



## **INFORME 3/2020, DE 13 DE MARZO, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

### **OBJETO: BORRADOR DE DECRETO POR EL QUE SE REGULA EL RÉGIMEN DE CONCIERTO SOCIAL Y LOS CONVENIOS EN EL SISTEMA VASCO DE SERVICIOS SOCIALES.**

#### **I.- ANTECEDENTES.**

La Ley 12/2008, de 5 diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco (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 (SVSS, en lo sucesivo). 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 esta Junta

Asesora de Contratación Pública (en adelante, 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 entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. 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, 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.

Así las cosas, la Ley 6/2016, de 12 mayo, del Tercer Sector Social de Euskadi (en adelante, LTSSE) dispone en el apartado 1 de su artículo 15 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.

Con esta nueva Ley en la mano, se solicitó a esta JACP la emisión de informe sobre el borrador del Decreto del régimen de concierto del Sistema Vasco de Servicios Sociales. Dicho informe, emitido el 10 de octubre de 2017, incluía unas conclusiones que serán posteriormente recordadas a los efectos de determinar si el nuevo borrador –ya que el informado decayó- se ajusta o no a la normativa.

Con fecha 7 de febrero de 2020, la Dirección de Servicios Sociales del Departamento de Empleo y Políticas Sociales ha solicitado informe de esta Junta Asesora de la Contratación Pública (en adelante, JACP) sobre el borrador de Decreto por el que se regulan el régimen de concierto social y los convenios en el sistema vasco de servicios sociales.

## **II. – CONSIDERACIONES PREVIAS.**

### **COMPETENCIA PARA EMITIR INFORME.**

El artículo 11 de la Ley 8/2003 de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, dicta que los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen las disposiciones que regulan dicho trámite.

La Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el proyecto de la norma de referencia, por tener ésta incidencia sobre la contratación pública, 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, que dicta:

“Artículo 27.- Funciones consultivas.

En el ejercicio de la función consultiva, corresponde a la Junta Asesora de Contratación Pública las siguientes actuaciones:

a) Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos:

1.- Los proyectos o anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación pública o que incidan en dicho ámbito, cuya aprobación sea competencia del Consejo de Gobierno o de los Consejeros y Consejeras del mismo.”

Dado que se trata de un proyecto de disposición que no tiene por objeto la creación de entidades del sector público ni la regulación de las estructuras orgánicas y funcionales de las entidades de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 116/2016, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora.



## **NUEVO MARCO NORMATIVO.**

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo LCSP), estableció en su artículo 11, apartado 6 que “Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”

Por su parte, el artículo 6 hace referencia a la exclusión de la aplicación de la LCSP respecto de los convenios, bajo ciertas premisas:

“1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.”

### **III. – CONTENIDO.**

El proyecto de Decreto consta de los siguientes capítulos:

- I. FINES, DEFINICIÓN, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PRINCIPIOS.
- II. REQUISITOS DE ACCESO, PLANIFICACIÓN Y FINANCIACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONCIERTO.
- III. PROCEDIMIENTO DE CONCERTACIÓN.
- IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACUERDOS DE ACCIÓN CONCERTADA.
- V. DURACIÓN, RENOVACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN.
- VI. CONVENIOS Y ACUERDOS MARCO DE COLABORACIÓN.

Y se completa con tres Disposiciones Transitorias, una Adicional y dos Finales.

### **IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

- 1.-** Las Directivas comunitarias del 2014 permiten 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 corresponde a las Comunidades Autónomas, la competencia para regular estas fórmulas no contractuales les corresponde también a ellas. En la Comunidad Autónoma de Euskadi, la LSS señala como fórmulas no contractuales el concierto y el convenio, y atribuye la competencia de desarrollo reglamentario al Gobierno Vasco.
- 2.-** Sin embargo, ello puede hacerse atendiendo a ciertos límites: el principio de reserva de ley estatal en materia de contratación pública y los principios del derecho comunitario sobre contratación pública como criterio para determinar si no se traspasan los límites establecidos por la legislación básica estatal en materia de dicha contratación.



**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 son aquellas que obligan, por razones de eficiencia económica y adecuación, a que el servicio sea prestado en condiciones de equilibrio presupuestario. Sólo 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, 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 garantizándose que sólo se les financian los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones, preservando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora pero sin incluir beneficio industrial, o tratándose de una entidad sin ánimo de lucro como tal, se 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 deben interpretarse la LSS y la LTSSE para que pueda entenderse conformes con el derecho comunitario.

**4.-** El concierto, por otro lado, se perfecciona en el momento en el que se formaliza a través del contrato-programa.

**5.-** La LSS, al regular la intervención de la iniciativa privada en la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública, requerirá: inscripción en el Registro de Servicios Sociales, autorización administrativa y homologación previa.

**6.-** También según la LSS, las administraciones públicas vascas, en el ámbito de sus competencias, podrán organizar la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales a través: gestión directa, régimen de concierto, gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las administraciones públicas, y convenios con entidades sin ánimo de lucro.

Y así, si bien las directivas incluyen en sus respectivos ámbitos de aplicación los servicios sociales, no es menos cierto que los estados miembros “continúan” siendo libres para organizar tales servicios, realizar concesiones o suscribir contratos, por ejemplo a través de la simple financiación o de la concesión de licencias y autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones establecidas previamente, siempre que se garantice una publicidad suficiente y se respeten los principios de transparencia y no discriminación.

La prestación de servicios por parte de las Administraciones Públicas se puede materializar a través de la gestión directa (en la que se incluye el encargo a medios propios), la gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las Administraciones Públicas, el concierto social y el convenio.

**7.-** La Disposición adicional cuadragésimo novena de la LCSP, se aviene a estos términos cuando preceptúa que “lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”.

En el mismo sentido el artículo 11.6 de la repetida Ley 9/2017 excluye determinados negocios y contratos de su ámbito de aplicación, entre ellos, la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que ésta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Se trata por tanto inexcusablemente de una circunstancia en la que no hay concurrencia competitiva entre las personas interesadas en prestar el servicio, por ello se concede la licencia o autorización a todas las entidades que solicitándolo cumplan las condiciones.

Por lo tanto, cabe legislación autonómica específica que articule un instrumento no contractual para la prestación de un servicio público de carácter social, -prestación propia de un contrato- siempre y cuando no haya concurrencia competitiva entre las personas interesadas en prestar el servicio concreto, siendo este requisito indispensable en la regulación del concierto social, y ello puesto que fundamenta la no aplicación de la normativa contractual. Del mismo modo, cuando nos encontremos ante un negocio jurídico de naturaleza contractual deberá aplicarse la citada Ley 9/2017.

## **EXAMEN DEL ARTICULADO DEL PROYECTO**

Tal y como indica el Informe jurídico emitido al proyecto de Decreto, con él se está regulando de forma integral un nuevo modelo de negocio jurídico bilateral, con las dificultades que ello implica; motivo por el cual se sugiere se valore la oportunidad de incorporar al texto las remisiones necesarias a aquellas normas cuya aplicación con carácter subsidiario pueda facilitar la interpretación y aplicación del decreto, en especial la normativa aplicable en materia de contratación pública en aquellos aspectos que no sean incompatibles con la naturaleza del instrumento que se articula (por ejemplo la solvencia técnica y profesional de la persona con la que se va formalizar el concierto, las causas de invalidez del propio negocio jurídico, la posibilidad o no de subcontratación, la revisión de los módulos ...).

En cuanto al objeto concreto del negocio jurídico objeto de regulación, el mismo puede consistir, según el artículo 2, bien en la reserva y ocupación de plazas en centros concertados en los que se preste el servicio del Catálogo, o bien, en la propia gestión integral del centro, debiendo entenderse por gestión integral del centro la provisión de varios servicios o prestaciones del Catálogo del SVSS en un mismo centro. Independientemente de la problemática de las plazas que luego comentaremos, es importante discutir en todo momento sujeto y objeto de la concertación.

Y volvemos a insistir en el término "entidad", ya que como se ha dicho la LSS se refiere a ellas en el establecimiento de los requisitos, a ellas se refiere la iniciativa privada. No parece muy adecuado hablar de concertación de "plazas" con preferencia a la de "entidades" o "centros". El propio ámbito de aplicación del Decreto (artículo 2) se refiere a "entidades", si bien a continuación se dice que el objeto del concierto social podrá ser "la reserva y ocupación de un número determinado de plazas...". Entiende esta Junta que ha de distinguirse sujeto y objeto, siendo la aplicación de los requisitos de concertación



aplicable a la entidad. Además, la concertación de plazas lleva a otro problema que explicaremos más adelante.

Será competente para la celebración del concierto y por tanto para su formalización mediante el contrato-programa (figura esta última que sólo residualmente se menciona en el proyecto, así por ejemplo debería hacerse en el artículo 4.3) el órgano competente para prestar el servicio, y ello puesto que la gestión a través de la figura del "concierto social" no es más que otra forma de gestión indirecta de un servicio público, que en nada altera la competencia del mismo. Por lo tanto, para determinar la competencia del órgano administrativo habrá de estarse a lo que establezca la normativa sobre la competencia para prestar el servicio de que se trate.

El artículo 5, apartado 2, recoge el principio de "igualdad de trato y no discriminación de las entidades solicitantes, resolviendo favorablemente todas las solicitudes que cumplan los requisitos de acceso", clave del sistema, y que sin embargo se desdibuja e incluso contradice a lo largo del articulado.

En primer lugar hay que referirse a los requisitos de acceso al régimen de concierto social, que recoge el artículo 7 del Decreto:

" Artículo 7. Requisitos de acceso al régimen de concierto social y facultad para concertar

1.- Las entidades de iniciativa privada se considerarán facultadas para concertar si tienen plena capacidad de obrar, sus estatutos contemplan la prestación de servicios sociales y cumplen los requisitos de inscripción registral, autorización y homologación, previstos en el artículo 59 de la ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales y desarrollados en la normativa.

2.- Para poder acceder al régimen de concierto, de acuerdo con el artículo 64 de la ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales, las entidades solicitantes deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Haber prestado atención de manera continuada a personas, familias y/o grupos con necesidades similares a las de las personas destinatarias del centro cuya concertación se solicita.

b) Acreditar su presencia previa en la zona en la que se vaya a prestar el servicio y, en particular, una trayectoria de conexión con el territorio, realizando un trabajo conjunto con

la comunidad (sistemas públicos, entidades, personas, recursos, iniciativas...) de un modo que mejore la atención que ofrece el centro o centros.

c) Acreditar los medios y recursos suficientes para garantizar el cumplimiento de las condiciones estipuladas en la Cartera de Prestaciones y Servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales.

d) Cumplir con la normativa que, con carácter general o específico, les sea de aplicación, tanto en función de la naturaleza jurídica de la entidad como de la clase de servicio objeto de concertación.

e) Acreditar la titularidad del centro o ser titulares de un derecho real de uso y disfrute sobre el mismo no inferior al período de vigencia del concierto, acreditando en su caso que cuenta con la autorización de la persona propietaria para destinarlo al fin del concierto.

f) Acreditar que en su organización, funcionamiento e intervención actúan con pleno respeto del principio de igualdad, mediante la integración efectiva de la perspectiva de género y la articulación de medidas o planes de igualdad orientados a dicho objetivo, en particular medidas orientadas a la conciliación de la vida familiar y laboral.

3.- La entidad concertante establecerá en las convocatorias, además de los requisitos del apartado anterior, la combinación de dos o más de los siguientes requisitos de acceso:

a) Ofrecer otros servicios y/o actividades a las personas, y en su caso familias, usuarias, además de los propios del centro concertado (integralidad de la atención).

b) Atender a las personas, y en su caso familias, usuarias a lo largo de diferentes etapas de la vida o del proceso de inserción o integración social (continuidad de la atención).

c) Ofrecer a las personas, y en su caso familias, usuarias una atención personalizada, adecuando los apoyos a cada caso, desde la combinación de servicios y actividades ofrecidas por la entidad y en coordinación o colaboración con terceros (personalización de la atención).

d) Fomentar la participación de las personas y, en su caso, familias usuarias, en la entidad, el centro y las actividades, así como en el proceso individual/familiar de intervención (participación).

e) Otros requisitos adecuados a las características del servicio a concertar y coherentes con el enfoque comunitario y el marco europeo voluntario de calidad para los servicios sociales.

4.- Todos los requisitos del apartado anterior deberán referirse a las personas, y en su caso familias, usuarias del centro concertado y contribuir a mejorar la atención que estas reciben, no sólo de manera integral, sino en el propio centro concertado.

5.- En la determinación de los requisitos de acceso adicionales, la entidad concertante buscará siempre la máxima coherencia posible con el enfoque comunitario de atención y el marco europeo voluntario de calidad para los servicios sociales, incorporando a las diferentes convocatorias estos y otros requisitos coherentes con dicho enfoque y marco, siempre que resulte posible atendiendo a la relación entre las necesidades de concertación y las características de la oferta disponible.

6.- En relación con los centros del catálogo del Sistema Vasco de Servicios Sociales dirigidos a las personas con discapacidad o a las personas en situación o riesgo de exclusión, si en su planificación las entidades concertantes estimaran que, en relación con una zona y con una o varias clases de centros, puedan existir entidades concertadas que cumplan todos los requisitos y, conjuntamente, dispongan de capacidad para gestionar todas las plazas requeridas, la convocatoria contemplará todos los requisitos de acceso.

7.- Los medios materiales, técnicos y profesionales acreditados deberán ser adecuados y suficientes para responder a los requisitos materiales, funcionales y de personal estipulados por la normativa aplicable.

8.- El tiempo de atención continuada será determinado por la administración concertante atendiendo, entre otros posibles aspectos, a la naturaleza del servicio y su grado de implantación en la zona, siendo ordinariamente superior a 4 años.

9.- En las convocatorias se deberán establecer los medios de acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos que se entenderán, en todos los casos, referidos a la persona jurídica solicitante, salvo cuando esta resulte de la agrupación de entidades que vengan prestando dichos servicios, en cuyo caso se entenderán referidos a estas.”

Debe señalarse una vez más que la ausencia de ánimo de lucro como requisito esencial debería aparecer desde el primer momento. Ello conlleva que se refleje sin lugar a dudas que sólo se financiarán costes, nunca beneficios, y que debe establecerse detalladamente el sistema de verificación por la entidad concertante de cuáles han sido los costes de la

concertada, el régimen de revisión -cuando menos anual- de los mismos y el ajuste de los módulos económicos a dichos gastos. Nunca un gasto no debidamente verificado y perfectamente JUSTIFICADO ha de financiarse por la entidad concertante.

Y por otro lado que el acceso al régimen de concierto social, bajo el amparo del artículo 64 de la LSS -el cual faculta al Gobierno para que en el desarrollo reglamentario de la Ley incorpore nuevos requisitos, lo que no deja de ser sorprendente-, pueda requerir de circunstancias adicionales relativas a la atención personalizada y participación de las personas usuarias, además de una cláusula final abierta a cualquier requisito relativo “al servicio a concertar” y a la calidad del mismo, implica que hay una notable confusión entre entidad, plaza, servicio, ... Ha de insistirse en que el concierto es con la entidad, y que no pueden establecerse requisitos que impliquen discriminación, ni aún siendo está positiva, relativa a plazas ni a personas, ya que ello violaría la ausencia de concurrencia competitiva, y por lo tanto habría de irse a la normativa y la figura de la contratación pública frente a la del concierto. Se habrán de concertar centros y serán las plazas que dentro de cada uno se puedan ofrecer en tal régimen las que determinen los módulos económicos efectivos que regirán el concierto.

Ahora bien: la atención personalizada e integral, la continuidad de la atención y la participación de las personas usuarias en el proceso de intervención, son principios básicos del SVSS y en cuanto tales, deberán informar todas las prestaciones y servicios que lo integran y no solamente los concertados; la redacción de este apartado parece estar previendo junto el servicio concertado, otros servicios o actividades, prestados unos o desarrolladas otras, bien de forma unilateral por la entidad concretada, o bien en coordinación o en colaboración con terceros; pero en todo caso, servicios y actividades ajenos al objeto de la convocatoria específica que se esté tramitando, y que, en cuanto tales, tendrían su régimen jurídico y presupuestario al margen de la citada convocatoria.

Avanzando en el texto, el Capítulo III se ocupa del procedimiento de concertación, y en tal sentido vuelve a pecar de imprecisión terminológica -o quizá conceptual- al hablar de “concertación de plazas”, “acción concertada”, “proyecto técnico que la entidad debe presentar”. Parece olvidar nuevamente que debe tratarse de entidades o centros en todo caso.

Sin ser objeto de este informe, la “forma de presentar la documentación” deberá entenderse telemática, y los plazos que no se indican -por ejemplo aquél en el que de no atenderse al requerimiento de subsanación llevaría a tener por desistida la solicitud- deberán ser igualmente los marcados por la legislación de procedimiento administrativo.

En cuanto a la intervención de un órgano colegiado que actúe como comisión de valoración, se comparte con el informe jurídico emitido la postura de eliminarla dado que la concurrencia competitiva es ajena a la esencia del negocio jurídico que se regula. En todo caso, se trataría de un órgano verificador del cumplimiento de los requisitos de acceso al régimen de concierto, cuya composición debería detallarse en la convocatoria.

El artículo 10.5, en coherencia con esta línea de la falta de concurrencia competitiva que caracteriza la figura del concierto, establece que todas las solicitudes que cumplan los requisitos previamente determinados deberán ser resueltas favorablemente.

Una vez resueltas favorablemente las solicitudes que cumplen los requisitos previstos en la convocatoria y en la normativa aplicable, el artículo 10.6 del proyecto de decreto se plantea el reparto de plazas entre las entidades concertadas. Para lo cual, en primer lugar se tendrán en cuenta aquellas plazas que efectivamente están siendo ocupadas por personas con derecho reconocido a la prestación, y si como resultas de ese primer reparto todavía quedasen plazas pendientes de adjudicar, por ser el número de adjudicadas inferior al número de las que salieron a concierto, el texto aboga por la aplicación de las medidas de discriminación positiva previstas en el artículo 65 de la Ley 12/2008. En este punto se debe insistir en la necesidad de que la figura que se regula como instrumento ajeno a la normativa contractual debe fundamentarse en los principios de libre concurrencia y de no discriminación, sin que quepa concurrencia competitiva y en consecuencia sin que tenga cabida la aplicación de ningún tipo de medidas de discriminación positiva. A este respecto es especialmente clarificadora la lectura de las enmiendas emitidas en vía parlamentaria a la Directiva 2014/24/UE, cuando se menciona que los estados miembros siguen teniendo libertad para organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo mediante la simple financiación 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; y que la Directiva no debe aplicarse a los procedimientos que hayan dado prueba de su validez en los estados miembros y que se basen en la libre elección de los proveedores de los servicios por parte del usuario, siempre y cuando se respeten los principios generales de igualdad de trato y transparencia consagrados en los tratados.

El artículo 13 se ocupa de las "Obligaciones de la entidad concertada" (aquí sí, entidad), entre las que se encuentra la de "a) Destinar la totalidad de la financiación pública a los servicios concertados, sin que pueda derivarse ningún resultado económico favorable de su provisión." Aquí sí se halla recogida si bien de forma indirecta la característica de



ausencia de lucro, que insistimos en que debería ser un requisito de acceso para la entidad. La entidad ha de comprometerse al menos en declaración responsable de su representante, con poder bastante, a cumplir con la obligación de imposibilidad de lucrarse a través del concierto que se suscriba. La declaración podrá obviarse si se trata de una entidad sin ánimo de lucro.

Respecto al resto de obligaciones, si bien no se discuten, no ofrecen instrumentos ni órganos concretos de verificación, lo que parece contraproducente máxime cuando el artículo 15 permite que el concierto –cuya posible “renovación” o prórroga se contempla– llegue a durar hasta 8 años. Un plazo demasiado largo para que la Administración concertante no pueda imponer sanciones ante las infracciones de cumplimiento, lo cual requeriría de un sistema y unos órganos encargados de la verificación de dicho cumplimiento.

Por otro lado, el plazo máximo de 8 años podrá ser superado, cuando para garantizar la prestación del servicio, “se prolongue por el tiempo estrictamente necesario para formalizar un nuevo acuerdo, que no excederá de 12 meses”. Dicha previsión, no parece conforme a un sistema en el que se mantenga actualizado el régimen de cumplimiento, verificaciones y seguridad jurídica. Se recomienda que ese inciso sea eliminado (artículo 15.3 in fine).

También suscita incertidumbre jurídica la posibilidad abierta en el artículo 16 de la modificación de las condiciones del concierto una vez firmado; téngase en cuenta que la firma del concierto ha tenido lugar tras la correspondiente convocatoria pública en la que han tenido que quedar perfectamente determinados los elementos esenciales del negocio jurídico. Y por si ello no fuera motivo suficiente, los términos de las posibles modificaciones se establecen en el artículo en términos muy vagos, de modo que prácticamente queda a la voluntad de las partes la determinación de cuáles pueden ser las causas de modificación y las “mejoras pactadas” y “desajustes en los costes” que pueden llevar a un incremento de la “cantidad global consignada” –¿por centro?– sin prácticamente necesidad de justificación, o al menos nada exhaustiva.

Respecto al artículo 17, de causas de extinción de los conciertos, parece difícil de llevarse a efecto en los casos en los que la extinción deriva de un incumplimiento, cuando no se han arbitrado las medidas de verificación, los concretos incumplimientos que pueden producirse, la posibilidad o no de reconducirlos, cómo y en qué plazo, etc.

En cuanto a los efectos de la extinción, es llamativo el último apartado del artículo 18, que dice que “La extinción de la acción concertada no consolidará, en ningún caso, al personal

laboral adscrito al servicio anteriormente concertado como personal de la administración concertante.” No se tratan cuestiones de personal a lo largo de todo el proyecto, pero parece que si se van a hacer aquí, convendría en todo caso aclarar que ni a la extinción ni a lo largo de la vida del concierto podrá considerarse tal personal como de la administración concertante.

Por último, en lo que a este Capítulo IV se refiere, se debe hacer un apunte a lo dispuesto en el artículo 19.3 del proyecto, y ello puesto que la asignación de un centro concreto a una persona determinada, solo se podrá mantener en el tiempo en tanto en cuanto que el centro, en virtud de un concierto o de otro instrumento jurídico adecuado al efecto, siga estando obligado a prestar el servicio.

Respecto al Capítulo VI, y si bien es cierto que la propia LSS prevé la utilización del convenio 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, ha de recordarse una vez más que los convenios no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos, y si lo tuvieran, como es el caso que nos ocupa, su naturaleza y régimen jurídico debe ajustarse a lo previsto en la legislación de contratos del sector público. Así que parece bastante discutible que la figura de convenio pueda encajar en el ámbito de los servicios sociales, al menos en los términos en los que se ha perfilado en el proyecto de Decreto.

No deben olvidarse tampoco el resto de características que deben adornar un convenio para que pueda serlo como tal y por tanto quedar excluido de la normativa de contratos del sector público (insistimos en el artículo 6 LCSP, visto arriba).

Y la equiparación de regulación que el artículo 20 pretende establecer entre conciertos y convenios por tanto no procede, del mismo modo que no proceden las características excepcionales que justifican la utilización del convenio, y que se definen a lo largo del mismo artículo (singularidad, urgencia, innovación ...).

Finalmente, los dos últimos apartados del artículo 20 rezan:

“8.- Las administraciones públicas vascas podrán establecer acuerdos marco de colaboración con las organizaciones del Tercer Sector Social de Euskadi, según lo previsto en el artículo 70 de la ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales. En todo caso, cada contrato, convenio o concierto deberá articularse a través del procedimiento específico que le es propio.

9.- El cambio de figura jurídica que implique la pérdida de la condición de organización no lucrativa será causa de extinción del convenio.”

Respecto al primero de ellos, el mencionado artículo 70 de la LSS dice que “Las administraciones públicas vascas podrán establecer con las entidades sin ánimo de lucro acuerdos marco de colaboración, que recojan tanto los conciertos, convenios o contratos establecidos con la entidad para la prestación de servicios incluidos en el catálogo como los convenios de colaboración suscritos con la misma para la prestación de servicios sociales no incluidos en el catálogo o para la realización de otras actividades que la administración pública correspondiente considere adecuado y oportuno promover.” Dado que la LSS a continuación no describe nada más sobre dichos acuerdos marco ni lo hace el proyecto de Decreto, esta figura queda totalmente desdibujada y no merece la pena mencionarla en el Decreto para no proceder tampoco a su desarrollo.

Entrando ya en la parte final del proyecto la Disposición Transitoria Primera regula la vigencia de instrumentos jurídicos ajenos al concierto social y vigentes a la entrada en vigor del decreto. Cabrían aquí todo tipo de convenios e incluso podrían tener carácter indefinido, por lo que no parece adecuado entrar en esta materia, ni mucho menos en la de los contratos, ya que estos se someten a su normativa, de rango legal y carácter básico en cuanto a su duración, y a su propio texto, por lo que no procede que una disposición autonómica de carácter reglamentario mencione nada al respecto.

Tampoco procede la Disposición Transitoria Segunda, que en la primera convocatoria de conciertos de una determinada clase de servicio del catálogo, establece una resolución favorable para todas las entidades que cumplan los requisitos de acceso y que vengán cooperando con la administración en la provisión del servicio, puesto que si cumplen todos los requisitos de acceso el artículo 10 del proyecto ya prevé la resolución favorable de todas ellas, y esta Disposición podría llevar a pensar que cabe algún margen de decisión para la Administración concertante sobre qué resolver favorablemente o no.

Y la Disposición Transitoria Tercera, que establece un régimen de exención de determinados requisitos estableciendo que sea suficiente la inscripción provisional, no parece tampoco en absoluto adecuada para una disposición de desarrollo de una Ley.

Finalmente, sólo en el marco de un Decreto en el que se tengan en cuenta las observaciones vertidas en los informes jurídicos emitidos, éste entre ellos, cabría entender aceptable que cada administración pueda proceder a la regulación específica de su acción concertada, de acuerdo con la Disposición Adicional del texto, que a su vez se hace eco de la Disposición Adicional Octava de la LSS.