

## **INFORME DE VALORACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS DEL GABINETE JURÍDICO AL TEXTO ALTERNATIVO DEL TÍTULO IV DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE SERVICIOS SOCIALES DE ANDALUCÍA.**

Remitido el borrador del Título IV del Anteproyecto al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, denominado "Regulación de la iniciativa privada y social", se procede a la inclusión de algunas de las modificaciones propuestas, justificando también, la no inclusión de las restantes.

De acuerdo con todo lo anterior, las modificaciones al texto derivadas del citado informe son las siguientes:

**Primera.** Refiere el informe en la consideración jurídica tercera, del manifiesto riesgo en el que se incurre al preverse el concierto social como una figura diferente del concierto previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), sin que se deduzca característica alguna que distinga al concierto social del Anteproyecto de Ley, del regulado en el TRLCSP ni del contrato de concesión introducido en la Directiva 2014/23.

En primer lugar, debemos poner de manifiesto los aspectos principales del **concierto social** regulado en el Anteproyecto de Ley. Así, el artículo 22 establece que el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía estará integrado, entre otros, por "todos aquellos servicios, recursos y prestaciones de titularidad privada, que ofrezcan sus servicios a la ciudadanía bajo cualquier forma de colaboración admitida en derecho con la Administración de la Junta de Andalucía o con cualquiera de sus entidades públicas".

Asimismo, el artículo 42 determina que "Las Administraciones Públicas incluidas en el Sistema Público de servicios Sociales de Andalucía podrán efectuar la provisión de las prestaciones previstas en el Catálogo de Servicios Sociales mediante la gestión directa, o utilizar cualquiera de las fórmulas indirecta o colaboración previstas en el ordenamiento jurídico a través de entidades privadas de carácter social o mercantil".

En este marco se encuadra el Título IV que tiene por objeto la regulación de la iniciativa privada y social, "mediante cualquier figura prevista en el ordenamiento jurídico, con sujeción a los objetivos señalados en la planificación general de la Junta de Andalucía" y que regula el concierto social como una figura diferente del concierto previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), para la prestación de los servicios sociales y por razón de la naturaleza de los mismos, conforme lo dispuesto en los artículos 95 y 96.

Igualmente, el artículo 97 prevé que es "necesario establecer condiciones especiales, dadas las especificidades de los servicios sociales", añadiendo que "reglamentariamente se establecerán los aspectos y criterios a los cuales han de someterse los conciertos sociales". No obstante, el artículo 98 determina que "cuando por la naturaleza o por el carácter del tipo de prestación de servicios sociales, de responsabilidad pública, que se pretende concertar con la iniciativa privada no sea de aplicación motivada el régimen de concierto social previsto en el presente ley, se podrá recurrir a la gestión indirecta prevista en la legislación general de contratación del sector público".

Esta regulación se enmarca en el ámbito competencial establecido por el artículo 148.1 de la Constitución Española, que señala que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de asistencia social, y el artículo 61 del Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, al disponer que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales.

Asimismo, se han tenido en cuenta las Directivas 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, y 2014/23/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, aún cuando no haya transcurrido el plazo para transponerla al derecho interno, que finaliza el 18 de abril de 2016.

Y, en particular, de la Directiva 2014/24/UE lo siguiente:

Dedica su título III a regular los "Regímenes de contratación particulares", entre los que se incluye los relativos a los servicios sociales y otros servicios específicos (artículos 74 a 77).

Teniendo en cuenta la "importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios", esta Directiva diseña las líneas generales de un sistema de adjudicación en el que "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" (tal como señala la consideración 114). Asimismo, "los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios" (consideración 6, segundo párrafo).

En determinados casos, se puedan reservar contratos de servicios sociales a entidades sin ánimo de lucro y entidades de la economía social (artículo 77).

En contratos públicos de servicios para servicios sociales sólo deberá aplicarse la normativa de contratos a las contrataciones cuyo valor estimado, excluido IVA, sea igual o superior a 750.000 euros (artículo 4. d). Ese importe se entiende incluyendo el de las eventuales prórrogas que figuren explícitamente en los pliegos de la contratación (artículo 5.1).

"Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilidad con los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales." (artículo 76.2).

Aún cuando las Directivas europeas carecen de la aplicabilidad directa que caracteriza a los Reglamentos, se trata de normas que vinculan a todos los Estados miembros destinatarios, en cuanto al resultado que hay que alcanzar.

En este punto, conviene traer a colación el Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario, de diciembre de 2010, en lo relativo a que "En nuestro Estado de las Autonomías, la cuestión del cumplimiento de las normas comunitarias, así como la de la

responsabilidad por incumplimiento, presenta caracteres específicos, derivados de su naturaleza políticamente descentralizada".

Continúa diciendo que "Como se ha visto, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente (a partir de su Sentencia 252/1988, de 20 de diciembre, cuya doctrina se consolida sobre todo en los primeros años noventa, como en las Sentencias 64, 76, 115 y 23, todas ellas del año 1991) que la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias".

Sobre la base de esta doctrina se ha construido el denominado principio de no alteración del reparto competencial y algunas comunidades autónomas han afirmado su competencia para el desarrollo y la ejecución del Derecho comunitario (así, el artículo 42 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, señala que la Comunidad Autónoma de Andalucía asume competencias en relación con la aplicación del derecho comunitario, que comprenden el desarrollo y la ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma).

A este respecto, conviene también recordar que el artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece la obligación de remitir al órgano competente de la Administración General del Estado las disposiciones de carácter general o resoluciones de cualquier Administración cuya comunicación a las instituciones europeas venga exigida por el Derecho originario o derivado de la Unión Europea.

En cualquier caso, a la vista del contenido de las citadas Directivas, se pone de relieve que la legislación de contratos públicos nacional no es aplicable en todos los casos de adjudicación de los servicios sociales y que la elección del sistema de contratación para adjudicar estos servicios tiene que respetar siempre la no discriminación, la transparencia, la continuidad del servicio, etc., así como, tanto en los servicios sociales como en los sanitarios o educativos, se siguen similares reglas de flexibilización procedimental.

Por lo tanto, considerando lo dicho por el Consejo de Estado respecto a que la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales "y estatutarios" de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las Comunidades Autónomas no tienen que permanecer pasivas a la espera de la transposición de la normativa europea por parte del Estado, sino que pueden, respetando siempre la normativa básica vigente en materia de contratos y la normativa europea, regular la gestión de sus servicios sociales.

En este marco, se regula el concierto social, sin interferir en la competencia exclusiva del Estado para dictar la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas prevista en el artículo 149.1.18ª de la Constitución Española, y al amparo de la competencia exclusiva autonómica del artículo 61 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Dicha regulación es una transposición anticipada de la normativa europea que garantiza el cumplimiento de los principios informadores de la normativa estatal y europea en materia de

concertación entre la iniciativa pública y la privada y la consecución completa de su resultado.

Así, se configura el concierto social como una fórmula distinta al concierto general del TRLCSP, que vincula a la Administración Pública y las entidades privadas, con y sin ánimo de lucro, cuya especificidad radica en la singularidad de los servicios sociales que se prestan, si bien sus características y régimen jurídico se deben establecer reglamentariamente.

Tal como se recoge en el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias del 27 de febrero de 2015, sobre el, entonces, proyecto de Ley de primera modificación de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales. esta nueva figura de concierto que se circunscribe al ámbito de los servicios sociales es similar a la introducida en otras legislaciones autonómicas, tales como la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales, del País Vasco, la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de Illes Balears, y la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León. Asimismo, la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria, sin calificar expresamente al concierto como instrumento de gestión diferenciado del contractual, lo dota de un régimen que necesariamente se presenta también como especializado, en tanto que conlleva derogaciones respecto de la regulación común de los contratos del sector público. Por último, citaremos el Decreto Ley 2/2015, de 6 de agosto, por el que se modifica la Ley 3/2003, de 10 de abril del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, de cuya exposición de motivos se extrae:

*"Así pues, teniendo en cuenta la regulación comunitaria, a la vista de la legislación de otras Comunidades Autónomas y a la espera de la transposición por el Estado Español de la misma, se puede considerar que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene competencias para aprobar la presente modificación que tiene por objeto establecer las 4 formas de organización de la gestión de los servicios sociales. A los tradicionales modos de gestión directa e indirecta en el marco de la legislación de contratos, hay que añadir ahora el concierto social y los convenios de colaboración y dar cobertura al desarrollo posterior del concierto social y la utilización del convenio de colaboración con las entidades privadas sin ánimo de lucro. Todo ello, en virtud de sus competencias exclusivas en materia de Servicios Sociales".*

De esta manera, el concierto social se establece como el más adecuado a la naturaleza de los servicios sociales que se prestan, respetando la no discriminación y los principios del derecho comunitario de contratos públicos y concesiones, si bien reglamentariamente se determinará su ámbito de aplicación, régimen jurídico y diferencias con el concierto general regulado en el TRLCSP, así como sería conveniente dejar claro los supuestos en los que se pueda recurrir al concierto social o a la gestión indirecta prevista en la legislación general de contratación del sector público, delimitando su objeto.

Según lo dicho, es evidente que nuestra Comunidad Autónoma no puede dictar normativa básica sobre contratación en general, pero sí desarrollarla, así como dictar normativa compatible con la normativa básica vigente.

Asimismo, ha quedado claro que los servicios sociales se configuran en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea como un tipo específico de servicios de interés general, cuya singularidad especial radica en que son servicios esenciales prestados a las personas, lo que se traduce en que se reconoce el amplio margen de discrecionalidad de que disponen los Estados miembros a la hora de organizarlos

y los excluye de la normativa de liberalización de servicios.

En este punto, debe considerarse que, en la medida en que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva en materia de servicios sociales y, tal como han hecho otras comunidades autónomas mediante sus respectivas leyes de servicios sociales, se puede establecer el concierto social como fórmula diferenciada del concierto general del TRLCSP, garantizando, a su vez, el cumplimiento de los principios informadores de la normativa estatal y europea en materia de concertación entre la iniciativa pública y la privada.

No obstante, se aprecia que efectivamente la figura no está suficientemente delimitada, por lo que se ha realizado una ampliación de la regulación, incluyendo nuevos artículos referidos al objeto de los conciertos sociales, efectos, requisitos de acceso al régimen del concierto, duración, renovación, modificación y extinción, financiación o formalización. Y todos ellos formando parte de un nuevo capítulo denominado “El concierto social”, a los efectos de dotar de una mayor claridad al borrador del texto normativo propuesto. En consecuencia se ha modificado la estructura del Título IV propuesto quedando dividido en 4 Capítulos: Disposiciones Generales, El Concierto social, Participación de la iniciativa privada en el marco de contratación del sector público y Fomento de la iniciativa social y otras formas de colaboración con la iniciativa privada.

Por último, y respecto a la Sentencia de 30 de abril de 2015 contra la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, a la que alude el informe SSPI00039/15, de Gabinete Jurídico, que concluye que la preferencia que tal Ley otorga a las sociedades de profesionales compuestas integra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, es contraria a la legislación básica del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas, es preciso señalar que dicha preferencia se establecía 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”, por lo que efectivamente es contraria a la legislación básica estatal, pero no ocurre lo mismo con la preferencia del concierto social, delimitado al ámbito competencial autonómico de servicios sociales, ajeno al marco de gestión indirecta del TRLCSP.

**Segunda.-** Respecto a la observación de que debe respetarse la legislación básica estatal y el ordenamiento comunitario en lo referente a las reglas sobre prioridades, cláusulas sociales y medidas de discriminación positivas aplicables a los contratos de gestión de servicios públicos, hemos de hacer constar que estimamos más que justificada su inclusión en el texto normativo y su adecuación a la legislación estatal y comunitaria. Así en el último informe emitido con fecha 30 de julio de 2015, por el Parlamento Europeo, sobre el emprendimiento social e innovación social en la lucha contra el desempleo, refiere respecto a la contratación pública lo siguiente:

*“22. Acoge con satisfacción la reforma de las directivas sobre contratación pública y concesiones, que incorpora cláusulas sociales y criterios para fomentar la inclusión y la innovación sociales, así como los contratos reservados para favorecer el empleo de las personas más desfavorecidas en el mercado de trabajo; pide a los Estados miembros que apliquen adecuadamente estos principios en todos los procedimientos de licitación y selección, utilizando ampliamente el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, cumpliendo las obligaciones impuestas por la legislación medioambiental, social y laboral; insta a los Estado miembros a que incluyan en los procesos de contratación pública cláusulas y criterios sociales para reforzar la posición de los más desfavorecidos*

*en el mercado laboral, reducir cargas administrativas, simplificar procedimientos y tomar medidas más eficaces contra la corrupción”.*

**Tercera.-** La posibilidad de que las Administraciones del Sistema Público de Servicios Sociales puedan celebrar convenios con entidades de iniciativa social (en determinados supuestos excepcionales) prevista en el artículo 94 cuarter (sic), es otra de las observaciones planteadas por el informe del Gabinete Jurídico. A este respecto, señala el informe que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar legislación básica sobre contratos administrativos, por lo que no resulta disponible para el legislador autonómico dictar excepciones a su aplicación, pues ello dependerá de las normas que apruebe el Estado para la transposición de las Directivas Europeas.

Respecto a la posibilidad de que las Administraciones del Sistema Público de Servicios Sociales puedan celebrar convenios con entidades de iniciativa social (en determinados supuestos excepcionales), estamos de acuerdo con el informe de Gabinete Jurídico al señalar que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar legislación básica sobre contratos administrativos y, aunque consideramos que si se podría regular esta figura en el ámbito de los servicios sociales, con remisión a la regulación del concierto social, se plantea que no existe motivación en introducir otra figura diferente para el mismo objeto y con la misma regulación que el concierto social. Así, se ha procedido a la supresión de tal figura del texto propuesto a informe.

**Cuarta.-** Por último, plantea el informe del Gabinete Jurídico que, el artículo 97.5 establece la previsión de arbitrar beneficios fiscales, sociales y laborales a las personas físicas y jurídicas que colaboren con las de iniciativa social, si bien hay que tener en cuenta que el Estado ostenta las competencias exclusivas en materia de legislación laboral.

Efectivamente es el Estado el que ostenta las competencias exclusivas en materia de legislación laboral, sin perjuicio de poder, en su caso, establecer beneficios fiscales en el ámbito autonómico. Por ello se ha eliminado del texto propuesto.

Sevilla a 25 de septiembre de 2015.