con el fin de hallar aquella de mayor calidad.

Y deberían ser los principios de la contratación pública y no del procedimiento de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva los que deberían inspirar este procedimiento porque lo que se pretende es seleccionar a una sola entidad, la que haya presentado la propuesta de mayor calidad (o, viceversa, seleccionar una propuesta, la mejor), para que preste un servicio competencia de la Administración. No se trata, con el fin de fomentar una determinada actividad, de repartir una cantidad de dinero entre varias entidades de conformidad con unos criterios de valoración en base a los cuales se compararán las solicitudes y se clasificarán de mejor a peor valoradas repartiendo el crédito en función de dicha valoración (artículo 22 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones).

Artículo 21.- Inicio del procedimiento.

Dentro de los principios informadores que recoge el apartado 3 debería tenerse en cuenta que, siguiendo la doctrina de la jurisprudencia comunitaria, la filosofía de la concertación como forma de organizar los servicios sociales debería descansar en el principio de eficacia presupuestaria que permita alcanzar el equilibrio financiero del sistema vasco de servicios sociales a efectos de mantener unos servicios cuyo acceso está configurado como un derecho subjetivo del ciudadano (artículo 2 LSS) y que está regido por el principio de calidad como forma de alcanzar los fines sociales que se pretenden a través de dichos servicios. Es decir, debería incluirse en el apartado tercero el principio de equilibrio presupuestario y control del gasto público.

Y, en virtud de este principio y del resto que se recogen en dicho apartado, debería añadirse en el apartado segundo como aspecto a motivar en la memoria, que habrá de constar en el expediente, las razones por las que se acude al concierto y no al contrato público, es decir, los motivos por los que se considera aquel un instrumento más adecuado para satisfacer la necesidad social que se pretende cubrir con el servicio.

Artículo 23.- Criterios comunes de valoración de las propuestas.

El apartado 3 es merecedor de una serie de comentarios fruto de las conclusiones vertidas tras el análisis de los artículos predecesores.

Con carácter previo a la valoración de las propuestas (en lugar de solicitud, tal y como se explicará mas adelante), las entidades deben haber acreditado el cumplimiento de los requisitos previos de acceso al régimen de concertación. A estos requisitos previos se debería añadir la acreditación de ausencia de lucro de la entidad.

Pero volviendo a los requisitos previos, este apartado señala como tales los establecidos en el capítulo II y en la sección 1ª del capítulo III del decreto. Pues bien, de conformidad con las conclusiones vertidas en relación con el artículo 7 (capítulo II) en las que se propone la eliminación de dicho artículo, la remisión en este momento al capítulo II carece de sentido.

Sin embargo, podría exigirse como requisito previo el establecido en la letra a) del primer apartado del artículo 19 ya que, como ya se ha indicado, no constituye una condición especial de ejecución.

Y sin perjuicio de los reparos realizados sobre aspectos de fondo, debemos prestar especial atención al aspecto formal puesto que lo dispuesto en este apartado tiene relación con artículos posteriores.

Este apartado comienza diciendo que *“la valoración de las solicitudes presentadas deberá hacerse verificando, en primer lugar, su ajuste a los requisitos de acceso (...)”*. De su tenor literal puede deducirse que la documentación relativa a los requisitos de acceso forma parte de la solicitud objeto de valoración. Sin embargo, la verificación de los requisitos de acceso debe ubicarse en una fase previa dentro del procedimiento y su resultado positivo debe ser un requisito *sine qua non* para pasar a una segunda fase en la que tendría lugar la valoración de las “solicitudes” (más bien propuestas) de conformidad con los requisitos técnicos y/o sociales y/o económico recogidos en la convocatoria del concierto. La distinción entre estas dos fases a la hora de articular el procedimiento no está exenta de importancia, tal y como se señalará más adelante.

Por tanto, se propone que este apartado se redacte de la manera siguiente *“La valoración de las propuestas (mejor que solicitudes) presentadas deberá realizarse una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de acceso previstos (...)”*.

El apartado 4 se divide en tres apartados diferenciados en base a la naturaleza o tipo del criterio: a) Criterios de valoración de tipo técnico, b) criterios de valoración de tipo social y c) criterios de valoración de tipo económico.

Con carácter previo al análisis de los criterios recogidos en este apartado, es necesario realizar una serie de consideraciones que nos sirvan de parámetro interpretativo conforme al cual determinar si los criterios que en este apartado se contemplan son conformes con la legislación que el desarrollo reglamentario tiene que respetar.

Es cierto que el régimen de conciertos es una figura no contractual por lo que no es aplicable la normativa que regula la contratación pública. No obstante, al igual que el ámbito de los contratos públicos o de las subvenciones, los procedimientos para la concertación se rigen por el principio de concurrencia (artículo 20 del borrador), al que deberían sumarse el de igualdad y no discriminación como manifestaciones de aquel. El principio de concurrencia conlleva la obligación por parte de las Administraciones de garantizar la existencia de entidades que deseen acceder al concierto y que exista realmente una efectiva “rivalidad” entre ellas, por lo que el procedimiento de concertación debe estar dotado de todas aquellas medidas que soslayan la deformación de dicha rivalidad o competencia, entre las cuales se encuentra la utilización de criterios de valoración no discriminatorios.

La letra a) establece los criterios técnicos para la determinación de las condiciones de eficacia, calidad y costes. La alusión a los costes viene reflejada en el cuarto criterio propuesto: *“relación existente entre el coste del servicio y la calidad de la atención previsible según las características asistenciales incluidas en el proyecto (sería mejor hablar de propuesta) que acompaña a la solicitud”*.

El análisis de este criterio requiere traer a colación lo manifestado por el TJUE en la sentencia de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-113/13) en relación con el coste laboral a considerar dentro de los costes del servicio. En esta ocasión, el máximo intérprete del derecho comunitario señaló que en los casos en que se acuda a los conciertos por ser este régimen la mejor opción para alcanzar los objetivos de solidaridad y eficacia presupuestaria, las entidades sin ánimo de lucro que acceden a ellos no podrán perseguir la obtención de ningún beneficio por la realización de las prestaciones objeto del concierto, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para suministrarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros. Además, si bien es admisible el recurso a trabajadores, la actividad de tales organizaciones debe respetar estrictamente los requisitos establecidos por la normativa nacional al respeto (párrafo 61). Así pues, en virtud del principio de prohibición de abuso de derecho, la aplicación de esa normativa no puede extenderse hasta cubrir prácticas abusivas por lo que la actividad de la entidad solo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal (párrafo 62).

Por tanto, la aplicación de este criterio por el que se valora la mayor calidad del servicio deberá entenderse desde la visión que el TJUE tiene al respecto sobre su coste/precio.

Entre los criterios técnicos se recogen dos que merecen una especial mención: el grado de experiencia y la vinculación de la entidad al territorio en el que actúa.

Estos dos criterios no están orientados a valorar las propuestas presentadas sino las características de las entidades que han presentado solicitud. Los criterios de valoración de propuestas, como su nombre indica, deben estar orientados a las características de estas y no de las entidades que las presentan.

Además, la utilización de estos criterios supondría valorar las mismas características dos veces en distintas fases del procedimiento: en el análisis de la concurrencia de los requisitos previos exigidos para participar (tal y como se recoge en el artículo 13) y en la valoración de las propuestas. Es decir, se pretenden valorar aspectos propios de las entidades que ya fueron tenidos en cuenta en la fase previa a la valoración de propuestas.

La letra b) recoge los criterios de valoración de tipo social que se podrán utilizar en las convocatorias de los conciertos.

Tras el análisis de estos criterios, se ha apreciado una gran coincidencia, en algunos casos total, con los criterios o medidas de discriminación positivas que recoge el artículo 65 LSS.

El artículo 65 LSS, que el artículo 23 del Decreto pretende desarrollar, carece de rigurosidad a la hora de definir qué pueden considerarse criterios de valoración y qué pueden ser criterios de preferencia de adjudicación o desempate. Así, por ejemplo, el apartado 1 contiene una clara preferencia a favor de las entidades sin ánimo de lucro, la cual, sin embargo, no es de aplicación por el motivo expuesto repetidamente a lo largo de este informe (según la jurisprudencia comunitaria, la concertación de servicios sociales únicamente está justificada con las entidades sin ánimo de lucro).

El apartado 2, por su parte, contiene una serie de criterios, consistentes en características de las entidades que les otorgan preferencia a la hora de concertar, cuya redacción no está exenta de problemas interpretativos.

El Dictamen de COJUAE número 97/2008 apuntaba que el artículo relativo a las medidas de discriminación positiva contenía criterios de ambas clases y se refería únicamente como criterio de desempate al contenido en el apartado 1. No obstante, también se observan en el apartado 2 criterios de esa índole, además de otros que podrían ser considerados como criterios de valoración.

Las características recogidas en el artículo 65.2 LSS, las cuales podrán ampliarse reglamentariamente por no tratarse de una lista cerrada, deberían ser objeto de concreción y desarrollo reglamentario en aras de su correcta aplicación.

El apartado 2 del artículo 65 LSS comienza señalando con carácter imperativo que “también” se aplicarán criterios o medidas de discriminación positiva a favor de aquellas entidades que **hayan aplicado durante su trayectoria** las medidas que en él se numeran (entre otras) y así lo acrediten. Según esta redacción, parece que todo



el contenido de este apartado está orientado a dirimir una situación de empate entre varias propuestas previamente valoradas a favor de aquella entidad que presente unas determinadas características como organización (experiencia o medidas adoptadas en relación con determinadas políticas: sociales, medioambientales, de calidad, etc.) y no a valorar las proposiciones presentadas para conseguir el concierto. Parece que el objetivo de dichas circunstancias no es discernir cuál es la mejor propuesta presentada a efectos de prestar el servicio sino de aplicarlas, en su caso, una vez valoradas todas las propuestas.

No obstante, un análisis detallado del artículo 65.2 LSS nos lleva a la conclusión de que el apartado 2 recoge con poco rigor jurídico circunstancias que pueden considerarse criterios de valoración de un concierto y circunstancias que son criterios de discriminación positiva en caso de empate entre dos o más propuestas. Sin embargo, la norma objeto de informe, en base al artículo 65.2 LSS, ha considerado que todas esas medidas son criterios de valoración sin tener en cuenta que el fin de estos es obtener la propuesta de mejor calidad para prestar el servicio y no valorar las características propias de la entidad que las vaya a prestar (las cuales sí pueden ser tenidas en cuenta como criterio de desempate). Y, aún más, ha regulado todos los criterios de valoración contenidos en el artículo 23 como de obligada aplicación en todos los conciertos sociales, sin permitir a las Administraciones elegir los que estime más adecuados en cada caso concreto en base a las características propias del servicio a concertar.

Sobre los criterios recogidos en esta letra b) como criterios de valoración se emiten las siguientes consideraciones:

- Si la utilización de criterios de tipo social está admitida en la contratación pública (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE habla de características sociales y medioambientales) siempre y cuando estén vinculados al objeto del contrato, con más razón está justificada su incorporación en los procedimientos de concertación dada la naturaleza social de los conciertos.
- Con carácter general, no debería hablarse de comprometerse sino de realizar (destinar, aportar, transferir, etc.) ya que la propuesta es en sí misma un compromiso que obliga a la entidad a realizar la prestación en las condiciones que en ella expresadas.
- Criterio referenciado con la letra a) consistente en valorar *“haber destinado y comprometerse a destinar los resultados económicos a la mejora continua de los servicios, centros o actividades objeto del concierto: descripción de actuaciones que la entidad se compromete a desarrollar con fondos propios en el marco de la ejecución del concierto y compromiso de carecer de ánimo de lucro”*.

Este criterio carece de virtualidad práctica debido a la única posibilidad de suscribir conciertos con entidades sin ánimo de las cuales no podrán perseguir la obtención de ningún beneficio por la realización de las prestaciones objeto del concierto, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para suministrarlas, que proporcionen algún beneficio a sus miembros.

Sea como fuere, ni “haber destinado fondos” a determinadas actividades en un pasado ni la procedencia de los fondos con los que se financien contribuye a hallar la mejor propuesta en términos de calidad puesto que no tienen relación con el servicio a concertar.

- Criterio referenciado con la letra c) consistente en *“aportar mejoras para el servicio o centro a concertar de los ratios de personal”*.

Este criterio se encuentra limitado por la prohibición de contratar más trabajadores que los necesarios para el normal funcionamiento de la prestación en virtud del principio de prohibición de abuso del derecho, tal y como señaló el TJUE en la sentencia de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-113/13).

- Criterio referenciado con la letra f) consistente en *“aplicar al concierto políticas de igualdad entre mujeres y hombres (contratación, puestos de responsabilidad, conciliación, plan de igualdad, formación, atención, evaluación, etc.) que mejoren los mínimos establecidos en la Ley (...)”* –la referencia a la Ley 3/2007 debe hacerse a la Ley Orgánica 3/2007, por otro lado- y el referenciado con la letra j) consistente en *“aplicar medidas orientadas a la conciliación de la vida familiar y laboral”* (copia literal de la letra g) del artículo 65.2 LSS). Evidentemente, se trata de una duplicidad puesto que la conciliación se incluye en los dos criterios.

Su encaje como criterio de valoración presenta las mismas dificultades que presenta como condición especial de ejecución, tal y como se ha apuntado en el análisis del artículo 19, en cuanto a que se configura como referencia a los mínimos establecidos por las Leyes que le son de aplicación, ya que dichos mínimos dependen del número de personas trabajadoras en la entidad y las condiciones acordadas, en su caso, a través de la negociación colectiva de conformidad con la legislación laboral. Debe tenerse en cuenta que podría haber entidades que no estén obligadas legalmente a adoptar ninguna medida de este tipo.

Obviamente, la aplicación de medidas orientadas a la igualdad y a la conciliación de la vida familiar y laboral no puede ser un criterio de valoración si su objetivo no es tener en cuenta aspectos distintos a los que son de obligado cumplimiento, ya que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley es un requisito previo a acreditar por la entidad para poder acceder al régimen de concertación. Lo cual no quiere decir que la remisión a los mínimos que la Ley impone sea correcta, tal y como se ha expuesto en el párrafo anterior.

- Criterio referenciado con la letra g) consistente en emplear a personas con discapacidad (mínimo 33%) que supongan al menos el 5% de la plantilla o a personas con riesgo de exclusión social que supongan al menos el 30% de la plantilla. Esta contratación podrá sustituirse por el cumplimiento alternativo de las medidas reguladas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

Este criterio no tiene en cuenta dos cuestiones:

En primer lugar, no se ha considerado que, tal y como se apuntó en el análisis del artículo 19, hay entidades que tienen la obligación legal de contratar personas con discapacidad. Dicha contratación debe representar al menos el 2% de su plantilla. Ese 2% no puede ser objeto de valoración puesto que es una obligación legal. Debería recogerse esa puntualización en aras de garantizar el principio de igualdad entre las entidades obligadas por Ley a esa contratación y las entidades que no tienen esa obligación, de manera que solo pueda ser valorable el porcentaje de contratación determinado únicamente por voluntad de las entidades.

En segundo lugar, no es posible valorar la adopción de medidas alternativas al cumplimiento de la obligación legal de contratar el 2% de personas con discapacidad por dos razones: en primer lugar, porque, tal y como se ha indicado en el párrafo anterior, esa obligación y, por tanto, su sustitución por medidas alternativas solo es de aplicación a las entidades a las que la Ley obliga; y, en segundo lugar, porque el cumplimiento de esas medidas alternativas solo cubren la obligación de contratar al 2% de la plantilla.

- Criterio referenciado con la letra i) (una copia literal de la letra b) del artículo 65.2 LSS) consistente en *“prestar servicios o gestionar centros dirigidos a personas, familias y/o grupos especialmente desfavorecidos”*, más que un criterio de valoración parece un criterio de desempate puesto que está más relacionado con la naturaleza o actividad de la entidad que con el servicio objeto del concierto.

En el apartado 5 de este artículo se señala que *“los criterios prioritarios de selección (debería decir los criterios sociales de valoración) recogidos en los apartados k) y l) del apartado 4.b) del presente artículo se acreditarán a través de certificados emitidos por organismos independientes expertos en tales materias y con una dilatada experiencia en las correspondientes funciones”*.

En cuanto a este apartado, es necesario apuntar dos cuestiones. Por un lado, no existe la letra l); y por otro, los certificados emitidos por organismos oficiales que acrediten la adopción de medidas para preservar, conservar o restaurar el medio ambiente, solo pueden ser tenidos en cuenta a la hora de acreditar requisitos relativos a la solvencia y no a aspectos relativos a la calidad de la propuesta. Respecto a este último criterio, señalar que es un criterio medio ambiental, no social, por lo que no debería incluirse en esta letra b).

En la letra c) del apartado 4 se recoge el criterio económico pero solo como criterio de desempate ante igualdad de puntuaciones. Asimismo, se prevé el supuesto de que alguno de los precios presente valores anormales o desproporcionados, cuya regulación debe ser objeto de los siguientes reparos:

- Se establece el rechazo automático de la oferta sin previo trámite de audiencia a la entidad. El trámite de audiencia viene regulado en el artículo 82 de la LPAC como parte del procedimiento administrativo en el que se materializan los principios del artículo 103 de la Constitución y cuyo fin, por tanto, es garantizar el equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y los derechos de los ciudadanos y las empresas. El rechazo de la oferta debería supeditarse a la falta de justificación de su viabilidad económica previa audiencia a la entidad para garantizar los intereses de ambas partes.
- Se debe tener en cuenta que el recurso al régimen de concertación debe supeditarse a la existencia de un equilibrio económico en el presupuesto público que se traduce en la posibilidad de celebrar conciertos sociales exclusivamente con entidades sin ánimo de lucro en los que la financiación solo comprenda los costes necesarios para su prestación. Consecuentemente, debería establecerse que los parámetros para estimar valores anormales o bajas temerarias en cada convocatoria debería basarse en los costes estimados por la entidad, los cuales deberían presentarse desglosados junto con su oferta económica.

Artículos 26, 27, 28, 29 y 30.

En relación con estos artículos se aprecia cierta confusión a consecuencia, en gran parte, de la terminología utilizada que hace difícil la comprensión del procedimiento hasta su terminación mediante la resolución.

El artículo 26 se titula "presentación de solicitudes de concertación" y en su apartado 1 se señala que dicha solicitud debe ser acompañada de otra documentación. Por un lado, se indica claramente que se debe adjuntar la documentación relativa al cumplimiento de los requisitos para concertar; y, por otro lado, se señala que se debe adjuntar toda aquella documentación que se indique en la correspondiente convocatoria.

No queda claro, aunque se puede intuir, si esto segundo se refiere a los documentos relativos a los criterios de valoración de las propuestas (artículo 23). Si es así, debería indicarse claramente esta circunstancia.

Asimismo, no olvidemos que el procedimiento de concertación es un procedimiento competitivo por lo que, tal y como se indicó en el análisis del artículo 20, debería inspirarse en los principios de la normativa contractual: transparencia, igualdad de trato y no discriminación. Estos principios, precisamente, aconsejan dividir el procedimiento en dos fases separadas: una primera para proceder a la apertura, examen y admisión de solicitudes (artículo 27) y documentación relativa al cumplimiento de los requisitos para concertar; y, una vez comprobados todos los requisitos que permiten a la entidad concertar con la Administración, una segunda para valorar las propuestas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 (por coherencia con este artículo debería hablarse de valoración de propuestas y no de solicitudes).

Esta separación obligaría a presentar la documentación en dos sobres diferenciados de manera que el requerimiento para subsanar se referiría a la documentación del sobre en el que se adjunta la solicitud y la documentación acreditativa de los requisitos previos. Solicitar subsanaciones sobre documentos presentados o pedir documentos nuevos relativos a las propuestas vulneraría el principio de igualdad de trato y no discriminación. La no atención de dicho requerimiento y, por tanto, la no acreditación de los requisitos para concertar, supondría la exclusión de la entidad o, siguiendo lo dispuesto en el artículo 68 de LPAC, tenerla por desistida en su solicitud. En este caso, a diferencia de lo que se indica en el borrador de norma, no procedería sin más a su archivo sino que el órgano administrativo competente debería dictar la correspondiente resolución en los términos previstos en el artículo 21 (apartado 1 del artículo 68 de LPAC).

El apartado 2 del artículo 27 establece un plazo de 20 días naturales para pedir aclaraciones a las entidades. Se indica literalmente que "*sin perjuicio de lo anterior, la administración, podrá requerir, en el plazo de 20 días naturales, (...)*". Es decir, a diferencia del plazo establecido en el párrafo anterior, lo que se señala es que es la Administración la que dentro de ese plazo, cuya fecha de inicio no se determina, puede pedir documentación adicional. Lo lógico sería que este plazo actuara de la misma forma que el plazo establecido en el apartado 1 de ese artículo para el caso de que no se atiende al requerimiento.

Respecto al artículo 28, aparte de lo indicado sobre la conveniencia de sustituir "solicitudes" por "propuestas", apuntar que tampoco se considera adecuado introducir

un nuevo término (ofertas) para referirse a las propuestas debido a la confusión que genera.

Asimismo, no es conveniente hablar de entidades licitadoras puesto que en ningún momento anterior se ha hablado de licitación, lo cual, por su parte, podría confundirse con el procedimiento para la adjudicación de un contrato público. De hecho, los artículos 26, 27, 29 y 31 hablan de entidades solicitantes.

Es necesario decidir cuál va a ser el término a utilizar para referirnos a las entidades que toman parte en el procedimiento durante las fases anteriores a la resolución por la que se selecciona a la entidad que ha presentado la mejor propuesta (o por la que se selecciona a la mejor propuesta): entidades participantes o entidades solicitantes, pero no entidades licitadoras por no tratarse de un procedimiento de licitación de un contrato público. Incluso podría utilizarse el término "entidades solicitantes" para referirnos a todas aquellas entidades que presentan solicitud junto con el resto de documentación (requisitos previos y propuesta) y el de "entidades participantes" solo para aquellas que han superado la fase de acreditación de requisitos previos.

En cuanto a la valoración, la norma se ciñe a indicar en el artículo 29 que corresponderá a la Administración concertante quien podrá nombrar, si lo estima oportuno, una comisión asesora compuesta por representante del departamento competente en servicios sociales de la Administración concertante y de expertos independientes.

Consideramos que debería obligarse a que la valoración y la propuesta de resolución por la que se selecciona a la entidad/propuesta corresponda a una órgano colegiado, tal y como establece el TRLCSP para la Administración del Estado o el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi para los poderes adjudicadores que tienen la consideración de Administraciones Públicas (mesa de contratación) o el artículo 22 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (órgano colegiado cuya composición se establecerá en las bases reguladoras), sin perjuicio de que puedan formar parte expertos ajenos a la Administración concertante.

En el apartado 1 del artículo 29 relativo a la resolución se establece un plazo de un mes para resolver desde la fecha límite para presentar las propuestas. Teniendo en cuenta que hay que analizar las solicitudes y la documentación relativa a los requisitos previos, que el plazo para subsanar defectos encontrados en esta documentación es de quince días naturales (e incluso se establece otro plazo de veinte días naturales para clarificar o completar información a adicionar a los quince días) y que hay que valorar las propuestas, el plazo de un mes parece insuficiente para poder resolver.

Se señala que "*en la resolución de la convocatoria se deberá especificar (...)*". Pues bien, conviene aclarar que la resolución regulada en el artículo 29 no es la resolución por la que se aprueba la convocatoria del concierto sino la que pone fin al procedimiento de concertación.

Asimismo, este apartado contiene defectos a nivel terminológico que, si bien no constituyen errores conceptuales, no contribuyen al buen entendimiento de la norma. Nos referimos a las expresiones "*condición de oferta más ventajosa*", "*cumplimiento de los criterios de selección y de prioridad*", y "*de la entidad que hubiera resultado adjudicataria*". Se propone el siguiente texto:



"(...) debiendo motivar la decisión y, en particular, las características y ventajas de la propuesta de la entidad seleccionada para formalizar el concierto en relación con los criterios de valoración recogidos en el artículo 23 y los que, en su caso, se hayan establecido en la convocatoria".

La exigencia de motivación en este caso viene exigida por la letra i) del artículo 35 de LPAC que exige que sean motivados los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales.

La primera parte de la frase (la que se contendría entre los puntos suspensivos) está íntimamente relacionada con lo que se indicará en el artículo 31, relativo a la formalización del concierto, por lo que su análisis se realizará junto a la de dicho artículo.

Artículo 31.- Formalización del concierto.

En primer lugar, se deben analizar los efectos jurídicos que tienen tanto la formalización del concierto como la resolución a través de la cual se selecciona a la entidad que ha presentado la mejor propuesta (o a través de la cual se selecciona a la mejor propuesta) para determinar cuándo se debe considerar que se perfecciona el concierto.

Determinar ese momento es esencial a efectos de analizar las consecuencias que con carácter previo a la formalización se han señalado en la norma.

El artículo 61.3 LSS dispone que *"el concierto firmado entre la administración y la entidad privada establecerá los derechos y obligaciones recíprocas en cuanto a régimen económico, duración, prórroga y extinción del mismo, número de unidades concertadas, en su caso, y demás condiciones exigibles"*. Y el artículo 68 LSS señala que *"la formalización de los conciertos se plasmará en contratos-programa que concretarán, además de los que se establezcan reglamentariamente, los siguientes aspectos: (...)"*.

De la regulación contenida en la LSS se infiere que el momento en el que nacen las obligaciones y derechos entre las partes es el de la formalización del contrato-programa, ya que es en el mismo donde estos serán determinados de forma definitiva, sin perjuicio de que se deban respetar las condiciones establecidas en la convocatoria. Es necesario el concurso de ambas voluntades para que se perfeccione el concierto (convenio), sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan existir con carácter previo a su firma y posteriores a la resolución administrativa. De haber querido el legislador que las obligaciones derivadas del negocio jurídico nacieran en el momento de la resolución administrativa por la que se selecciona a la entidad para formalizar el concierto habría indicado en la LSS que en dicha resolución se concretarán los aspectos que el artículo 68 reserva al contrato-programa.

En consecuencia, la no formalización del concierto no puede implicar resolverlo puesto que todavía no existe una relación obligacional de tipo contractual, sin perjuicio de que se puedan depurar responsabilidades mediante la indemnización de daños y perjuicios y, en su caso, la incautación de la garantía. En caso de no formalización con la entidad seleccionada quizá convendría valorar la posibilidad de formalizar el concierto con la entidad cuya propuesta haya sido valorada con la siguiente mejor puntuación.

Se señala, por su parte, que el contrato-programa será suscrito por la persona titular de la entidad seleccionada (término más apropiado que entidad adjudicataria).

A este respecto se considera errónea la expresión "titular de la entidad" dado que la normativa aplicable al régimen de funcionamiento de la entidad según su naturaleza jurídica será la que determinará quién o quienes pueden legalmente representarla a efectos de adquirir derechos y obligaciones frente a terceros, sin perjuicio de la posibilidad de la representación voluntaria mediante poder otorgado al efecto.

Artículos 32. Contrato-programa.

En este artículo se recoge el contenido mínimo que debe tener el contrato-programa.

En la letra e) se indica que entre esas menciones debe determinarse de forma clara las condiciones esenciales del concierto a efectos de los previsto en el artículo 45.2 (modificaciones).

El concepto "condiciones esenciales del concierto" es un concepto jurídico indeterminado y, como tal, su esencia supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro de él.

Podrían enunciarse una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los conciertos (como puede ser el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución o el incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, de los aspectos tenidos en cuenta como criterio de valoración de las propuestas) y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento, sin embargo, encuentra la dificultad de establecer a priori una lista de condiciones que puedan considerarse como esenciales. Por tanto, y sin perjuicio de que se puedan recoger como esenciales determinadas condiciones, podrán ser consideradas también como esenciales otras condiciones una vez tenidas en cuenta el resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del concierto para establecer una condición como esencial o no.

Estas condiciones esenciales del concierto, dada su importancia, deberían constar igualmente entre la información que debe facilitarse en la convocatoria regulada en el artículo 24.

En la letra o) se señala que se determinará la periodicidad y procedimiento para la realización de los pagos y justificantes de los gastos. Entendemos que dichas condiciones deberán ser conformes en todo caso con las características de financiación establecidas en la convocatoria (letra j) del artículo 24).

En este artículo se echan en falta dos previsiones que sería conveniente recoger: por un lado, la relativa a la confidencialidad (letra b) del artículo 38.2); y, por otro lado, la recogida en la letra g) del artículo 24, que según la letra o) del apartado 2 del artículo 38 y el apartado 1 del artículo 40 son de obligada inclusión en el contrato-programa.

La letra p) recoge como uno de los contenidos del contrato programa el procedimiento para la modificación y/o renovación del concierto. En cuanto al procedimiento de renovación, debemos señalar que, si bien es conforme con lo establecido en el artículo

67.2 LSS, debería condicionarse la existencia de dicha mención a la previsión de la posibilidad de renovación en la convocatoria regulada en el artículo 24 (letra i) en virtud del principio de transparencia. Se echa en falta, además, la obligación de acreditar nuevamente, en el momento de renovación, el cumplimiento de los requisitos para concertar regulados en el capítulo III.

Artículos 34. Constitución de garantías.

Este artículo se divide en tres apartados de cuyo análisis se concluye lo siguiente:

El apartado 1 contiene en su párrafo segundo una excepción a la constitución de la garantía: que la entidad seleccionada para formalizar el concierto (expresión más adecuada que la de adjudicataria, de conformidad con el artículo 29) sea una entidad de iniciativa social sin ánimo de lucro declarada de interés social.

Dada la tesis sostenida en este informe relativa a la posibilidad de suscribir conciertos sociales únicamente con entidades sin ánimo de lucro, las entidades sometidas a esta obligación quedaría restringida a las entidades sin ánimo que no reúnan acumulativamente las dos condiciones citadas: de iniciativa social declaradas de interés social.

Se aprecia en su regulación propuesta ausencia de concreción del momento en el que se debe presentar la garantía para que esta exigencia pueda guardar coherencia con el artículo 31.3. Dicho momento debe fijarse entre la notificación de la resolución y la formalización del contrato-programa pero de manera que la no formalización por culpa de la entidad permita la incautación de la garantía. Es decir, debe establecerse un trámite previo a la formalización, con su correspondiente plazo, para asegurar que la entidad constituye adecuadamente la garantía que habrá de incautar en caso de no formalización por culpa de la entidad seleccionada.

La no constitución de la garantía en el plazo que se establezca debería conllevar la no formalización y, en su caso, tal y como se ha propuesto respecto al artículo 31, la selección de la siguiente entidad cuya propuesta haya sido mejor valorada.

En cuanto al segundo apartado, dos son los comentarios a realizar.

En primer lugar, el segundo párrafo de la letra a) es una copia parcial de la letra a) del artículo 96.1 TRLCSP, concretamente la primera parte, por lo que la referencia que contiene es respecto a la Administración General del Estado y, por tanto, es errónea.

En segundo lugar, el último párrafo del apartado 2 deja a la voluntad de la entidad seleccionada solicitar la sustitución de la constitución de la garantía por su retención en los pagos en fase de ejecución del concierto. Esta previsión es incongruente con lo regulado hasta ahora sobre la funcionalidad de la garantía en este momento del procedimiento (sin perjuicio de la que tiene en fase de ejecución) que no es otra que asegurar la formalización. Por dicho motivo, no debería darse esta posibilidad a la entidad sino que debería ser la Administración la que fije la sustitución de la garantía por la retención del precio en la respectiva convocatoria en aquellos casos en los que lo estime adecuado.

El apartado 3 dispone que la constitución de la garantía se acreditará a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos o de cualquier otra forma fehaciente admitida por la Administración.

Consideramos que este apartado debería suprimirse por varias razones:

- No tiene sentido establecer la obligación de acreditar la constitución de la garantía por medios electrónicos, informáticos o telemáticos cuando no se ha exigido la tramitación del procedimiento por estos medios. Asimismo, dicha exigencia debe entenderse comprendida en el apartado 2 del artículo 14 LPAC para aquellos sujetos que dicho artículo recoge.
- Esta exigencia, además, carece de toda virtualidad práctica cuando se da una segunda opción *“o cualquier otra forma fehaciente admitida por la Administración”*. Segunda opción cuya redacción, a nuestro parecer, incurre en arbitrariedad puesto que dicha acreditación no puede quedar a criterio de la Administración sino que debe establecerse en términos claros y precisos en aras de los principios de transparencia y seguridad jurídica. De cualquier forma, fuera del formato papel, es difícil imaginar a que otro medio se puede estar refiriendo.
- La obligación de tramitar todo el procedimiento para la concertación por medios electrónicos, informáticos o telemáticos podría ser impuesta por esta norma, siempre y cuando respete la forma y términos recogidos en el apartado 3 del artículo 14 LPAC.

Artículo 35. Responsabilidades a las que están afectas las garantías.

La letra d) señala que las garantías responderán en los casos de resolución del concierto. Consideramos que debería añadirse *“culpable”*, es decir, entendemos que la garantía debería responder solo en los casos de resolución del concierto por culpa de la entidad concertada, para evitar así que toda resolución conlleve tomar esa medida que puede resultar, en caso de resolución no culpable de la entidad, desproporcionada y abusiva.

Artículo 38. Obligaciones de la entidad concertada.

En la letra m) del apartado 2 se recoge como obligación de la entidad concertada *“indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de la prestación del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la administración”*.

Esta previsión es casi una copia literal de lo previsto en el artículo 214 TRLCSP. Sin embargo, el redactor del proyecto normativo no ha tenido en cuenta que la exclusión de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas recogida en el TRLCSP obedece a la reserva de Ley sobre la materia. Efectivamente, dicha previsión se ha hecho con arreglo a lo establecido en el artículo 106.2 de la Constitución: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.



Según la Constitución debe ser la Ley quien establezca en qué casos y de qué modo o manera se indemniza a los ciudadanos que han sufrido daños o perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos. Por tanto, esa reserva constitucional de Ley exige que los elementos esenciales del sistema de responsabilidad sean fijados por una ley, sin perjuicio de que la Administración pueda colaborar con ella en el desarrollo de esos elementos esenciales (mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria o la celebración de un contrato). La Administración, en virtud del principio de reserva legal, no puede disponer libremente de esos elementos esenciales entre los que se encuentra la imputabilidad del daño que regula, con carácter general, el artículo 32.1 de LRJAP según el cual *“los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*.

Por su parte, la letra n) impone la obligación de *“abonar las retribuciones de su personal y cumplir con sus obligaciones en materia de seguridad social de forma directa, sin condicionar las mismas a la vida de los conciertos suscritos con las administraciones públicas competentes en materia de servicios sociales”*.

Debemos señalar que la competencia para el establecimiento de las obligaciones de este tipo es de la Administración competente en materia laboral, es decir, el Estado, por lo que esta Administración no puede más que ceñirse a la normativa vigente en la materia sin que quepa desarrollo reglamentario alguno. En este sentido, se entiende que la regulación propuesta se extralimita en la parte relativa a *“sin condicionar las mismas a la vida de los conciertos suscritos con las administraciones públicas competentes en materia de servicios sociales”*.

Por tanto, se sugiere la siguiente redacción *“la entidad concertada está obligada al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo”*.

Artículo 39. Obligaciones de la administración concertante.

Respecto al plazo establecido en el apartado 1 para abonar el precio, que es conforme con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, convendría añadir *“en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”*.

Respecto al apartado 4, sobre el deber de comunicar aquellas circunstancias que afecten de manera relevante al concierto (modificaciones, renovaciones, resolución) a efectos de unificar los términos, sería conveniente sustituir las *“administraciones correspondientes”* por *“la Administración concertante”*.

No obstante, lo importante de este apartado no es tanto lo que regula como lo que no regula, es decir, el procedimiento en el que se resuelven las distintas incidencias que pueden darse a lo largo de vida del concierto, el cual debe garantizar los derechos de la entidad concertada. Quedaría a salvo lo concerniente a la resolución puesto que su procedimiento está regulado en el artículo 49.



La letra c) del artículo 105 de la Constitución dispone que la ley regulará "el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado".

De esta forma, y a falta nuevamente de ley especial, habrá que estar a lo dispuesto en la LPAC cuyo título IV contiene las disposiciones relativas al procedimiento administrativo común. Entre los trámites de este procedimiento interesa mencionar expresamente el de iniciación de oficio (artículo 58), emisión de informes (artículo 80), trámite de audiencia (artículo 82) y terminación (artículo 84).

Artículos 42, 43, 44 y 45.

Estos artículos regulan los aspectos relativos a la duración de los conciertos, incluida la posibilidad de su renovación y prórroga, y los relativos a la modificación.

Se establece una duración mínima de cinco años con carácter general que puede ampliarse hasta diez, incluidas las prórrogas. Este último inciso, sin embargo, no guarda coherencia con lo establecido en el artículo 44 que recoge el supuesto en el que procede la prórroga de una duración máxima de seis meses: denegación de la renovación por parte de la Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 43.

Si la duración inicial del concierto es de diez años lo será sin incluir las prórrogas. En caso contrario, debería decirse que la duración máxima es de nueve años y medio, ampliable hasta diez en caso de prórroga.

Y, volviendo al artículo 44, no se entiende por qué se han limitado los supuestos habilitadores de la prórroga sólo a la denegación de la renovación del concierto (artículo 43.4) y no se han tenido en cuenta otros supuestos como son la falta de voluntad de renovar por parte de la entidad o la resolución del concierto en los supuestos del artículo 46.2 en los que, no obstante, sea posible continuar su ejecución.

En cuanto al artículo 43, el apartado 3 dispone que "los conciertos podrán renovarse únicamente por un plazo igual al de su duración inicial, siempre que la entidad cumpla con los requisitos que determinaron la aprobación y suscripción de los mismos (realmente la entidad no es objeto de aprobación y suscripción, por lo que sugerimos su sustitución por "siempre que la entidad cumpla los requisitos previos que le permitieron participar en el procedimiento de concertación y formalizar el concierto con la Administración"), existan consignaciones presupuestarias suficientes y exista una demanda efectiva del o de los servicios objeto de concierto".

Sin perjuicio de que este apartado sea conforme con lo dispuesto en el artículo 67.2 LSS según el cual "los conciertos podrán ser renovados por un periodo igual al de su plazo de duración inicial, siempre que así esté previsto", conviene apuntar que la posibilidad de renovar el concierto planteada no favorece a los intereses de la Administración puesto que limita su capacidad de decisión ya que sólo puede resolver en sentido positivo o negativo, atendiendo únicamente a los tres requisitos expuestos. No puede establecer para la renovación una duración menor a la del concierto, lo cual en ciertos casos puede resultar conveniente, ni resolver que no se renueve por motivos de oportunidad puesto que la no renovación solo puede obedecer a los motivos contenidos en este apartado configurados, asimismo, como una lista cerrada.

Por su parte, teniendo en cuenta que se recogen dos motivos que justifican la falta de renovación que son ajenos a la entidad, debería indicarse en el apartado primero que la convocatoria de renovación no tendrá lugar cuando no existan consignaciones presupuestarias suficientes y/o no exista una demanda efectiva del o de los servicios objeto de concierto.

La modificación del concierto viene regulada en el artículo 45 que, en desarrollo del apartado 1 del artículo 67 LSS, señala que los conciertos deben establecerse sobre una base plurianual *"con el fin de garantizar la estabilidad en su provisión, sin perjuicio de que puedan determinarse aquellos aspectos que deban ser objeto de revisión y, en su caso, modificación antes de agotar su vigencia"*.

En el apartado 1 del artículo 45 se señala que la Administración solo podrá introducir modificaciones para atender a circunstancias imprevistas. Sobre esta previsión debemos matizar que circunstancias imprevistas debe interpretarse como circunstancias imprevisibles en el momento de publicar la convocatoria aun cuando la Administración convocante haya actuado con toda la diligencia debida. No olvidemos que el artículo 5 recoge entre los principios que inspiran el régimen de concertación el de utilización racional y eficiente de los recursos públicos.

El artículo 67.1 LSS recoge además la posibilidad de revisar los conciertos, previsión que se desarrolla reglamentariamente en el apartado 4 del artículo 41 que señala que las Administraciones *"(...) revisarán periódicamente los contenidos y estipulaciones recogidos en los conciertos, al objeto de garantizar su progresiva adaptación a la evolución de las necesidades de las personas usuarias y a las mejoras e innovaciones de las que pueden beneficiarse"*.

Tal y como se ha definido la revisión en el artículo 41.4, la línea que la separa de la modificación se dibuja un tanto borrosa. Parece que únicamente estaremos en un caso de modificación si la alteración supone un aumento del importe destinado a su financiación (último inciso del apartado 1 del artículo 45) el cual no podrá suponer un incremento superior al 20%. No obstante, no se tiene en cuenta que una modificación esencial (apartado 2 del artículo 45) también puede ser a la baja (lo cual puede poner en peligro el equilibrio económico del concierto) o que no tenga reflejo económico (pero altere la naturaleza de las prestaciones objeto del concierto).

El último inciso del apartado 3 señala que *"dicha situación sólo podrá darse una vez transcurrido al menos un año desde el inicio de su vigencia"*. No está claro si se refiere a que dentro del primer año no se puede incrementar más del 20% el importe o si, a pesar de darse un incremento superior, no procede la resolución del concierto. Parece que hay que inclinarse por la primera opción, pues no tiene sentido que el primer año no pueda resolverse, cuando es más grave aún que haya una modificación, pero debe aclararse.

En el primer caso, dado que la modificación debe obedecer a circunstancias imprevisibles, esta previsión carecería de sentido. En el segundo caso, tampoco se entiende esta condición de tipo temporal puesto que, si el límite del 20% obedece a que a partir de este porcentaje se considera modificación de las condiciones esenciales, debería poder resolverse en cualquier momento de la vida del concierto, aun cuando no haya transcurrido un año.

En cuanto a la problemática del apartado 2 del artículo 45 nos remitimos al análisis del artículo 32.

Artículo 46. Causas de extinción.

En el apartado 2 se recogen las causas de resolución del concierto. Sobre las recogidas en las letras d) y e), nos remitimos a lo expuesto en el análisis de los artículos 31 y 45 respectivamente.

Parece conveniente añadir como causa de resolución la pérdida de calificación de entidad sin ánimo de lucro y los términos en que puede darse tal pérdida.

Artículo 48. Estabilidad de las plantillas.

Este artículo no contiene regulación alguna sobre la extinción de los conciertos, sección en la que está ubicado, sino sobre la información que hay que proporcionar a las entidades para que elaboren correctamente su propuesta, por lo que debería trasladarse su contenido al artículo que regula el contenido de las convocatorias.

Asimismo, se considera que la redacción del primer apartado no es correcta puesto que el cumplimiento de la normativa laboral, incluidas las previsiones relativas a la estabilidad de las plantillas, es de obligado cumplimiento, sin que su cumplimiento dependa de que así se recoja en esta norma.

Aconsejamos la supresión de esta previsión no solo por ser superflua sino también por ser incorrecta.

Artículo 50. Garantía de financiación suficiente.

En el segundo párrafo se incorpora la cláusula comúnmente conocida en las concesiones de obra como "cláusula de progreso" de manera que se impone a las Administraciones, que no a las entidades concertadas, asegurar el mantenimiento o mejora de la calidad de los servicios, de los puestos de trabajo y de la implementación de estrategias I+D+I en las condiciones recogidas en la normativa de aplicación y/o en el contrato-programa.

En el ámbito de la contratación pública la "cláusula de progreso" se ha venido utilizando en los contrato de concesiones, especialmente en las concesiones de obra, en los que se impone al concesionario la realización a su costa de las modificaciones necesarias para adaptar la prestación a la norma técnica que la impone. No obstante, y a salvo lo establecido en los pliegos que rijan el contrato, si la asunción de ese coste económico determinara de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión, la concesionaria podría reclamar a la Administración la compensación que proceda para el restablecimiento del equilibrio económico.

En este artículo se determina que será la Administración la que deberá asumir el coste derivado de las posibles mejoras como consecuencia de su obligación de garantizar la financiación de los conciertos. La diferencia en la aplicación de esta cláusula en las concesiones administrativas y en los conciertos sociales radica en la asunción del riesgo operacional por la empresa concesionaria, en el primer caso, y su no asunción por la entidad concertada, en el segundo. Asimismo, en estos últimos, tal y como se expuso anteriormente, no se busca un beneficio empresarial, y en lugar de regirse por

los principios de eficiencia en términos de calidad/precio, lo que se busca es que el servicio se preste con la mejor calidad.

No obstante, y siendo estas las características del régimen de concierto, la regulación propuesta no tiene en cuenta que estas mejoras son también modificaciones del concierto, al igual que las reguladas en el artículo 45, y, por lo tanto, deberían estar sometidas a los mismos límites.

Artículo 51. Régimen económico de los conciertos.

Entendemos que el apartado 1 y el primer párrafo del apartado 2 no regulan el régimen económico de los conciertos sino que su contenido más bien debería incluirse en el artículo 50 relativo a la garantía de financiación suficiente que desarrolla el Título IV "Financiación del Sistema Vasco de Servicios Sociales" de la LSS.

El apartado 4 prevé la actualización anual del módulo económico en función del índice de precios de consumo del Instituto Nacional de Estadística o índice oficial que lo sustituya.

Dicha previsión no es conforme con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (en adelante LDE) y en los arts. 6 y siguientes del Reglamento que la desarrolla (Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero), los cuales regulan las revisiones de cualquier valor monetario en cuya determinación intervenga el sector público y distinguen los siguientes supuestos de revisión:

1. Revisión periódica y predeterminada la cual debe cumplir los siguientes requisitos:
 - No puede realizarse en función de precios, índices de precios o fórmulas que los contengan.
 - Solo es posible su autorización de manera excepcional, si pueden utilizarse fórmulas en función de precios individuales e índices específicos de precios, que se sometan a los siguientes principios: a) los cambios de costes en la actividad de que se trate deben ser recurrentes; b) la fórmula tendrá en cuenta la eficiencia económica y la buena gestión empresarial; c) las fórmulas nunca incluirán la variación de costes financieros, amortizaciones, gastos generales o de estructura ni beneficio industrial., y d) sólo podrán incluir la variación de costes de mano de obra en los casos y condiciones previstos en el desarrollo reglamentario (artículos 5 y 11 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española —en adelante, RLDE—).
2. Revisión periódica no predeterminada y la no periódica: solo posibles si se justifican en una memoria específica para tal fin, cuyo contenido se incluye en el artículo 12 RLDE, si está motivada por variaciones en los costes, o en la disposición adicional primera, si no está motivada por variaciones de costes, cuya elaboración no eximirá de la necesidad de recabar autorizaciones sectoriales en caso de ser necesarias.

Disposición adicional segunda. Recursos y quejas.

Esta disposición consta de dos apartados: el primero, relativo a los recursos; y, el segundo, relativo a las quejas.

En cuanto al primero, se señala que *“contra las resoluciones denegatorias podrán interponerse los recursos administrativos y jurisdiccionales que correspondan”*.

Teniendo en cuenta que el artículo 112.1 LPAC dispone que *“Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley. La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento”*, este apartado no es conforme con la Ley puesto que no tiene en cuenta como objeto de recurso, por tratarse de un acto de trámite cualificado, el trámite previo a la valoración de las propuestas, es decir, la admisión o no de las solicitudes (artículo 28.1) en función de que las entidades cumplan o no los requisitos previos.

Asimismo, y tal y como se señaló al analizar el artículo 29, se debería sustituir *“resoluciones denegatorias”* por *“resoluciones por las que se seleccionen a la entidades para concertar”*.

En cuanto al segundo apartado que recoge la posibilidad de presentar quejas contra actuaciones de la Administración realizadas durante el procedimiento (que no contra actos administrativos), se echa en falta en falta una mínima regulación del procedimiento para presentarlas como son los requisitos mínimos del escrito o el plazo para responder.

Disposición transitoria primera. Periodo transitorio de vigencia de las fórmulas de colaboración vigentes a la entrada en vigor del Decreto.

En esta disposición se prevé un régimen transitorio que en nuestra opinión es abusivo.

En el apartado 1 se señala que los convenios y contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro así como cualquier otro tipo de financiación de carácter estable que las Administraciones hayan concedido a entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro (y no que *“concedan”*) se mantendrán vigentes durante cinco años más a partir de la entrada en vigor del Decreto. En el apartado 2 se indica que tras el plazo de vigencia de los convenios, contratos y subvenciones referidos en el apartado 1 de esa misma disposición (que no artículo) se *“adjudicarán”* en régimen de concierto social a las entidades sociales (entiendo que se refiere igualmente a entidades de iniciativa social) por un plazo de cinco años.

La lectura conjunta de los apartados 1 y 2 hace difícil su interpretación en cuanto al ámbito temporal del régimen transitorio y respecto a las entidades a las que afecta (entidades sin ánimo de lucro y/o entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro).

En cuanto a su ámbito temporal, se deduce que este régimen solo es aplicable a aquellos convenios, contratos y subvenciones cuya duración finalice con anterioridad al plazo de cinco años a contar desde la entrada en vigor del Decreto. Obviamente, en

los casos en los que su duración sea superior a esos cinco años, los convenios, contratos y subvenciones seguirán vigentes hasta la fecha de finalización prevista en cada caso.

No obstante, el apartado 2 dilata excesivamente un régimen que se supone transitorio con el fin de que las entidades que actualmente están prestando los servicios puedan adaptarse al nuevo régimen normativo. Este apartado prevé una concertación directa, por un plazo de cinco años a añadir a los cinco del primer apartado, eludiendo así durante todo ese periodo de tiempo el principio de concurrencia que rige el procedimiento de concertación (artículo 20).

V.- CONCLUSIONES.

Una vez analizado el borrador del Decreto que regula el régimen de concierto del sistema vasco de servicios sociales y en base a las consideraciones y opiniones expresadas a lo largo de este informe, emitimos las siguientes conclusiones sin ánimo de abordar con exhaustividad toda la problemática tratada:

- 1.-** El actual marco normativo creado por las Directivas comunitarias del 2014 permite configurar nuevos instrumentos jurídicos a través de los cuales se pueden organizar los servicios sociales fuera del ámbito de la contratación pública, como son el concierto y el convenio. Y dado que la competencia para gestionar los servicios sociales es de las Comunidades Autónomas, la competencia para regular estas fórmulas no contractuales les corresponde a ellas. En el caso de la Comunidad Autónoma de Euskadi, dicha competencia le viene atribuida por los artículos 10.12 y 10.39 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; y, dentro de su ámbito autonómico, la LSS, como ley sectorial, señala como fórmulas no contractuales para organizar estos servicios el concierto y el convenio, y atribuye la competencia de desarrollo reglamentario al Gobierno Vasco (artículos 40.1.a) y 31.2 y disposición adicional octava).
- 2.-** Dicha posibilidad no está exenta, sin embargo, de límites que se deben respetar, so pena de vulnerar la legalidad tanto a nivel estatal como comunitario. Tales límites son el principio de reserva de ley estatal en materia de contratación pública (artículo 149.1.18 CE) y los principios del derecho comunitario recogidos en las Directivas sobre contratación pública y en la jurisprudencia del TJUE como su máximo intérprete, que actuarán como parámetro para determinar si el Decreto objeto de este informe, en su función de norma reguladora de dichos instrumentos, respeta el derecho europeo, como criterio para determinar si dicha norma no traspasa los límites establecidos por la legislación básica estatal en materia de contratación pública.
- 3.-** En este sentido, de conformidad con la doctrina del TJUE, la sustitución del régimen de contratación pública en el ámbito de los servicios sociales por el régimen de conciertos tiene sentido cuando concurren circunstancias objetivas que justifiquen la sustitución de la regla general de adjudicación de un contrato público, regida por los principios de publicidad, transparencia y no discriminación, por la excepción cuyos principios rectores son el de universalidad y solidaridad.

Las circunstancias objetivas a las que se refiere el TJUE son aquellas que obligan, por razones de eficiencia económica y adecuación, a que el servicio sea prestado en condiciones de equilibrio presupuestario. Solo la concurrencia de razones presupuestarias que obliguen a controlar los gastos y a evitar en lo posible el derroche de medios financieros, técnicos y humanos para poder prestar o seguir prestando servicios de carácter solidario y de acceso universal para todas las personas permitiría hacer una salvedad al derecho comunitario de libre prestación de servicios por cuya salvaguardia vela la normativa de contratación pública. Por dicho motivo, solo cabe entender la colaboración de entidades privadas con las Administraciones Públicas para la prestación de servicios sociales mediante fórmulas no contractuales, como es el concierto, si la gestión se realiza de forma solidaria, es decir, sin ánimo de lucro, de manera que la financiación de los conciertos solo comprenda los costes variables, fijos y permanentes sin incluir el beneficio industrial.

Solamente la suscripción de conciertos y/o convenios con entidades sin ánimo de lucro justifica la exigencia del cumplimiento de unos requisitos previos basados en criterios de tipo geográfico, territorial o de nacionalidad como excepción a la prohibición de restricción a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro que dicha exigencia conlleva. Es en este sentido en el que debe interpretarse la legislación interna de los Estados miembros (en este caso, por razones competenciales, las leyes sectoriales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (LSS y LTSSE)) para que pueda entenderse conforme con el derecho comunitario.

- 4.-** La inclusión de entidades con ánimo lucro en el régimen de concertación no solo podría ser contraria a las disposiciones comunitarias, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, sino que, incluso, a nivel interno podría estar vulnerando el principio de reserva de ley estatal sobre las bases de la contratación pública.

Debemos tener en cuenta que la regulación por parte de la Comunidad Autónoma de un instrumento que apenas presente nota diferenciadora alguna respecto al contrato público —salvo el carácter social de los servicios objeto de concertación que, no obstante, también pueden ser gestionados por alguna de las formas habilitadas por la normativa contractual—, podría llevar al TC a declarar su inconstitucionalidad si, partiendo de la interpretación del TJUE, fundamentada en el principio de no discriminación por razones de nacionalidad, concluye que la línea que separa ambas figuras no existe y que la discriminación hacia operadores económicos de otros Estados miembros en cuanto al acceso a la gestión de estos servicios no está justificada.

- 5.-** La figura no contractual a regular por la norma reglamentaria debiera tener una única denominación en base a la naturaleza social del servicio a prestar al ciudadano que es lo que, precisamente, justifica la existencia de esta figura: “concierto social”, sin perjuicio de la posibilidad de celebrar un convenio en los casos que con carácter tasado así se haya previsto.

- 6.-** Partiendo de que solo es posible suscribir conciertos con entidades sin ánimo de lucro, se debe eliminar toda distinción de conciertos en función de la naturaleza jurídica de la entidad que vaya a prestar el servicio. Y la supresión de toda distinción incluye no solo la existencia o la ausencia de ánimo de lucro sino también de otras características de las entidades como son su naturaleza “de interés social” o su

naturaleza “de iniciativa social”, sin perjuicio de que el Decreto deba respetar lo dispuesto por la LSS y la LTSSE en cuanto a los convenios.

- 7.-** En cuanto a la regulación de los convenios sociales contenida en el artículo 6, consideramos que algunos de los aspectos recogidos en las leyes sectoriales (LSS y LTSSE) objeto del presente desarrollo reglamentario no han sido tenidos en cuenta o no se han desarrollado de forma correcta.

Al igual que en los conciertos, las entidades con las que se pueden suscribir este tipo de convenios deberán carecer de ánimo de lucro, ausencia de lucro para cuya apreciación será preciso acudir nuevamente a la jurisprudencia del TJUE y las normas sectoriales que en cada caso sean aplicables en función de la forma jurídica de la entidad.

La duración máxima de los convenios deberá recogerse en la norma reglamentaria sin que quepa la posibilidad de convenios con duración indefinida en virtud de lo dispuesto tanto en los artículos 68 y 69 LSS como en los artículos 49 y 51 LRJAP.

- 8.-** La regulación propuesta en el borrador de Decreto no presenta una correcta delimitación de las distintas fases que deben conformar el procedimiento de concertación para garantizar los principios recogidos en su artículo 20. Además se aprecia confusión a la hora de determinar el momento en el que se debe y/o pueden exigir determinados requisitos durante el procedimiento de concertación y en el que es exigible el cumplimiento de obligaciones en fase de ejecución.
- 9.-** La regulación de los requisitos previos adolece de algunos errores conceptuales derivados de la confusión entre el concepto de capacidad de obrar y solvencia o de la inclusión como requisitos previos de condiciones denominadas como “condiciones especiales de ejecución” que, como su propio nombre indica, deberán cumplirse durante la ejecución del concierto, no con carácter previo a su celebración.
- 10.-** El procedimiento de concertación debe respetar los principios de transparencia, publicidad, concurrencia y celeridad (artículo 20), a los que deberían añadirse los de igualdad de trato y no discriminación a efectos de poder comparar el máximo número de propuestas posibles con el fin de obtener aquella que presente una mayor calidad.

A efectos de realizar una correcta valoración de las propuestas —que no de las entidades que en este momento del procedimiento ya han demostrado que cumplen todos los requisitos para concertar—, deberán establecerse criterios de valoración que coadyuven a hallar la mejor propuesta en términos de calidad, para lo cual será necesario que dichos criterios tengan relación con las características del servicio objeto de concertación. No deben confundirse los criterios de valoración de las propuestas con los criterios de desempate o medidas de discriminación positiva (como recoge la LSS) ya que en estos, a diferencia de aquellos, es posible considerar características propias de las entidades participantes en el procedimiento.

- 11.-** En cuanto a las actuaciones que conforman el procedimiento desde la fase preparatoria hasta la formalización del concierto mediante el contrato-programa, se observa falta de rigurosidad en la terminología utilizada que dificultan la comprensión del *iter* procedimental. Incluso se recurre a términos propios de la contratación pública que no se consideran adecuados porque ello supone acercar el

régimen de conciertos al de contratos, acercamiento evidentemente contrario al objetivo de diferenciar ambas figuras.

En cuanto a lo que son cuestiones puramente procedimentales, sin perjuicio del resto de observaciones reflejadas en este informe, estimo necesario destacar las siguientes:

- Se debería establecer como documentación preparatoria a obrar en el expediente una memoria explicativa de las razones por las que se acude al concierto (o en su caso convenio) y no al contrato sometido a la normativa contractual.
- La convocatoria del concierto debería incluir todos aquellos aspectos cuya inclusión se ha mencionada a lo largo de este informe y que, sin embargo, no se incluyen en el artículo 24, como son, por ejemplo, las condiciones esenciales del concierto citadas en el artículo 32 relativo al contrato-programa, la posibilidad de constituir las garantías mediante retención del precio (artículo 34), los datos a los que se refiere el artículo 48 sobre la estabilidad de las plantillas, la composición del órgano colegiado encargado de la valoración de las propuestas (artículo 28).
- En coherencia con lo señalado en la conclusión octava, convendría dividir la parte del procedimiento anterior a la resolución en dos fases: la relativa a la acreditación de requisitos previos y la relativa a la valoración de las propuestas.
- La valoración debería realizarse en todo caso por un órgano colegiado cuya composición debería ser parte del contenido de la convocatoria del concierto. Dicho órgano elevaría la propuesta de selección de la entidad (o la propuesta) al órgano competente para resolver.
- La resolución administrativa que pone fin al procedimiento de selección de la entidad que ha presentado la propuesta de mayor calidad (o de la mejor propuesta) deberá ser motivada teniendo en cuenta los criterios de valoración establecidos en la convocatoria que, tal y como se ha indicado anteriormente, deben estar orientados a hallar la mejor propuesta en términos de calidad.
- Los recursos administrativos susceptibles de ser interpuestos a lo largo del procedimiento serán aquellos que procedan según la LPAC contra los actos que en dicha Ley sean susceptibles de ser recurridos (artículo 112.1).
- La regulación de las garantías a exigir debe ser objeto de una reformulación que atienda a todos los reparos recogidos en este informe respecto a aspectos relativos al momento procedimental en el que son exigibles, formas en las que son posibles su constitución, obligación de utilizar medios electrónicos, informáticos o telemáticos y posibilidad de constituir la garantía mediante retención del precio si así lo ha establecido la Administración en su convocatoria.
- El concierto se perfecciona en el momento en el que se formaliza a través del contrato-programa. Sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que pudiera conllevar su no formalización, no se puede hablar de resolución del concierto hasta que no se haya firmado por ambas partes el contrato-programa.



- 12.-** El régimen de concertación debe ser en todo caso respetuoso con los principios jurídicos que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, especialmente con el principio de jerarquía que rige la relación entre la ley y el reglamento. Consecuentemente, debe respetarse el principio de reserva de ley (en relación con el régimen de responsabilidad patrimonial y de revisión de precios, causas de inhabilitación o posibilidad de reservar determinados conciertos), el principio de competencia (en lo que respecta a la regulación de las condiciones laborales), y el derecho de defensa que garantiza la audiencia del interesado en el procedimiento administrativo (procedimientos de modificación, renovación y resolución del concierto o justificación de valores anormales o desproporcionados en el procedimiento de concertación).
- 13.-** En cuanto a la duración de los conciertos, consideramos que las previsiones relativas a los supuestos que habilitan la prórroga y la renovación son tan rigurosas que lo que debería ser una potestad discrecional de la Administración a ejercer según los intereses concurrentes en cada caso en concreto, se convierte en un acto reglado.
- 14.-** Y, por último, se considera que el régimen transitorio recogido en la Disposición transitoria primera es demasiado dilatado y está regulado de forma poco clara.