

INFORME SSPI00039/15 TEXTO ALTERNATIVO DEL TÍTULO IV DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA

Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Andalucía. Modificaciones del Título IV del texto objeto del Informe SSPI00017/15. Participación de la iniciativa privada en la provisión de servicios del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía. Concierto social como figura distinta del concierto como modalidad de contrato de gestión de servicios públicos. Criterios sociales y calidad en contratación pública

Remitido por el Ilmo. Sr. Secretario General Técnico de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales el texto parcial del anteproyecto de Ley referenciado, para la emisión del informe preceptivo que contempla el artículo 78.2.a) del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, se formulan los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO. El pasado 20 de mayo de 2015 se emitió el Informe SSPI00017/15, sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Andalucía.

SEGUNDO. El mismo día tuvo entrada en estos Servicios Centrales del Gabinete Jurídico nueva petición de informe sobre un texto alternativo del Título IV del mencionado Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Andalucía, sobre el cual se hacen las observaciones indicadas a continuación.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. El objeto del presente informe lo constituye, por tanto, únicamente la nueva redacción dada al Título IV de dicho Anteproyecto, el cual lleva como rúbrica la de "Regulación de la Iniciativa Privada y Social".

Las modificaciones introducidas en este apartado respecto al texto anterior y sobre el cual se emitió el Informe SSPI00017/15 consisten principalmente en la supresión del contenido de los anteriores artículos 96, 98 y 100, pasando a dotarse de nueva redacción al artículo 96 y a introducirse los artículos 96 bis, 96 ter y 96 cuarter (sic), además de añadirse el apartado 5 en el artículo 97.

Por tanto, hemos de precisar, en cuanto al alcance del presente informe, que nos remitimos a las consideraciones hechas en aquel otro Informe sobre los artículos de este Título IV cuyo contenido se mantiene igual en el texto ahora remitido que en el anterior, limitándonos en el presente a desarrollar nuestras apreciaciones, en cambio, sobre las variaciones sustantivas indicadas anteriormente, sin perjuicio de las mejoras de técnica normativa que también debemos recomendar.



SEGUNDA. En atención a lo hasta ahora expuesto, hemos de hacer las siguientes observaciones de fondo:

2.1.- Artículos 96, 96 bis, 96 ter y 96 cuarter (sic): Por resultar igualmente de aplicación al contenido previsto para estos nuevos preceptos, pasamos a reproducir la Consideración Jurídica 5.40 de nuestro anterior Informe SSPI00017/15, sobre los artículos 96 y 98 del texto modificado, destinados respectivamente a la "Concertación con la iniciativa privada para la provisión de servicios del Sistema Público de Servicios Sociales" y a "Otras formas de provisión de prestaciones sociales".

"Merece especial atención la perspectiva que se adopta en el anteproyecto de Ley acerca de la relación entre contratación pública y los servicios sociales.

Así, en el artículo 96.1 se declara que la Consejería y la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía puedan encomendar a entidades privadas la provisión de servicios mediante concierto, modalidad contractual a la que luego, en el artículo 98, se hace referencia como preferente para la gestión de prestaciones de Servicios Sociales, sin perjuicio, se dice, de poder acudir a otras formas de contratación pública.

Al respecto, debemos advertir de la reciente entrada en vigor de las nuevas normas comunitarias en materia de contratación, como son la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Dada la vocación de permanencia indefinida de la Ley proyectada, debería tenerse en cuenta la próxima transposición que habría de producirse de estas Directivas al Derecho nacional, lo que determinará que, ya antes o ya después de la aprobación de dicha Ley, deba producirse la modificación de la legislación básica estatal en la materia para su adaptación, constituida principalmente por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

En este sentido, por ejemplo, la Directiva sobre adjudicación de contratos de concesión se declara aplicable - artículo 19 - , aunque solo respecto a algunas de sus normas y cuando se superen los umbrales fijados, para los servicios sociales u otros servicios específicos recogidos en su Anexo IV, sin perjuicio de que también los servicios sociales puedan ser objeto de contratos de servicios al amparo de la Directiva 2014/24, aun con las reglas especiales de las que la misma dispone para aquéllos.

Por todo ello, se recomienda adoptar un criterio de prudencia en las referencias que se hagan en la Ley de Servicios Sociales de Andalucía al régimen jurídico contractual,

considerándose como solución idónea la omisión de toda referencia singular a aspectos concretos del mismo.

Dicho esto, también nos sugiere alguna observación la llamada al concierto como forma preferente de contratación de los servicios sociales por la Administración autonómica. En el actual texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate constituye una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, prevista así en el artículo 277.c) junto a otras, como son la concesión, la sociedad de economía mixta y la gestión interesada.

El establecimiento de dicha preferencia podría implicar que se estuviera imponiendo la misma prioridad para el contrato de gestión de servicios públicos, siendo ello así dependiendo de que se pretendiera emplear el concepto técnico jurídico de "concierto" en el sentido legalmente delimitado en la legislación contractual como contrato de gestión de servicios públicos, o bien en sentido amplio, que podría llegar a comprender también el estricto contrato de servicios.

En el primer caso, es decir, si el propósito fuera el de imponer como preferente la gestión indirecta de los servicios sociales como tales servicios públicos y mediante concierto, ha de tenerse en cuenta dos notas definitorias esenciales de dicha relación, como sería la asunción del riesgo de la explotación del servicio por el contratista y la determinación del régimen jurídico del servicio social respectivo como tal servicio público, siendo así que, conforme al artículo 132 de la norma estatal, "Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio", previéndose ello así como actuación preparatoria de este tipo de contratos, dado que, por definición, los mismos deben comprender la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración (artículo 8.1).

Por tanto, entendemos que la imposición de esta preferencia o la exigencia de su aplicación efectiva exigiría la previa publicatio de los servicios en cuestión en los términos reproducidos.

Con todo, reiterando el principio de prudencia antes invocado, se recomienda omitir la referencia concreta al concierto y a la preferencia otorgada al mismo.

Por otra parte, en el artículo 96 de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía se llamaría en diversas ocasiones al trato preferente o a la valoración positiva de determinadas



características sociales en tales procedimientos de contratación administrativa, como ocurre así al preverse la valoración del sometimiento a programas voluntarios de acreditación y calidad, o al ordenarse la prioridad de las entidades de la iniciativa social, y también al establecerse la discriminación positiva a favor de las entidades que hayan cumplido determinadas cláusulas sociales, del mismo modo que en el artículo 98 se obliga a incorporar criterios sociales destinados a garantizar la calidad en el empleo y la atención continuada.

Prima al respecto la normativa de contratación pública, constituida actual y principalmente por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, debiendo distinguirse en los procedimientos de contratación entre la fase de selección de los licitadores o candidatos y la fase de adjudicación, de modo que, entre los criterios de adjudicación no procedería la inclusión de aquellos relativos a la acreditación de la solvencia de los licitadores, sino que han de estar directamente vinculados con el objeto del contrato (artículo 150.1). Así, es el artículo 80 de ese texto refundido, en sede de solvencia, el que contempla la posible exigencia por los órganos de contratación de la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantía de la calidad, y solo en los contratos sujetos a una regulación armonizada. A tales efectos, debemos remitirnos a las consideraciones desarrolladas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 50/06, de 11 de diciembre.

En cualquier caso, en cuanto a la posible exigencia de la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad en los supuestos y en el modo permitidos en la legislación contractual, téngase en cuenta la flexibilidad con la que el artículo 80 del texto refundido, al que acabamos de referirnos, contempla los medios posibles para tal acreditación, ordenando así que "Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios."

Ello sin perjuicio de que en el artículo 78.1.c) se contemple como medio posible de acreditación de la solvencia técnica en los contratos de servicios, y por ende, en los que sean distintos de éstos y de los contratos de obras y suministros, la descripción de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad.

En cualquier caso, tales medios de solvencia serían aplicables respecto a cualquier persona que tuviera aptitud para contratar con el sector público, conforme al artículo 54 de la norma contractual.

Del mismo modo, no puede ignorarse, en relación con la valoración positiva prevista del sometimiento a los programas voluntarios de acreditación y calidad, el alcance de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en cuyo artículo 18.2.b) de

la Ley 20/2013 se incluye, en particular, entre las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación aquellas que contengan o apliquen requisitos discriminatorios para la obtención de contratos públicos, por estar basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador, del mismo modo que califica como tales a las que contengan o apliquen "Requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para el ejercicio de la actividad en el territorio de una autoridad competente distinta de la autoridad de origen.", sin perjuicio de que la acreditación de la calidad en cuestión pueda responder a otras de las prácticas consideradas restrictivas en ese mismo artículo.

Resultan trascendentales también las normas sobre eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas establecidas en el artículo 20.2 y 3.a) de la Ley estatal, que se refiere así a la que ha de predicarse de los reconocimientos o acreditaciones, calificaciones o certificaciones de una autoridad competente o de un organismo dependiente, reconocido o habilitado por ella, y específicamente, en el ámbito de la contratación pública.

A tales efectos, adquiere relevancia que el artículo 75.1 de la Ley sometida a informe prevea la certificación de la calidad por la Consejería competente en materia de servicios sociales únicamente respecto a los servicios y la práctica profesional desarrollada en el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía.

En cuanto a la valoración de criterios sociales en la fase de adjudicación, téngase en cuenta la necesaria vinculación con el objeto del contrato de los criterios que se establezcan para su valoración en esta fase, según el artículo 150.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sin perjuicio de la preferencia señalada en la Disposición Adicional cuarta.4 del mismo cuerpo legal, según la cual, en la misma forma y condiciones que la preferencia prevista en el apartado anterior para la contratación con las empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social, o lo que es lo mismo, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación, "podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial."

En definitiva, serán los expuestos los límites que habría que respetar en el establecimiento de medidas de discriminación positiva o de preferencia a favor de determinadas condiciones sociales o de calidad.




Ello sin perjuicio de que, durante la tramitación del presente anteproyecto de ley y por efecto de su debida transposición por el legislador estatal, pudieran resultar de aplicación las normas correspondientes a las recientes Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 2014/24/UE, de 26 de febrero, de Contratación pública y que deroga la Directiva 2004/18/CE, de cuyas normas destaca el artículo 77 de la Directiva 2014/24, sobre contratos reservados a determinadas organizaciones para determinados servicios, entre los que se citan los sociales."

A tales criterios debemos añadir nuevas consideraciones a partir de las modificaciones introducidas en el Anteproyecto al referirse al régimen de participación de la iniciativa privada en la provisión de servicios del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía.

En primer lugar, indicamos que, por así resultar del artículo 91.1 y 3, dicha participación viene referida al Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, y en concreto, se entiende que a las relaciones jurídicas que pudieran establecerse entre las entidades de iniciativa privada, por un lado, y la Consejería competente en materia de servicios sociales, la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, o las Entidades Locales, por otro, estas últimas en cuanto entidades públicas que integrarían aquel Sistema, según la delimitación del mismo efectuada en el artículo 22. del Anteproyecto.

Sin perjuicio de que insistamos en recomendar la debida cautela al prever en el Anteproyecto el régimen jurídico de contratación pública de los servicios sociales, dada la pendencia de la adaptación del Derecho nacional a las recientes Directivas comunitarias, omitiendo por tanto toda referencia al mismo, debemos destacar el manifiesto riesgo en el que se incurre al preverse el concierto social como una suerte de figura diferente del concierto previsto en el artículo 277.c) del actual Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en cuanto modalidad posible del contrato de gestión de servicios públicos.

Así, no se deduce del Anteproyecto característica alguna del aludido concierto social que lo distinga sustantivamente del regulado en la normativa contractual estatal, sin que tampoco se confirmen sus diferencias respecto al contrato de concesión introducido en la Directiva 2014/23, antes citada por remisión a nuestro anterior Informe.

En definitiva, al margen de que deba omitirse toda referencia contractual, tampoco cabría contemplar el concierto social como ajeno a la normativa de contratación pública, por no constatarse su no sujeción a la misma, debiendo por ello suprimirse el régimen jurídico singular previsto para esta institución.

Por otro lado, también habría que respetar la legislación básica estatal y el ordenamiento comunitario al declararse, en los artículos 96.4 y 96 ter.3, la aplicación a los contratos que se adjudiquen en materia de servicios sociales, en particular, a los de gestión de servicios públicos, de las reglas sobre prioridades, cláusulas sociales y medidas de discriminación positivas antes señaladas en

el primero de dichos contratos también para el concierto social, según los límites así resultantes de aquellas normas y a las que nos referíamos en nuestro Informe SSPI00017/15.

A los argumentos de dicho Informe podemos añadir ahora los criterios en el mismo sentido adoptados por el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia de 30 de abril de 2015, recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los artículos 62 y 63 de la Le 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, y en concreto, el seguido para pronunciarse sobre el apartado número 2 del último de los artículos citados, el cual permitía que, cuando la gestión de los centros de atención primaria se realizara por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, podría ofrecerse preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estuvieran constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que prestaran sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud.

Así, el supremo intérprete de la Constitución comienza advirtiendo que, *"aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP [RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106]), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE (LCEur 2004, 1837, 3331 y LCEur 2005, 2862) ni a la Directiva 2014/24/UE (LCEur 2014, 536), que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE (RCL 1999, 1205 ter) sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente. (...) En cualquier caso, el legislador estatal no ha establecido diferencia alguna entre este contrato y los armonizados, sometiéndolo a las mismas reglas de preparación y adjudicación que el resto de contratos armonizados que celebran las Administraciones Públicas. (...) de manera que lo que debe abordarse en esta resolución es si el reconocimiento de esta preferencia, sea cual sea la vía por la que se instrumente –convenio de colaboración con las sociedades profesionales, procedimiento de licitación limitado a este tipo de sociedades, procedimiento de licitación abierto a todo tipo de licitadores estableciendo la preferencia en la adjudicación a estas sociedades etc.-, es contraria a la legislación estatal básica.",* concluyendo que *"la preferencia que otorga el precepto autonómico impugnado a las sociedades de profesionales, compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, es contraria a la legislación básica del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas",* pues no tiene cabida como regla de capacidad y solvencia, ni como criterio de adjudicación.

Por último, contemplándose en el artículo 96 cuarter (sic) la posibilidad de que las Administraciones –del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, se entiende, según comenzamos indicando- puedan celebrar convenios con entidades de iniciativa social en determinados supuestos excepcionales que simplemente aconsejen la no aplicación del régimen del concierto social o del contrato de gestión de servicios públicos, se advierte que, correspondiendo al Estado la competencia exclusiva para dictar la legislación básica sobre contratos administrativos, ex artículo 149.1.18ª de la Constitución española, y estando ya en vigor las nuevas Directivas de contratación

pública, la normativa así establecida no resultaría disponible para el legislador autonómico, que no podría así establecer excepciones a su aplicación en los supuestos indicados, lo cual, como venimos reiterando, dependerá de las normas que el Estado apruebe para transponer dichas nuevas Directivas.

En definitiva, se recomienda prescindir de toda referencia al régimen de contratación pública o de gestión indirecta de los servicios sociales, particularmente de su adjudicación, sin perjuicio de la posible configuración del régimen jurídico sustantivo del servicio social de cuya prestación se trate, pudiendo ello hacerse incluso a partir de los principios, aspectos y criterios establecidos en el artículo 96 bis apartados 3 –en su inicio- y 4 del texto remitido, aunque siempre, como decimos, que los mismos se prevean únicamente en relación con la regulación del servicio social en sí y no con su gestión indirecta o contratación.

2.2.- Artículo 97.5: Constituye otra novedad del texto remitido respecto al anterior la previsión en este apartado de la posibilidad de arbitrar beneficios fiscales, sociales y laborales que se consideren oportunos para aquellas personas físicas y jurídicas que colaboren con las iniciativas de iniciativa social.

En cuanto a los laborales, ha de tenerse en cuenta que el Estado ostenta las competencias exclusivas en materia de legislación laboral –artículo 149.1.7ª de la Constitución española-, por lo que habría que estar a lo dispuesto en la misma.

TERCERA. Desde el punto de vista técnico normativo debemos hacer las siguientes recomendaciones:

3.1.- Una vez que se prescinde de los que figuraban en el texto anterior del Anteproyecto de la Ley como artículos 98 y 100, debe procederse a reenumerar los artículos que siguen integrando el mismo.

3.2.- Habiéndose producido las modificaciones sometidas a informe respecto al texto de un anteproyecto de ley aún en trámite, no estaría justificado utilizar los adverbios bis, ter y quáter para no alterar la numeración de los artículos afectados.

Es cuanto me cumple someter a la consideración de V.I., sin perjuicio de que se cumplimente la debida tramitación procedimental y presupuestaria.

En Sevilla, a 15 de junio de 2015
El Letrado de la Junta de Andalucía.
Fdo. Antonio Lamela Cabrera


