



Examinado el anteproyecto de Ley Foral reguladora de los conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales, este Servicio de Secretariado del Gobierno y Acción Normativa emite el siguiente

INFORME

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Se ha remitido a este Servicio el citado Anteproyecto de Ley Foral acompañado de una memoria justificativa y normativa, una memoria económica, una memoria organizativa, informe sobre impacto por razón de sexo, convocatoria de la Comisión Foral de Régimen Local, convocatoria de la Junta de Contratación, informe del trámite de consulta previa, informe de alegaciones y traslado a todos los Departamentos del Anteproyecto.

De su examen pueden extraerse, a juicio de quienes suscriben, las siguientes

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. Objeto de la norma.

El objeto de la norma es la regulación de los conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales.

Segunda. Competencias en cuyo ejercicio se aprobaría la Ley Foral cuyo anteproyecto se estudia.

La Ley cuyo anteproyecto se estudia en este informe se dicta en ejercicio de las competencias recogidas en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra (artículos 44, 46, 49 y 53), que permiten a la Comunidad Foral la regulación de los contratos administrativos, así como de los distintos ámbitos sectoriales que se corresponden con los Servicios de Interés General, en concreto, los Servicios Sociales y los Sanitarios, así como la



competencia, también exclusiva, en materia de Administración Local.

Tercera. Adecuación al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

El procedimiento de elaboración de los anteproyectos de leyes forales se encuentra regulado en el capítulo I del título IV de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente, titulado "De la iniciativa legislativa", donde se establece que dicho procedimiento se inicia en el Departamento competente por razón de la materia mediante la redacción de un anteproyecto, acompañado de la memoria o memorias, de los estudios o informes y documentación que sean preceptivos legalmente, incluidos los relativos a su necesidad u oportunidad, un informe sobre impacto por razón de sexo y la estimación del coste a que daría lugar, añadiéndose la necesidad de informe de la Secretaría General Técnica y de que se incluya una exposición de motivos.

Así mismo, el Gobierno de Navarra aprobó, por Acuerdo adoptado en sesión celebrada el 27 de noviembre de 2006, unas Instrucciones para la elaboración y tramitación de anteproyectos de leyes forales, proyectos de decretos forales legislativos y proyectos de disposiciones reglamentarias cuya aprobación sea competencia del Gobierno de Navarra.

Sobre la base de lo expuesto, y teniendo en cuenta la documentación recibida en este Servicio, deben hacerse las siguientes precisiones:

a) No constan en el expediente la Orden Foral que dio inicio a la tramitación del procedimiento de elaboración de la disposición de carácter general y la conformidad de la Intervención

b) Por otro lado, dado que el expediente se nos ha remitido antes de su completa tramitación falta documentación, pero a estos efectos se nos informa que está pendiente de pasar por la Comisión Foral de Régimen Foral y por la Junta de Contratación. Tras esos dictámenes es cuando deberá elaborarse el informe de la Secretaría General Técnica del Departamento o Departamentos proponente/s.

c) Teniendo en cuenta que el objeto de la norma afecta, por igual, a dos



ámbitos competenciales (Servicios Sociales y Salud), de conformidad con lo establecido en la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, debería constar en el expediente alguna justificación de que el anteproyecto se haya propuesto conjuntamente con el Departamento de Salud, o como mínimo, que se ha consultado a éste como directamente afectado.

Cuarta. Cuestiones sobre la regulación contenida en el anteproyecto.

Con la finalidad de coadyuvar a la mejora del anteproyecto sometido a dictamen se ponen de manifiesto diversas consideraciones sobre la regulación contenida en el mismo.

- *Primera Consideración General.* De conformidad con la Exposición de Motivos, párrafo segundo, “...el Considerando nº 6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, aclarando también expresamente, para los (servicios sociales) que sean de interés general y no económicos, que deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva”.

Las nuevas Directivas de contratación pública aportan dos novedades relevantes en relación con los denominados “Servicios a las personas”. En primer término, **un tratamiento contractual específico y diferenciado** (de los demás servicios), delimitado en las Directivas; en segundo término, la declaración formal de que tales servicios pueden prestarse igualmente mediante fórmulas no contractuales: “Los Estados miembros -afirma el legislador europeo- siguen teniendo **libertad para prestar por sí mismos esos servicios (servicios a las personas: sociales, sanitarios, educativos, etc...)** u organizar los servicios sociales de manera que **no sea necesario celebrar contratos públicos**, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o el otorgamiento de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unas condiciones establecidas de antemano, sin imponer límites o cuotas y siempre que se garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación” (Vid. Considerandos 54 Directiva 23/2014, 114 Directiva 24/2014 y 120 Directiva 25/2014).

La posibilidad de gestionar servicios a las personas al margen de la vía contractual se ha plasmado en que las Leyes de Servicios Sociales autonómicas han



consagrado las siguientes vías de gestión de estos servicios públicos: a) Gestión directa; b) Gestión indirecta, de acuerdo con las figuras que se establecen en la legislación de contratos del sector público; y c) Concierto Social.

Navarra sigue esta línea y así, el Anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos, en concreto en sus artículos 36.2, 38, 83 y 222 contempla y regula dos figuras contractuales "especiales": los "Contratos Reservados por motivos sociales" y los "Contratos Reservados en los ámbitos sociales, sanitarios, culturales y educativos".

Con el Anteproyecto que ahora se analiza, parece completado este marco jurídico con la regulación de los conciertos sociales, sanitarios y sociosanitarios, excluidos expresamente de la legislación contractual.

Y precisamente porque todas estas figuras convergen y tienen su razón de ser en la misma materia y ámbito competencial, se echa de menos unas mínimas reglas que delimiten con precisión en qué casos se optará por la contratación y en qué casos se debe concertar. No obstante, se considera que quizás dichas consideraciones figurarán en el conjunto del expediente, el cual no se nos ha remitido en su integridad, y se justificarán adecuadamente en la aplicación de la normativa.

No obstante, no se puede dejar de mencionar que en el ámbito sanitario existe una norma, la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra, que en sus artículos 77 a 82 regula, en el marco de la colaboración ciudadana de la iniciativa privada, los conciertos para la prestación de servicios sanitarios. En este sentido, dada la identidad de terminología y la posibilidad de incidir en el mismo ámbito de actuación, no sabemos cómo se pueden distinguir y coordinar ambas normas para evitar inseguridad jurídica, máxime cuando la regulación es en algunos aspectos muy diferente, por lo que incluso se plantean problemas en cuanto a su aplicación supletoria, aplicación prevista específicamente en el anteproyecto. Por ello, porque ambos conciertos convergen y tienen su razón de ser en la misma materia y ámbito competencial, se echa de menos unas mínimas reglas que permitan distinguir ambas fórmulas concertadas y que delimiten con precisión en qué casos se optará por una ley foral u otra.

- Segunda Consideración General. Tal y como hemos señalado en el punto



anterior, los conciertos expresamente se excluyen de la aplicación de la Ley Foral de Contratos.

No obstante, a lo largo del articulado se hace una remisión tanto directa como supletoria a la Ley Foral de Contratos cuando lo que se pretende, al amparo de las directivas, justamente es que la prestación de estos servicios no se adjudique vía contractual y sobre la base de esa normativa. Es decir, una remisión tan amplia a dicha norma, podría generar una serie de efectos perniciosos, siendo el fundamental que se termine aplicando la normativa de la que se quiere excluir a estos conciertos.

Por tanto, sería muy conveniente que se minimicen las abundantes remisiones a la normativa contractual, incluso por vía de norma supletoria, o dicho de otra forma que se concrete, con mayor precisión, la remisión a esa normativa para evitar interpretaciones dudosas en cuanto a su posible aplicación en estos conciertos.

- Artículo 1. Definición de concierto. A nuestro entender, sería conveniente que se precisara el termino concierto, o que se definiera el mismo, ya que unas veces se señala que es la “forma en que se concreta la gestión indirecta de un servicio”; otras veces que es un “instrumento organizativo (aunque no se dice de qué) para la consecución de objetivos sociales”; en ocasiones se indica que es un “contrato” pero también se dice que es un “acuerdo”; incluso se afirma que los conciertos son una “forma de financiación de un servicio”.

- Artículo 1 en su apartado 2. Entidades Locales. El anteproyecto de ley foral afirma que se aplica tanto a la Administración de la Comunidad Foral como a las entidades locales. En este punto, debemos advertir que la Ley Foral 6/1990, de 2 de Julio, de la Administración Local de Navarra, regula en sus artículos 192 a 203 las distintas formas de gestión de los servicios públicos y, entre ellos, regula la gestión de los servicios por concierto. Por lo expuesto, debería delimitarse la diferencia de ambas figuras, pero sobre todo, se considera conveniente, por congruencia y ámbito competencial, la inclusión de los conciertos recogidos en el anteproyecto en esa ley foral, ya que a través de los mismos se articula una nueva forma de gestionar determinados servicios públicos. A estos efectos, se recuerda que la Ley Foral de la Administración Local de Navarra requiere una mayoría absoluta para su modificación, de conformidad con los artículos 20.2 y 25 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de



agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

- *Artículo 1 en su apartado 3. Principios.* Respecto a los principios conforme a los que, según el anteproyecto, las Administraciones Públicas de Navarra concertarán los servicios sanitarios, sociales y sociosanitarios, el análisis detenido de cada uno de ellos arroja algunas particularidades, por lo que mencionaremos las más importantes.

En primer lugar, algunos no son realmente principios que inspiran la norma, su aplicación y la actuación de la Administración en este ámbito, sino que, tal y como están redactados, son deberes y compromisos que directamente obligan a los futuros concertistas (letras h, k y l).

En segundo lugar, algunos de los principios son en realidad mandatos recogidos en otras leyes (Ley Foral de Servicios Sociales, Ley Orgánica del Derecho de Asociación, Ley Foral de Cooperativas, Ley Foral de Salud), que imponen deberes a los prestadores de servicios, y por tanto, no son realmente principios que inspiren la actuación administrativa (a, b, g, j). Incluso algunos son el fundamento de institutos jurídicos específicos (la calidad, como fundamento de la homologación en la Ley Foral de Servicios Sociales). En tercer lugar, el compromiso de la letra h), se convierte en obligación en el artículo 2º.4, puesto que si las entidades no suscriben por escrito este compromiso, no pueden acceder a la concertación. Además, este compromiso-obligación vincula el resto de la actividad económica que realice la entidad al margen del concierto. La norma podrá imponer todo tipo de obligaciones y requisitos para concertar pero siempre relativas a la personalidad de la entidad y al objeto del contrato. No hay ningún argumento jurídico que avale que el hecho de participar en la prestación de servicios públicos mediante la concertación, vincula el resto de la actividad que realice la entidad, aunque sea en el ámbito de los servicios públicos. En todo caso, si la Administración Pública considera que la actuación de la entidad supone un incumplimiento de las reglas de la competencia leal, deberá actuar, por la vía jurídica oportuna, y en base a la normativa reguladora de dicha competencia, e independientemente de que la entidad que la realiza haya concertado o no servicios con una Administración Pública.

Por último, respecto a la letra k), nos remitimos a lo que más adelante se señala acerca de la existencia o no de ánimo de lucro.



Por lo expuesto, se recomienda reconsiderar la formulación de estos apartados.

- Artículo 1. Entidades sin ánimo de lucro. Especialmente en este artículo (que no podemos olvidar que recoge el ámbito de aplicación de la ley foral), pero también en la Exposición de Motivos, el anteproyecto parece elegir que la concertación se llevará a cabo con entidades sin ánimo de lucro, entidades que vienen definidas y reguladas expresamente en el conjunto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en otros artículos hace referencia como posibles sujetos del concierto a *“entidades que asuman estatutariamente la reinversión en sus fines sociales de cualquier posible beneficio”*, es decir, a entidades no calificadas jurídicamente como entidades sin ánimo de lucro. En este sentido, si lo que se pretende es concertar con estas entidades que no pueden ser calificadas estrictamente como entidades sin ánimo de lucro, tal previsión debería estar en el ámbito de aplicación de la norma, y en ese ámbito debería recogerse específicamente las condiciones que permitirían esa concertación

En apoyo de esta inclusión en el ámbito, no se puede olvidar que los artículos 65 y siguientes de la Ley Foral de Servicios Sociales, permiten la prestación de servicios tanto por entidades de iniciativa social como de iniciativa mercantil, correspondiendo a esta norma concretar cuándo y en qué condiciones esas entidades con ánimo de lucro pueden ser sujetos de concierto.

- Artículo 5º, Procedimiento de adjudicación. Este artículo plantea una serie de cuestiones. Por un lado, permite la adjudicación directa de un concierto sobre la base de lo que se denomina el derecho de arraigo. El derecho de arraigo, como expresión, puede tener su significado, pero este derecho, tal y como viene en el anteproyecto, realmente no existe, es decir, no ha sido reconocido en ninguna norma (tampoco en esta), y por tanto, no es exigible su cumplimiento, ni puede ser tenido en cuenta como fundamento para una adjudicación directa de un concierto.

Lo que sí ha existido siempre es un criterio de adjudicación de un contrato o, en este caso, de un concierto, al menos en el ámbito de Servicios Sociales, que tiene en cuenta para convenir la demanda geográfica. O dicho de otro modo, si en una localidad determinada hacen falta, por ejemplo, plazas residenciales de discapacidad, y sólo hay una entidad que pueda prestar este Servicio en dicha localidad, será con



ésta con la que se concierte directamente, de forma que no se tenga que trasladar a los usuarios a otros centros en otras localidades.

Por otro lado, recoge entre los supuestos de adjudicación directa un supuesto de negociado sin publicidad, sistema de adjudicación recogido con posterioridad, porque en el propio texto se recoge la existencia de más de una entidad que puede prestar el servicio y se impone una selección entre las mismas, por lo que ya no podemos hablar propiamente de adjudicación directa. En este sentido el anteproyecto recoge que *“la Administración lo comunicará a todas las entidades en la misma situación, adjudicando conforme al apartado siguiente siempre que le conste que haya varias o que otras comuniquen que están en la misma situación y realicen oferta, ...”*.

El párrafo además de ser un tanto confuso (¿a qué se refiere cuando se dice “misma situación”?; ¿Cómo le “consta a la Administración” que hay otras entidades en la “misma situación”?), lleva, como ya hemos expuesto, a un procedimiento negociado, en donde la Administración, que conoce a varias posibles entidades que pueden llevar a cabo el concierto, les pide que hagan una oferta. En cuanto a la oferta, parece que establece una puja, adjudicando el servicio a la entidad que asuma mayor cofinanciación del mismo, y en este sentido, no podemos dejar de destacar que no se prevén formulas que eviten “bajadas” excesivas del precio, fórmulas que serían totalmente necesarias dados los servicios objeto de los conciertos y la calidad con la que se tienen que prestar los mismos.

- Artículo 6º. Criterios de adjudicación de los conciertos. En el Derecho contractual, el órgano de contratación goza de cierta libertad para la elección de los diferentes criterios y para fijar su ponderación, en atención al interés público en juego y en función del objeto del contrato, debiendo en todo caso motivar su decisión. En el contractual, la jurisprudencia y las normas imponen evitar la utilización de criterios subjetivos que puedan determinar el destinatario del contrato. Si bien en este ámbito no es necesario utilizar esos criterios, tampoco parece lógico que no se utilicen unas mínimas condiciones que garanticen la objetividad de la adjudicación. En este sentido, como mínimo, el anteproyecto debería obligar a que en las condiciones esenciales que regulan la prestación objeto de concierto se recojan y se ponderen los criterios de adjudicación al objeto de evitar subjetividades en la adjudicación de cada concreto concierto. Esta previsión garantizaría la objetividad y la transparencia de la



concertación.

- Artículo 7º, apartado 4. Importe acumulado de las modificaciones. Según este artículo, las distintas modificaciones del concierto que se vayan acumulando no podrán tener un importe que exceda ni del 20% del precio del concierto, ni del precio por el que se hubiera prestado en su caso el servicio mediante contrato o el coste con el que se hubiera prestado en su caso con medios propios. Tal como está redactado son requisitos acumulativos.

La remisión a estos tres parámetros, alguno de difícil definición (el precio por el que se hubiera prestado en su caso el servicio mediante contrato, no se puede saber porque no se ha adjudicado), salvo aclaración, genera inseguridad jurídica, ya que los precios pueden ser diversos, y en consecuencia, podría ser mayor o menor el importe de la modificación permitida.

- Artículo 9º.2. Incumplimientos del concierto. En este artículo hay varias objeciones que apuntar:

1º. No se tipifican los incumplimientos del concierto, ni se clasifican y sin embargo se habla de incumplimientos leves y graves.

2º. Ni siquiera existe una remisión a las condiciones del concierto para definir los mismos y, sin embargo, en función de la entidad de esos posibles incumplimientos, no definidos, se determinará o no la extinción del concierto.

3º. No se contempla ninguna indicación mínima sobre la forma de acreditación de los incumplimientos.

Por lo expuesto, recomendamos la reformulación de este artículo.

- Artículo 11. Régimen Supletorio. Para la resolución de dudas y el complemento de las lagunas que surjan en el anteproyecto que ahora se analiza, este artículo se remite, de forma supletoria, a la legislación foral contractual, y a la normativa sanitaria para conciertos de este ámbito sectorial.

Además de lo que ya se ha expuesto acerca de la remisión tan amplia a la



normativa contractual, no podemos dejar de recordar lo comentado en este informe con relación a los conciertos sanitarios, porque esa diferenciación determinará el alcance de la supletoriedad recogida en el anteproyecto.

-. Disposición Adicional Primera. Incompatibilidad de las subvenciones. Se señala en esta disposición que “*el régimen de conciertos es compatible con el de subvenciones públicas, para la financiación de idénticas actividades y servicios, a excepción de los servicios en que la Administración financia de forma parcial el servicio concertado. En este último supuesto, la suma del precio abonado por la Administración en virtud del concierto y las subvenciones públicas del órgano o entidad distinta percibidas por la entidad, no podrán superar el coste total del servicio*”.

Resulta bastante confusa la redacción de este artículo ya que los límites y condiciones de la compatibilidad de las subvenciones con cualquier otro ingreso, se establece, en todo caso, en la Ley Foral de Subvenciones, que ya prohíbe superar el coste de un servicio.

-. Disposición Adicional Segunda. Compatibilidad con los Convenios de Vinculación. En este punto se recuerda que la Ley General de Sanidad es una ley básica por lo que no procede en modo alguno que sea la legislación foral la que determine esa compatibilidad. Es decir, los conciertos recogidos en este anteproyecto serán compatibles con esos convenios de vinculación si cumplen los requisitos para ser considerados como tales de conformidad con la normativa estatal.

-. Disposición Adicional Tercera. Comisión interdepartamental. Como técnica legislativa no es conveniente citar o crear un órgano, que luego no se regula (naturaleza, composición, facultades, funcionamiento), ya sea directamente, ya sea mediante una remisión al desarrollo reglamentario.

En vista de todo lo expuesto anteriormente pueden extraerse, a juicio de quienes suscriben, las siguientes

III. CONCLUSIONES

1ª.- El anteproyecto analizado se está tramitando adecuadamente, aunque no



consten todos los informes al momento de remitirse a este Servicio.

2ª.- Se aconseja valorar las recomendaciones realizadas sobre el anteproyecto remitido.

Es cuanto informa este Servicio de Secretariado del Gobierno y Acción Normativa.

Pamplona, 28 de junio de 2017.

La Técnica de Administración Pública
Rama Jurídica

María José Arozarena Gómez


El Técnico de Administración Pública
Rama Jurídica

Roberto García Larrea

La Jefa de la Sección de Desarrollo
Legislativo y Coordinación

María Belén López Carballo

El Director del Servicio de Secretariado
del Gobierno y Acción Normativa


Nafarroako Gobernua
Gobierno de Navarra
Lehendakaritza, Funtzio Publikoa,
Barnea eta Justizia
Presidencia, Función Pública, Interior
y Justicia
Gobernuaren Idazkaritzako eta Araugintzako Zerbitzua
Servicio de Secretariado del Gobierno y Acción Normativa

José Contreras López



