

La acción concertada. Experiencia de Baleares

**Congreso Anual Observatorio de
Contratación Pública
UNIZAR**

Zaragoza, 5 de noviembre de
2019

Teresa Moreo Marroig
tmoreo@interven.caib.es

Nuevo escenario a partir de las directivas 2014

El TJUE ya había aceptado formulas no contractuales

STJUE de 11 diciembre 2014, litigio entre sociedades cooperativas que operan en el sector del transporte sanitario y *Azienda sanitaria locale*

STJUE de 28 enero 2016, litigio entre el consorcio del taxi italiano (CASTA) y *Azienda sanitaria locale*



Con la publicación en DOUE (28.03.2014) de las nuevas directivas (23, 24 y 25) se abre un nuevo escenario en la gestión de los servicios a las personas.

Convivencia de fórmulas contractuales y no contractuales.

Directiva 2014/24/UE

Hace una declaración formal de que tales servicios puedan prestarse bajo fórmulas no contractuales.
(Considerando 114, *in fine*)

La DCP incluye en su ámbito los contratos de servicios sociales. Anexo XIV

- ✓ A diferencia de la anterior directiva de 2004.
- ✓ A partir de un umbral especial de 750.000€.
- ✓ Tratamiento específico para su adjudicación (artículos 74 a 77)
- ✓ Permite que los Estados miembros adopten medidas de licitación que atiendan a las especialidades propias de estas prestaciones alejado de una perspectiva económica o de mercado, siempre con plena sujeción a los principios de publicidad y transparencia.

¿Todo vale?

Acción concertada vs. Contrato

No es posible una interpretación tan “generosa” de la Directiva que consista en deducir que ya no hace falta echar mano del medio propio para orillar la normativa en materia contractual porque basta con cambiar el *nomen iuris* del negocio y lo que antes se llamaba contrato ahora lo llamamos concierto.

Tensión entre la necesidad de garantizar un alto nivel de calidad, seguridad y acceso universal, que demandan los usuarios de estos servicios, y el principio de libre concurrencia que ampara a cualquier operador económico que actúe en el mercado.

Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público

Preámbulo: Libertad para organizar de manera que no sean contratos servicios sociales, sanitarios incluyendo farmacéuticos y educativos.

¿Se han aprovechado todas las posibilidades?

Art. 11.6 excluida de su ámbito objetivo la prestación de servicios sociales siempre que se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios (financiación, concesión de licencias o autorizaciones,...)

DA 49: la legislación de las comunidades autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social.

Lo importante es la regulación

Los esfuerzos legislativos de la mayoría de las comunidades autónomas se han encaminado hacia la posibilidad de utilización de fórmulas no contractuales que apunta el considerando 114 y a regular la acción concertada como un negocio excluido de la normativa de contratación pública.

Baleares ha apostado por la integridad de la norma y ha regulado todas las posibilidades, no sin ciertas dificultades.

El riesgo de una eventual vulneración de preceptos básicos de la LCSP existe.

Baleares: de donde venimos y a donde vamos

Del INSERSO a la Ley 12/2018

- Años 80 y 90, transferencias del INSERSO. **Heredamos** la técnica de concertación en base a la Orden de 7 /04/1989.
- Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears, **rompe** con el sistema establecido. Art. 89: *las entidades de iniciativa privada pueden gestionar servicios sociales de titularidad pública, mediante la formalización del correspondiente **contrato**. (JCCAd Baleares. Informe 1/2011)*
- Decreto 66/2016, aprueba la cartera Básica de Servicios Sociales.
- Decreto 48/2017, establece los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales.

COMIENZA UNA NUEVA ETAPA DE CONCERTACIÓN

Una carrera de obstáculos

Se eliminan obstáculos para continuar con la acción concertada

Año 2014: se modificó la ley 4/2009 y el artículo 89 pasó a tener la siguiente redacción: *Las administraciones públicas de las Illes Balears, en el ámbito de sus competencias, pueden organizar la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones y Servicios Sociales de las Illes Balears a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, **régimen de concierto** previsto en esta ley, gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación de las administraciones públicas y convenios con entidades sin ánimo de lucro. Se aprobó el Decreto 18/2015, de 10 de abril, por el que se establecen los principios generales a los que se han de someter los conciertos sociales.* (Hoy sustituido por el Decreto 48/2017)

Se propone un nuevo régimen integrador

Sin una mínima coordinación, se inicia un proceso legislativo por la consejería de Servicios Sociales y, a la vez, el Tercer Sector promueve una proposición de ley para su regulación. Culmina con la aprobación de la Ley 3/2018, de 29 de mayo, del tercer sector de acción social y algunos meses después la aprobación de la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social.

El Estado avisa de la posible inconstitucionalidad

El Estado avisa de la posible inconstitucionalidad

Febrero 2019: a iniciativa del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, se plantearon discrepancias por parte del estado a varios artículos de la ley y se remitió una invitación al inicio del procedimiento previsto en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica del tribunal Constitucional, a los efectos de buscar una solución adecuada a fin de evitar el recurso de inconstitucionalidad. El Informe Competencial, que se acompañaba a la invitación, cuestionaba la constitucionalidad de la mitad de los artículos de la Ley 12/2018.

Comisión bilateral

Gracias a la solidez y autenticidad de los argumentos que expusieron los miembros del Govern Balears que asistieron a la Comisión Bilateral, en la negociación por videoconferencia del 17 de julio, en defensa de la competencia de la comunidad autónoma, **se pudo llegar a un acuerdo** (interpretativo y modificativo) (BO. Illes Balears 26 septiembre 2019, núm. 131, [pág. 39091])

En principio cuestionaban 11 artículos pero el Estado aceptó los argumentos de 4 y el debate se centró en 7. De estos, solamente 2 deben **modificarse**:

Art. 12.2, exigencias de solvencia específica, se debe suprimir el inciso siguiente:
« y reinversión de un porcentaje mínimo de los beneficios en la mejora de la gestión de los servicios adjudicados o de la distribución de beneficios en base a criterios de participación».

Art. 18, reserva, suprimir el inciso in fine *« con un importe superior a 750.000 euros ».*

El compromiso queda cumplido con el PLPG/2020

Régimen jurídico Illes Balears

- ✓ Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears (que permanece vigente).
- ✓ Decreto ley 3/2013, de 14 de junio, de creación de la Red Hospitalaria Pública de las Illes Balears.
- ✓ Ley 3/2018, de 29 de mayo, del tercer sector de la acción social.
- ✓ Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social de la CAIB.
- ✓ Decreto 66/2016, de 18 de noviembre, por el cual se aprueba la Cartera básica de servicios sociales de las Islas Baleares 2017-2020 y se establecen principios generales para las carteras insulares y locales.
- ✓ El Decreto 48/2017, de 27 de octubre, por el cual se establecen los principios generales a los cuales se tienen que someter los conciertos sociales.

Instrumentos de gestión para la prestación de servicios a las personas en la Ley 12/2018

La nueva Ley 12/2018, regula en el Capítulo I el régimen de la acción concertada, en el Capítulo II las reglas específicas de la contratación pública de los servicios a las personas y en el Capítulo III los sistemas de cooperación directa con entidades del tercer sector, mediante convenios singulares de cooperación.

Evolución hacia un nuevo modelo en Baleares

En lo que se refiere al ámbito autonómico, toda esta historia normativa culmina con un sistema de gestión basada, básicamente, en la colaboración público-privada, mediante los conciertos con entidades privadas y los convenios con entidades locales, cuando es posible.

Permanece en un porcentaje irrelevante la fórmula subvencional.
(Ejemplo: Resolución de la consejera de Servicios Sociales y Cooperación de 8 de mayo de 2018.BOIB 24/05/2018).

Probablemente, será en el ámbito local donde se dará mayor uso de la fórmula contractual con especialidades.

Acción concertada en Baleares

¿Por qué hemos abierto la concertación a entidades mercantiles?

Si el servicio se declara de interés económico general, puede concertarse con entidades con o sin ánimo de lucro. En caso de desempate, a favor de la entidad sin ánimo de lucro.

La única actividad que actualmente se gestiona por mercantiles son las residencias de personas mayores.

La inversión que requiere estas grandes infraestructuras no está al alcance de las entidades del tercer sector.

Tramitación expediente de concierto (1)

Planificación

Anualmente se aprobará la Planificación de prestaciones y servicios que se pretende sean objeto de la acción concertada, junto con una tasación de costes y un informe justificativo de la modalidad elegida.

Pueden ser objeto de acción concertada la reserva y ocupación de plazas o la prestación de servicios relacionados en el Anexo de la Ley 12/2018.

Además, los servicios han de estar incluidos en la Cartera de servicios o del servicio de orientación profesional.

Tramitación expediente de concierto (2)

Convocatoria

Mediante resolución de la consejera se aprueba una convocatoria del concierto que establece todas las condiciones económicas y técnicas.

Los procedimientos de acción concertada de servicios declarados de interés económico general, podrán subscribir conciertos todas las personas físicas o jurídicas de carácter privado, con o sin ánimo de lucro.

En ella se indicará la valoración máxima estimada de todo el procedimiento que en ningún caso, supondrá un compromiso de gasto.

Si >500,000€, autorización previa de Consejo de Gobierno.

Fiscalización previa del expediente de convocatoria.

Tramitación expediente de concierto (3)

Concierto

Para la atribución de plazas, el criterio que se sigue es el de demanda

El expediente requiere de la debida consignación de crédito adecuado y suficiente (capítulo 2 del Presupuesto) y autorización de gasto plurianual, si su duración abarca más de un ejercicio presupuestario.

El plazo máximo de concertación es de 10 años aunque normalmente su duración es de 4, si el servicio está acreditado y 1 si no lo está, y 5 años, como mínimo, en los conciertos de construcción.

Concierto vinculado a la construcción

Mediante un anuncio público se expone la necesidad de concertar plazas de un determinado servicio del cual no existan equipamientos o infraestructuras suficientes para cubrir toda la demanda. El anuncio indica: nº plazas que se concertarán, fecha a partir de la cual se iniciará el servicio, importe máximo estimado del coste de estas plazas y condiciones técnicas de ejecución del proyecto. Los expedientes se podrán formalizar con una primera anualidad sin coste, mientras finaliza la construcción del equipamiento y con compromiso de gastos para anualidades futuras.

Una vez finalizada la construcción del centro, se formalizará el concierto social de las plazas o sesiones del servicio .

Otras formas de colaboración

Convenios singulares de cooperación directa

Solo con tercer sector. Deberá justificarse en una mejor eficiencia de la prestación, de eficacia presupuestaria y en la no distorsión indebida de la competencia.

Convenios de colaboración con entidades locales

Dada la concurrencia de competencias en la materia, la formula de colaboración se mantiene con aquellas entidades locales que disponen de residencias. Estos convenios, cuyo gasto se imputa al capítulo 4 del Presupuesto, se rigen por la Ley 40/2015.

Cooperación directa entre las Administraciones y las entidades del Tercer Sector

Art. 21 L12/2018. Deberá justificarse mejor eficiencia, eficacia presupuestaria y no distorsión indebida de la competencia. En concreto, las condiciones de cooperación no pueden implicar la obtención de ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionar ningún beneficio a sus miembros, ni referirse a las actividades comerciales que realizan esas entidades. Son los Convenios singulares de cooperación. Solo con entidades sin ánimo de lucro.

Decreto Ley 3/2013, de 14 de junio, de creación de la Red Hospitalaria Pública de las Illes Balears . Convenios singulares de vinculación. Duración 20 años. Solo con entidades sin ánimo de lucro y calificadas como hospital.

Art. 21 L12/2018.- Acuerdos/Convenios de colaboración basados en el principio de colaboración de las Administraciones Públicas. Ley 40/2015.

Evolución hacia un nuevo modelo.

Conclusiones

- Fondos públicos destinados al sostenimiento de los servicios concertados y a los convenios con entidades locales: 37.031.000€, año 2019.
- La figura del concierto ofrece mayores herramientas de control que otras, como son los contratos o las subvenciones. La apuesta es dirigir todos los flecos que todavía permanecen (contratos, acuerdos singulares, convocatorias de subvención,) hacia la acción concertada.
- Las subvenciones deberían quedar reducidas a actividades novedosas, fomento del asociacionismo, etc.
- Una clave en la concertación está en la Cartera de Servicios. Nos hemos visto obligados a definir y cuantificar una cartera (aquellas prestaciones que el sistema ofrece, ya sea como derecho subjetivo o por disponibilidad presupuestaria). Definir cartera hace que no sea “concertable” cualquier actividad, sólo lo son las que forman parte claramente del sistema de protección público.

Evolución hacia un nuevo modelo.

Conclusiones

- Otra ventaja de la concertación frente a la subvención o el convenio es que nos ha obligado a crear las unidades de diagnóstico y derivación.
- La Administración tiene servicios en concierto, pero es la responsable de derivar a los individuos. En las fórmulas de convenio o subvención la persona llega sin pasar por una unidad de flujos profesionalizada, ni por un listado de prioridad. Se objetiva así el acceso a los servicios públicos.
- La planificación es muy importante porque hace que las entidades interesadas y autorizadas acrediten los servicios que puedan prestar y puedan acudir a convocatorias futuras.
- No existe oferta de las entidades ni exclusividad en la adjudicación, ni beneficio industrial por el servicio prestado por lo cual estos negocios se encuentran realmente excluidos de la LCSP.
- No podemos prescindir de las mercantiles porque son las únicas que nos ofrecen determinados servicios.

Gracias por la atención

Teresa Moreo Marroig
tmoreo@interven.caib.es
