

MEMORIA JUSTIFICATIVA DEL ANTEPROYECTO DE LEY FORAL DE CONCIERTOS SOCIALES EN LOS ÁMBITOS DE LA SALUD Y LOS SERVICIOS SOCIALES

El artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que, a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido.

Establece también que, sin perjuicio de la competencia del Parlamento Europeo y el Consejo para establecer dichos principios y condiciones mediante Reglamentos, aún no puesta en práctica, incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, la competencia para prestar, encargar y financiar dichos servicios.

Como Anexo al Tratado de la Unión Europea y al tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se han incorporado, por el explícito deseo de enfatizar la importancia de los servicios de interés general, una serie de disposiciones interpretativas sobre las normas de los Tratados que afectan a los mismos, contenidas en un Protocolo, el nº 26, con dos artículos.

Uno, el 1º, está referido a los servicios de interés económico general y define los valores comunes de la Unión con respecto a los mismos.

El otro, el 2º, referido a los servicios no económicos de interés general, establece que las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico.

Por la misma razón, por un lado, la Jurisprudencia del TJUE ha ido confirmando la conformidad a los Tratados de fórmulas de prestación de servicios de interés general no económicos distintas al encargo a través de un contrato público regido por las normas establecidas para la contratación pública y, por otro lado, el Considerando 6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, recuerda que los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o cualquier otro de interés general, económico o no económico o una combinación de ambos, y aclara, para los que sean de interés general y no económicos, que deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva.

Por ello, dado que, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las previsiones de la normativa europea no afectan a la distribución de competencias

establecida por la Constitución española, al contar, conforme a la CE y el Amejoramiento, con competencias para regular tanto los contratos administrativos (art. 49.1 d) LORAFNA), como los distintos ámbitos sectoriales que se corresponden con los servicios de interés general (destacadamente en el ámbito de los servicios sociales, ex art. 44.17, y el sanitario, ex art. 53), como en materia de Administración Local (conforme al art. 46), la Comunidad Foral de Navarra puede impulsar la regulación de la organización de la prestación de servicios, como los sociales y sanitarios, a través de fórmulas de gestión indirecta no sujetas a la normativa sobre contratación pública, para su Administración y para las entidades locales de Navarra.

Dado que la aludida Jurisprudencia del TJUE, además de pronunciarse en distintos casos de servicios no económicos de interés general sobre la no sujeción a la normativa de contratación pública, se ha pronunciado sobre las condiciones en que esos encargos no son tampoco contrarios a los tratados de la Unión Europea, siendo parte de esas condiciones, además, las que garantizan que el servicio estaría configurado, además de cómo de interés general, como no económico, la regulación que se propone impulsar contendrá las citadas condiciones, que se configurarán en la regulación como requisitos para poder aplicar esta forma de gestión indirecta no sujeta a la normativa sobre contratación pública.

Con ello se consigue seguridad jurídica, principio que la Constitución garantiza (9.3 CE) y que la normativa sobre procedimiento administrativo común impone para el ejercicio de la iniciativa legislativa (art. 129.1 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), subrayando el valor que la misma supone en los mismos términos que la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y Social y al de las Regiones, sobre un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa, que en 2011 ya establecía como una de las tres líneas de acción, aumentar la claridad y seguridad jurídica.

Algunos pronunciamientos claves de las Sentencias del TJUE son:

- Ya en la Sentencia de 17 de junio de 1997 (caso “Sodemare, S.A.”) hizo constar:
 - o No se opone a las disposiciones del Tratado que cierta normativa de un Estado miembro permita únicamente a los operadores privados que no persigan un fin lucrativo contribuir a la ejecución de su sistema de asistencia social mediante la suscripción de conciertos que dan derecho al reembolso por parte de las autoridades públicas de los costes de los servicios de asistencia social de carácter sanitario.
 - o El Derecho Comunitario no establece requisitos respecto a la motivación de una normativa nacional de alcance general, como la anterior, que está incluida en el ámbito del Derecho Comunitario.
- La Sentencia de 11 de diciembre de 2014 (caso ANPAS y otros”) hizo constar
 - o Que los artículos 49 TFUE (sobre libertad de establecimiento) y 56 TFUE (sobre prohibición de restricciones a la libertad de prestación de servicios por nacionales de Estados miembros en otros Estados) deben interpretarse

en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa.

- Que esa exigencia comporta que esas organizaciones no persigan otros objetivos que los sociales y solidarios, que no obtengan ningún beneficio por el hecho de realizar sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para suministrarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros.
- Sí es admisible el recurso a trabajadores, pero la actividad de estas organizaciones deberá respetar estrictamente los requisitos establecidos por la normativa nacional al respecto.
- No puede extenderse hasta cubrir prácticas abusivas de las organizaciones de voluntariado o sus miembros.

- La Sentencia de 28 de enero de 2016 (caso CASTA y otros) declaró:

- De nuevo, que los artículos 49 y 57 del TFUE son compatibles con la adjudicación sin publicidad a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria.
- Cuando un Estado miembro permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, una autoridad pública que se propone concluir ciertos contratos con esas asociaciones no está obligada en virtud del Derecho de la Unión a comparar previamente las propuestas de diversas asociaciones.
- Cuando un Estado miembro, permite a las autoridades públicas recurrir directamente a asociaciones de voluntariado para el cumplimiento de ciertas funciones, autoriza a esas asociaciones a ejercer ciertas actividades comerciales, corresponde a ese Estado miembro establecer los límites dentro de los que pueden desarrollarse esas actividades. Estos límites deben asegurar no obstante que esas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas.

Objeto y principios

En virtud de lo anterior, el anteproyecto de Ley Foral tiene por objeto regular la gestión indirecta para la prestación de servicios sociales, sanitarios y sociosanitarios, al ser ámbitos que encajan, por cómo están regulados y prestados en Navarra, en el concepto servicios de interés general de carácter no económico, y al referirse a dos ámbitos en que existen pronunciamientos jurisdiccionales europeos avalando la posibilidad de gestión indirecta no sujeta a las normas sobre contratación pública, pero, a la vez, en la medida que no se pretende sustituir con esta forma de prestación a la prestación directa, se matiza que será posible acudir a la misma cuando los recursos públicos no resulten suficientes o idóneos para garantizar la cartera de servicios públicos.

Esta última regla se incorpora también como principio general de subsidiariedad de la gestión por concierto respecto a la gestión directa (art. 1.3 c), se contempla la reversión de un servicio externalizado que pasase a prestarse de forma directa como causa de extinción del concierto (art. 9.1 m) y se articulan concretos instrumentos para que la subsidiariedad sea efectiva y se analice la posibilidad de recuperación para la gestión directa de alguno de los servicios (Disposición adicional 3ª y Disposición transitoria única).

A continuación se definen los conciertos, destacando, además de su posible objeto - tanto genérica como sectorialmente -, su carácter social, que su régimen es el establecido en el propio anteproyecto (desplazando en todas las materias que son objeto de regulación en el mismo a la legislación en materia de contratación pública) y que se rige por los principios que se incluyen también.

Entre los principios se han incluido:

1º) El de la naturaleza de servicio público, que conserva independientemente de que se preste a través de terceros, con la consiguiente obligación, para dichos terceros, de respetar todos los derechos de las personas usuarias contenidos en las distintas normativas y Carteras reguladoras de cada servicio, que se garantiza y concreta luego en el art. 2 2ª, y, para la Administración, de no dar diferente trato en función de la forma de gestión del servicio, que se garantiza y concreta luego en el art.4.3.

2º) El de calidad del servicio, que implica calidad en condiciones de igualdad, así como una atención integral y continuada, como es propio de todo servicio público, previéndose que este principio oriente también los procesos de selección de los concretas entidades prestadoras del servicio, lo cual se refleja después en el artículo 6.

3º) El ya citado de subsidiariedad, así como el de prohibición de pasar a gestionar por concierto lo que se esté prestando de forma directa con medios propios, completados en los artículos y disposiciones arriba citadas.

4º) El de solidaridad, en cuanto reflejo tanto de las exigencias ya aludidas de la normativa europea como de la aspiración del Gobierno de Navarra de potenciar a las

entidades del Tercer Sector y la consecución de fines sociales al hilo de cualesquiera políticas, como algo transversal, con proyección principal en el art.3.1º y 3º.

5º) Los de transparencia, publicidad e igualdad de oportunidades y no discriminación, en la medida que los últimos son una exigencia constitucional para las Administraciones Públicas y los primeros un requisito para garantizar los segundos, además de un principio específico exigido también, y cada vez con mayor énfasis, por el ordenamiento nacional básico y por el foral, teniendo proyección y concreción en el artículo 3.6.

6º) El de eficiencia, que se traslada de los principios generales a que ha de ajustar su actuación y funcionamiento la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, conforme al artículo 3.2 b) de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, que regula la misma, a los de los conciertos sociales, teniendo una dimensión presupuestaria, conforme exige la citada normativa y Jurisprudencia europeas, concretada, principalmente, en el artículo 4.2, y una dimensión procedimental, reflejada sobre todo en los arts. 5 y 6.

7º) El de adecuación a la planificación estratégica, alineado con lo exigido a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, con carácter general, conforme al artículo 3.2 c) de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, y con la forma de garantizar la calidad, conforme a lo previsto en la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, que se concreta en las exigencias del art. 3.6, en relación con los propios conciertos, y en las Disposiciones adicional tercera y transitoria única, en relación con la subsidiariedad de la gestión indirecta respecto a la directa.

8º) La regla del siguiente principio es la tercera de las que son consecuencia directa de la Jurisprudencia europea citada en relación con las normas sobre competencia, y con ella se quiere evitar que las entidades que puedan concertar, puedan obtener una ventaja en otros procesos como consecuencia de poder suscribir conciertos.

9º) El siguiente principio, de la misma naturaleza que el 4º, en línea con lo que la normativa europea, nacional y foral en el ámbito de la contratación vienen amparando y propiciando, cada vez con mayor énfasis, propugna la transversalidad de las políticas sociales, ambientales, de igualdad entre mujeres y hombres y de innovación, concretando la posibilidad de que los conciertos sean también, como los contratos públicos, un instrumento al servicio de esos fines, indicando algunas de las vías para ello, como la inclusión de concretos objetivos en esos ámbitos en el objeto del concierto o la exigencia de obligaciones o condiciones especiales de ejecución en esos ámbitos a quienes suscriban conciertos sociales, ratificando el artículo 8 la obligación de utilizar estas cláusulas sociales.

10º) El principio de participación, aplicable tanto a la prestación del servicio como a su evaluación, además de concretar el principio constitucional del art. 9.2 CE, extiende a los conciertos un principio que ya garantiza en el ámbito de los servicios sociales el artículo 5 de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios sociales, al incluirlo entre los principios rectores del sistema de servicios sociales, el 6 al incorporarlo como derechos de las personas destinatarias de esos servicios, el 38 al atribuir al Departamento de Derechos Sociales la competencia para fomentarla, o el 60 al exigir Consejos de participación en todos los servicios, como sistema de participación

de las personas usuarias y sus familias, y que en el anteproyecto tiene su reflejo principal en el artículo 9.2, al exigir la participación de las personas usuarias en la evaluación, con efectos respecto a la prórroga o continuación del sistema de concierto, conforme al art. 10.1, o cara a futuras adjudicaciones de conciertos, conforme a los arts. 10.1 y 6.

11º) El siguiente principio es otro de los que responde a las exigencias de la normativa y jurisprudencia europeas, concretando el requisito de solidaridad como fin compartido por las Administraciones que conciertan y las entidades que se ofrecen a prestar el servicio sin posibilidad de obtener por ello un beneficio. Para el caso de que, aun calculando la Administración el precio sin prever un beneficio, conforme al art. 4.2, las entidades que suscriban conciertos sociales consiguieren prestarlo por debajo de los costes previstos, se les exige la reinversión para la mejor prestación del servicio, acorde con el requisito que se les impone en el art. 2.3º.

12º) Por último, para aquellos casos en que la intervención en la prestación del servicio de entidades sin ánimo de lucro no sólo no impida mantener los costes, como exige la jurisprudencia europea para usar esta forma de gestión, sino que los permita reducir, se prevé, como principio, favorecer la disminución de las diferencias que pudieran existir entre las retribuciones o jornadas del personal de la entidad prestadora del servicio respecto a las de las categoría equivalentes de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, subrayándose de ese modo el objetivo y principio de consecución de fines sociales con los conciertos sociales, y concretándose en la inclusión del criterio como criterio de adjudicación en el art. 6.

Requisitos para poder ser adjudicatarias de conciertos

Al traducir en una regulación concreta los requisitos que deben concurrir para que la adjudicación de servicios no económicos de interés general, por ser de tal naturaleza, no esté sujeta a la normativa sobre contratación pública y, a la vez, sea conforme con el Derecho Comunitario primario, se ha previsto:

1º) Para el referido a que los posibles adjudicatarios carezcan de ánimo de lucro, siendo sus fines únicamente los sociales propios de los mismos, en el marco de un fin solidario, que, a efectos de su admisión, se habrá de exigir que, conforme a sus Estatutos o normas equivalentes, se deduzca dicha carencia de ánimo de lucro, incompatible con la finalidad de obtener beneficios que, en la regulación de la prestación o ejecución de servicios al amparo de esta fórmula, se podrá garantizar igualmente, regulando las condiciones de adjudicación y las de ejecución del servicio, pero sin que, a priori, se considere la carencia de ánimo de lucro incompatible con la posibilidad estatutaria de obtenerlos, si existe igualmente obligación estatutaria de reinvertirlos para sus fines sociales.

Por otro lado, para garantizar que las entidades que, por su naturaleza como tales personas jurídicas (asociaciones o fundaciones) o por su compromiso estatutario (centros especiales de empleo, empresas de inclusión, sociedades cooperativas de iniciativa social u otras) son entidades sin ánimo de lucro "formalmente", pudieran crearse a tal efecto o de facto comportarse como entidades que obtienen un lucro que no revierte al servicio concertado, se ha exigido también a las mismas una actividad

anterior en tales condiciones de entidad sin ánimo de lucro, así como cumplir los requisitos que la Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra, ha exigido a las cooperativas de iniciativa social para ser consideradas sin ánimo de lucro, evitando que se produzca un lucro ajeno al servicio a través de distribución de beneficios, intereses por aportaciones o subida o creación de retribuciones.

2º) El referido a la eficacia o eficiencia presupuestaria respecto a la gestión del servicio, implica exigir que el coste del servicio, actualizado al momento de proceder a su nueva adjudicación, no puede ser superior al coste al que se estaba prestando anteriormente por medios propios o ajenos, condicionando ello el precio al que se convocará el concierto, conforme al art. 4.2, y exigiéndose, por ello, a las entidades, en el art. 2.6º, el compromiso de prestarlo como máximo por dicho precio.

3º) El referido a los límites para asegurar que en las actividades comerciales de las posibles adjudicatarias por esta fórmula de gestión no se obtiene una ventaja competitiva derivada de la posibilidad de suscribir conciertos sociales se incorpora al apartado 4º.

Junto a dichas exigencias propias del sistema de concierto, como forma de gestión no sujeta a la normativa sobre contratación pública, se incluyen como requisitos otros dos apartados que comportan, por un lado, que han de cumplirse las normas reguladoras de cada servicio (apartado 2º del art.2) y, por otro lado, estar al corriente respecto a las que en cada momento no sólo deban ser cumplidas por cualesquiera entidades por ser exigencias del ordenamiento jurídico, sino que se configuren en la normativa sobre contratación pública como requisitos para poder contratar, como es el caso, en este momento, de las tributarias y de Seguridad Social y de las de integración de personas con discapacidad, añadiéndose también, para los conciertos en el ámbito sanitario las de incompatibilidades (apartado 5º del art.2).

Servicios objeto de concierto

Se propone identificar los servicios en que cabe acudir a este sistema y criterios para ello. Para ello es suficiente con tener en cuenta la definición de servicios de interés general y de servicios sociales de interés general, ya que, aunque en ambos casos abarcan actividades tanto económicas como no económicas, lo que garantiza que sean no económicas es, por un lado, que tanto en el ámbito de servicios sociales como el sanitario, junto al aval de las Sentencias del TJUE aludidas, se prestan en Navarra en las condiciones que la propia Comisión europea ha considerado que se pueden tener por tales y, por otro, en que, conforme a dicha jurisprudencia, se han establecido los requisitos para la admisión a estas adjudicaciones no contractuales del artículo 2 y que se han fijado, a continuación, las condiciones en el art. 4 y las limitaciones en la ejecución en el art.7.

Dado que la normativa europea se refiere a ellos pero no contiene una definición de los mismos, se puede partir de la que la Comunicación de la Comisión Europea de 2011 sobre el marco de calidad para los servicios sociales de interés general en Europa incorpora extrayéndola del Derecho de la UE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia UE: los servicios de interés general (SIG) son aquellos que las autoridades públicas de los Estados miembros clasifican como de interés general y que, por lo tanto,

están sujetos a obligaciones específicas de servicio público (OSP); los servicios sociales de interés general (SSIG) incluyen los regímenes de seguridad social que cubren los riesgos principales de la vida y una gama de otros servicios esenciales prestados directamente a las personas que desempeñen un cometido preventivo y de cohesión e inclusión social, que en el ámbito de los servicios sociales, podrá incluir los establecidos en la normativa foral que aprueba la Cartera de servicios sociales de ámbito general prevista en la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales.

También conviene acudir a la Comunicación de la Comisión europea de 2016 que, respecto a las ayudas de Estado, en cuanto resume y aplica la definición genérica de actividades económicas y no económicas de la propia normativa europea, reconociendo expresamente la dependencia de dicha clasificación de las decisiones de cada Estado o Administración sobre la forma de organizar un servicio que forma parte o está relacionado con las funciones de ese Estado o Administración Pública.

Así, conforme a la citada Comunicación, si bien cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado constituye una actividad económica (12), determinar si existe un mercado para distintos servicios puede depender de cómo se organicen dichos servicios en el Estado miembro en cuestión, por lo que puede variar de un Estado a otro y dentro del mismo con el tiempo (13). Aunque esa dependencia hasta cierto punto de decisiones políticas y de la evolución económica de un Estado miembro determinado impide hacer una lista exhaustiva de actividades que nunca serían económicas, sí se puede aclarar distinciones en una serie de ámbitos importantes (15), entre los que están los que son ámbito objetivo del Anteproyecto.

Junto a actividades que, salvo excepciones, en todos los Estados se configuran como no económicas (17), los ámbitos de la asistencia social (2.3) y la asistencia sanitaria (2.4) varían de un Estado a otro y se califican como económicas o no económicas en función de la concurrencia de una serie de circunstancias por oposición a otras.

En el caso de la asistencia social, las que caracterizan a los regímenes basados en el principio de solidaridad (actividades no económicas) suelen ser: afiliación obligatoria, el régimen persigue una finalidad de carácter exclusivamente social, el régimen no tiene ánimo de lucro, las prestaciones son independientes de las cotizaciones, las prestaciones pagadas no son necesariamente proporcionales a los ingresos del asegurado y el régimen está sometido al control del Estado (20), circunstancias concurrentes total o parcialmente en el caso del régimen de los servicios sociales en Navarra; mientras los regímenes económicos que implican una actividad económica se suelen caracterizar por: la afiliación facultativa; el principio de capitalización, su carácter lucrativo y las prestaciones complementarias a las del régimen básico (21), aspectos mayoritariamente ajenos a los del régimen navarro de servicios sociales.

En el caso de la asistencia sanitaria, cuando los hospitales públicos son parte integrante de un servicio nacional de salud y están basados casi en su totalidad en el principio de solidaridad; se financian directamente con las cotizaciones a la seguridad social y otros recursos del Estado y prestan sus servicios gratuitamente sobre la base de una cobertura universal, los órganos jurisdiccionales de la UE han confirmado que las entidades en cuestión (las que prestan estos servicios) no actúan como empresas (no se

han de tener por entidades que ejercen una actividad económica) (24) y, lo que resulta especialmente clarificador, cuando exista ese tipo de estructura, incluso actividades que en sí mismas podrían ser de naturaleza económica, pero se ejercen meramente con fines de ofrecer un servicio no económico, no se consideran de naturaleza económica (25).

Además, en el apartado 2 del art. 3, se hace una especial mención a los conciertos sociosanitarios, facultando expresamente en los mismos a tramitarlos a cualquiera de los Departamentos con competencias en uno y otro ámbito, previo acuerdo entre los mismos, evitando una tramitación fraccionada de un servicio que debe considerarse desde la perspectiva de las personas destinatarias del mismo, para las que es uno sólo con características de las dos tipologías, como es el caso de las residencias psicogeriátricas.

Se prevén también, en el apartado 3º, conciertos conjuntos para aquellos casos en que dos o más servicios a concertar forman parte de procesos relacionados o de un mismo proceso, debiendo incluir los mismos, por dicha circunstancia, mecanismos de coordinación que conformarán condiciones de ejecución para unas y otras entidades.

A efectos de la posibilidad de dividir el objeto de un concierto en lotes, al tratarse de servicios directos a las personas, se ha puesto el énfasis en garantizar la adecuada y coordinada prestación, por lo que, en vez de partirse de considerar la división una regla general, que admite excepciones para evitar riesgos técnicos o de descoordinación, al modo de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, se ha establecido la posibilidad de división siempre que no concurra riesgo para la ejecución por esos motivos.

En el apartado 5º, para garantizar que esta forma de gestión sólo se utiliza, en caso de actividades que conllevan (o conviene) adjudicar a la vez que otras que no son de interés general a los efectos de la normativa europea (por ejemplo de limpieza, mantenimiento o transporte), cuando la actividad principal es la de interés general, se regula la exigencia de que ese tipo de actividad (la de interés general, la social o sanitaria) sea la principal, utilizando el precio para identificar unas y otras en caso de duda, con un límite al porcentaje del precio que pueden suponer las actividades accesorias que no sean de interés general.

Por último, conforme a los principios de publicidad y transparencia, también se establece la obligación de determinar para cada ejercicio los servicios sociales o sanitarios de interés general que se van a configurar como no económicos y, por ello, serán susceptibles de adjudicarse su prestación sin sujeción a la normativa contractual, en el bien entendido que ello no comporta que hayan de configurarse de tal forma otros servicios de la misma naturaleza o estos mismos en otro momento, permitiendo simplemente acudir, o no, a esta forma de gestión en cada proceso de adjudicación.

El contenido de la publicidad alcanza también a los conciertos suscritos, el precio y los casos en que se adjudicarán de forma directa, conforme al art. 5.1, o sin publicidad previa, conforme al art.5.2, pudiendo así controlarse (o impugnar por quien se considere perjudicado) que concurren las circunstancias en que cabe utilizar esos procedimientos en que la concurrencia será menor o no existirá, así como interesarse por participar en los procedimientos sin publicidad previa pero con concurrencia.

Existiendo ya diversos medios de publicidad de la actuación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, la publicidad para esta nueva forma de gestión indirecta podría hacerse a través de cualquiera de ellos: Portal de Transparencia, Portal de Contratación o Boletín Oficial de Navarra, optándose por el Portal de Contratación por ser el cauce por el que se ha publicitado la prestación indirecta de servicios y estar especialmente adecuado a tal efecto.

Condiciones de los conciertos

En primer lugar, como en la preparación de los contratos, se prevé un trámite previo a la adjudicación de los conciertos en que se establezcan, de modo equivalente a como en los contratos públicos se hace en los pliegos de cláusulas (administrativas y técnicas) particulares o en las condiciones esenciales, los derechos y obligaciones de las partes en los distintos ámbitos (jurídico, administrativo, económico y técnico).

Se exigen expresamente además tres contenidos: por un lado, que entre los aspectos del procedimiento estén los criterios de selección, que luego se desarrollan en el art. 5.5, al ser lo que garantiza la elección objetiva y eficiente; por otro, que informen sobre la obligación de subrogación de trabajadores de la anterior empresa o entidad prestadora del servicio y de las condiciones en que se producirá, a efectos de permitir a las entidades interesadas en prestar el servicio calcular los costes de personal que deberán asumir y tenerlo en cuenta para los términos en que deberán presentar su oferta o/y prestar el servicio; y, por último, dada la relevancia que tendrá para prorrogar o no el concierto (o el sistema de concierto) e incluso para futuras adjudicaciones, deberá también contener el sistema o condiciones de evaluación, en coherencia con lo previsto en el art.10.

Para garantizar la continuidad y calidad homogénea de los servicios podrá también preverse la participación conjunta de la Administración y la entidad con que se concierte un servicio en actividades de asistencia, docencia, investigación y formación del personal, siempre en relación con el objeto del concierto.

En el apartado 2º, se impone, conforme a las exigencias del principio de eficiencia presupuestaria, calcular el presupuesto basado únicamente en los costes actualizados, sin incluir beneficio industrial, y sin poder superar el coste que, en su caso, hubiera tenido el mismo servicio mientras era prestado a través de una gestión directa o indirecta, fuera ésta segunda mediante contrato o convenio.

También conforme a las pautas de la jurisprudencia europea, esa limitación en los costes no debe conllevar un trato abusivo del personal de las entidades, por lo que regirá en los conciertos sociales también el que es principio de la contratación pública, conforme al artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, y que ya fue incorporado a la Ley Foral de Contratos Públicos mediante su reforma a través de la Ley Foral 1/2015, de 22 de enero, que exige la adopción de medidas para garantizar que en la ejecución de estos servicios las entidades cumplan sus obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, por lo que, habrá de calcularse el precio de los servicios a adjudicar calculando los costes de personal conforme a los salarios del convenio colectivo que corresponda más los de Seguridad Social (y las entidades hacer su oferta en condiciones que les permitan cumplir dicho Convenio), y habilitar a la Administración adjudicadora para

imponer penalidades o resolver el concierto, para el caso de que se incumplan las aludidas obligaciones.

El inciso final de este apartado pretende aclarar que el presupuesto y precio de un concierto sí podrá variar y variará cuando el servicio se haya de prestar o se decida prestar conforme a estándares de calidad superiores, sirviendo los anteriores de referencia sólo para la parte coincidente, pero no para el personal o medios de cualquier tipo que se decida pedir por encima o con mayor cualificación o nivel que anteriormente.

En el siguiente apartado, conforme al principio de naturaleza de servicio público y de igualdad, se exige idéntico tratamiento económico para las personas usuarias de los servicios concertados que para las que lo reciben en centro propios y con medios propios de la Administración.

En el apartado 4º, para evitar que los cobros por servicios complementarios que ofrezcan las entidades que prestan el servicio por concierto desvirtúen las condiciones económicas establecidas para el concierto y perjudiquen a las personas usuarias, se exige autorización previa y expresa para controlar que son precios adecuados a tales servicios distintos al que es objeto del concierto.

Por último, más allá de la capacidad de obrar y los requisitos específicos para poder concertar, se exige a las entidades que quieran concertar que reúnan los requisitos materiales y personales que exige la normativa para el funcionamiento de cada servicio, permitiendo, acorde con tratarse de entidades sin ánimo de lucro, que tales requisitos los reúnan en el momento de inicio de la ejecución del concierto.

Procedimientos de adjudicación

Aunque la aludida Jurisprudencia del TJUE permite, en cuanto al procedimiento de adjudicación, por considerarlo compatible con el Derecho comunitario, las adjudicaciones directas sin publicidad ni comparación de ofertas de varias entidades sin ánimo de lucro, porque en los casos en que eso se concluía, existía un motivo objetivo para alcanzar tal conclusión, nuestra Constitución y nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto, imponen que la regla general haya de ser compatible con el derecho, en igualdad de condiciones, ex art. 14 CE, de quienes componen las entidades sin ánimo de lucro que pueden acceder a este sistema, de prestar los servicios que se vayan a adjudicar con esta fórmula, lo que requiere que la regla general sea también la publicidad, favoreciendo la concurrencia, que, a su vez, permitirá a las Administraciones públicas que acudan a la misma, conseguir una mayor eficacia, conforme al 103.3 CE, al comparar y elegir entre varias ofertas.

Todo ello, sin perjuicio de prever las adjudicaciones directas para los casos en que existe un motivo justificado, como es el caso de garantizar la continuidad en ciertas prestaciones a personas beneficiarias o usuarias a las que se debe garantizar su derecho al arraigo y a la proximidad a sus familias, el caso de servicios que puedan pasar de ser objeto de subvención a incorporarse a la respectiva cartera de servicios, manteniendo la entidad prestadora la financiación de parte de su coste o los casos en que la normativa sobre contratación pública permite la adjudicación sin publicidad previa ni concurrencia (porque no exista competencia por razones técnicas, porque deban protegerse derechos

exclusivos o para repetición de servicios similares encargados al titular de un contrato inicial en que ya se informara de los servicios adicionales).

De acuerdo con lo anterior, también resulta conveniente, por debajo de los mismos umbrales de valor estimado de concierto en que se permita el uso de procedimientos negociados sin publicidad previa en la contratación pública (lo que en régimen común se denominan contratos menores), permitir el uso de procedimientos simplificados, sin convocatoria ni publicidad, para adjudicar conciertos sociales, así como en los casos en que es posible por distintos motivos al importe, con los mismos requisitos de cada supuesto (el resto de supuestos contenidos actualmente en el artículo 73 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, o norma que le sustituya, en la medida que encajen, por encima de los umbrales comunitarios, con los establecidos en el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, o norma comunitaria que le sustituya).

Para los casos de procedimientos simplificados sin publicidad pero con concurrencia, se prevé la necesaria petición de un mínimo de tres ofertas a entidades que reúnan los requisitos para poder ser prestadoras de servicios por conciertos sociales (los del art. 3) y, como se ha exigido publicidad, ésta podrá servir también para la confección de listas de entidades susceptibles de prestar servicios con esta forma de gestión que estén interesadas en ser adjudicatarias, para cuando sea preciso realizar las invitaciones cuando quepa el procedimiento simplificado.

También se ha introducido expresamente la posibilidad de utilizar sistemas para la mejora de la gestión de estas adjudicaciones como las que existen en la legislación contractual, como es el caso de los Acuerdos Marco o Sistemas Dinámicos de Compras (una figura con la posibilidad de las condiciones de una o de otra) y las pujas electrónicas, aunque basadas en aspectos objetivos que no sean el precio.

Criterios de adjudicación

Tanto en los procedimientos abiertos como en los simplificados sin publicidad previa, para simplificar los procedimientos de adjudicación y dado el valor relevante que la experiencia de estas entidades tiene a efectos de justificar la existencia misma de esta forma de gestión indirecta, la regla general será valorar en una única fase lo que tenga relación con la propia entidad aspirante a la prestación (lo que en la contratación coincidiría con la comprobación de la solvencia) y con su oferta para la prestación de los servicios (lo que en la contratación coincidiría con la valoración técnica y, en su caso, económica).

Frente a los dos sistemas habituales de adjudicación de los contratos (únicamente por precio – antiguas subastas – o precio y otros criterios objetivos relacionados con el objeto del contrato – antiguos concursos -), se deben utilizar criterios de selección o adjudicación, pero, entre los que deberán tenerse en cuenta preferentemente no se incluye el precio, al no calcularse el presupuesto con previsión de beneficio, y sí todos aquellos aspectos que permitan valorar la oferta de más calidad o las condiciones más idóneas de las entidades aspirantes, incluyendo también criterios sociales, como los relacionados con la igualdad entre mujeres y hombres, la contratación para prestar el servicio de personas con dificultades de acceso al mercado de trabajo o la minoración de

las diferencias retributivas entre las del personal de la entidad y la que pudiere existir con las de las correspondientes categorías profesionales en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

Se prevé también permitir o exigir valorar variantes, de modo que la experiencia y saber hacer de las entidades que decidan participar en los procedimientos, pueda aprovecharse para introducir formas novedosas de gestión o aspectos que se considere que mejoran las condiciones inicialmente establecidas para la gestión.

Duración y ejecución

En la medida que la utilización de esta fórmula, por un lado, parte de unos presupuestos que hacen prever que se conseguirá con ella de forma más idónea que con otra forma de gestión la calidad, que debe prevalecer como objetivo de las contrataciones de este tipo de servicios, pero pueden obtenerse en la práctica en mayor o menor medida que con otras fórmulas, y que, por otro lado, aunque de forma justificada, comporta una barrera de acceso a prestar ciertos servicios para otro tipo de entidades, y que, por último, conviene evaluar los resultados de aplicar esta forma de gestión (como la de cualquier otra), ha de establecerse, como regla general, una duración máxima de la prestación de servicios adjudicados por esta fórmula.

Para ello, dado que no existe el límite general que a los contratos de asistencia fija la LFCP, de 4 años, puede tomarse como referencia, para la duración inicial, si se vincula a una evaluación, como ha hecho la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 en relación con la nueva posibilidad de reserva de su artículo 77, la de los tres años, con posibilidad de prórrogas por otros dos períodos de hasta otros tres años cada uno.

Con ello, además, se posibilita adaptar la prestación del servicio a las circunstancias en que, pasado un tiempo, hayan cambiado o, tras la oportuna evaluación, cambiar a formas de gestión o dar oportunidad a entidades que, con el tiempo, se compruebe y se concluya que pueden ser más idóneas.

También se prevé otra fórmula, alternativa, condicionada a que se evalúe la ejecución cada año, en cuyo caso no es preciso fijar un límite, ya que cada año, en virtud de lo que resulte de la obligada evaluación, se prorrogará o no el concierto y se mantendrá o no como sistema de gestión.

Respecto a la posibilidad de cesión de los derechos y obligaciones dimanantes de los contratos, se añade a la remisión a la legislación foral de contratos públicos -que comporta que sea posible sólo cuando esté prevista en las condiciones o al dar publicidad de la adjudicación o cuando se produzca una sucesión universal o parcial en la posición del contratista inicial, a raíz de la reestructuración o modificación estructural de sociedades, incluidas las de adquisición, fusión, segregación, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de empresa o actividad o por encontrarse el contratista inicial en situación de concurso, y que no pueda conllevar modificación sustancial del objeto ni pueda perseguir eludir la aplicación de las normas generales o la competencia-, la exigencia de que sea la cesionaria otra entidad que reúna los requisitos para poder suscribir conciertos sociales y de que sea autorizado expresamente por la Administración, que podrá así comprobar que la cesionaria reúne los requisitos

generales y de solvencia exigidos para los conciertos en general y para cada concierto concreto en cada caso.

En cuanto a la subcontratación, se limita la posibilidad a los servicios accesorios que no sean de interés general a los que se refiere el art. 3.5 y se exige que las condiciones lo prevean y hasta el porcentaje que en ellas se prevea, que en ningún caso podrá superar el 20 % del precio del concierto.

A las modificaciones también se les fija un límite, en este caso doble, ya que junto al porcentual respecto al precio del concierto (20 % también, como actualmente para los contratos públicos en Navarra), se añade el de que no permita superar el coste del servicio con que se prestara en su caso anteriormente con otra forma de gestión, para evitar vulnerar el principio y requisito de eficiencia presupuestaria en los términos en que la Jurisprudencia del TJUE lo ha establecido.

Cláusulas sociales

En términos análogos a lo establecido en la Disposición adicional quinta de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales, se exige a las Administraciones Públicas de Navarra que incluyen necesariamente en las condiciones de adjudicación de los conciertos sociales requerimientos de carácter social o cláusulas sociales, que, junto a la posibilidad ya explicitada de utilizarlos como criterios de selección en el art. 5.5, incluye, de forma expresa, la de incorporar condiciones de ejecución para quienes resulten adjudicatarios de los conciertos sociales, pudiendo referirse dichas obligaciones tanto al servicio como a las condiciones del personal, para, en uno y otro caso, conseguir objetivos sociales relacionados con distintos ámbitos, mencionándose entre ellos los relacionados con el desempleo, la exclusión social y la igualdad entre mujeres y hombres, e instándose también a aprovechar los criterios generales que se establezcan para su aplicación en la contratación pública, en cuyo ámbito se están impulsando en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, por representantes de la Junta de Contratación Pública y con la participación de representantes de los distintos Departamentos, grupos políticos, sindicatos y entidades interesadas, guías para la incorporación de cláusulas en los contratos en los ámbitos de igualdad entre mujeres y hombres, social, medioambiental, condiciones laborales e innovación.

Incumplimientos y extinción de los conciertos

Frente a la sanción de los incumplimientos en materia de contratación pública, que prevé penalidades en forma de multas cuando no son graves y la resolución del contrato cuando son graves, afectan a aspectos esenciales del contrato o se configuran como tales en la ley o en las condiciones de cada contrato, en el ámbito de los conciertos sociales, en que no se puede obtener un beneficio y prestarán el servicio entidades sin ánimo de lucro y fines sociales, se ha optado por tener en cuenta los leves para las futuras adjudicaciones y los graves para que constituyan causa de resolución, equiparando a los graves los leves reiterados en los términos que se prevea en su caso en las condiciones del concierto o, en su defecto, cinco incumplimientos leves.

Por otro lado, se han incluido causas de extinción que son propias de los contratos en la vigente legislación foral sobre contratación pública (como el vencimiento del plazo de duración, la extinción de la personalidad jurídica, la inviabilidad económica, el mutuo acuerdo entre las partes, el incumplimiento de las condiciones laborales del personal de la entidad prestadora del servicio o las que se prevean en el concierto), así como otras que tiene que ver con incumplimientos que se consideran esenciales o relevantes al afectar al régimen específico establecido en la Ley Foral para los conciertos sociales (en relación con los requisitos normativos para poner en funcionamiento el servicio o la pérdida de la autorización u homologación, conforme al art.2.2º, con los derechos reconocidos a las personas usuarias del servicio por la normativa respectiva, conforme al art.1.3 a), por el cobro de cantidades no autorizadas a las mismas conforme al art. 4.4, por infracción de las limitaciones a la contratación, cesión o subcontratación conforme al art.7, por la reversión, conforme con el principio de subsidiariedad a que se refieren el art.1.3 c) y la Disposición adicional tercera y la transitoria única).

Finalmente, al afectar a servicios públicos, la extinción del concierto no podrá conllevar la interrupción de la obligada continuidad de la prestación.

Evaluación de los conciertos

Dado que la calidad es uno de los principios esenciales, tanto en la normativa y comunicaciones de la UE sobre los servicios de interés general, como en la normativa básica y en la foral, y, a la vez, lo que justifica las previsiones de regímenes distintos a la habitual contratación pública para encargar la gestión a terceros, es importante exigir y articular un procedimiento de evaluación de resultados, y es importante que ese sistema, necesariamente esté vinculado a una evaluación de la calidad que implique a los usuarios de los servicios.

El ya aludido marco de calidad para los servicios sociales de interés general en Europa tiene entre los principios que colaboran a conseguir dicha calidad el de gestión orientada a resultados y basada en evidencias y el de implicación de los usuarios, que conllevan que el sistema evaluador haya de contar con indicadores y control de satisfacción de personas usuarias, a través de encuestas o/y otros cauces de participación.

En el mismo sentido reclaman dicha evaluación las previsiones sobre calidad de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios sociales, y las previsiones sobre evaluación de los efectos de las normas del artículo 130 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En un primer apartado, se establecen las consecuencias de la evaluación: tanto respecto a la gestión del servicio (prorrogar o no el concierto y, si no se prorroga, mantener o no el concierto como sistema), como respecto a la entidad prestadora del mismo (a efectos de su valoración para procesos de selección para otros conciertos para el mismo o semejante servicio), como respecto a la propia normativa sobre conciertos, en la medida que la ejecución pondrá de manifiesto si los objetivos que persigue la misma se están consiguiendo o no y en qué medida y los motivos por los que se podrían conseguir en mayor medida.

En el segundo se describe cómo ha de ser la evaluación, exigiendo que haya unos referentes previos, como impone también el art. 4.1 in fine, no sólo constituidos por el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones dimanantes del concierto, sino por la consecución mayor o menor y mejor o peor de los objetivos de calidad establecidos, debiendo en cualquier caso, conforme al principio del art. 1.3 j), hacerse contando también con la participación de las personas usuarias del servicio.

En el tercero, se articulan comisiones paritarias para hacer un seguimiento de los conciertos en que quede garantizada la participación de las entidades que prestan el servicio y, por ello, que sirva para dar audiencia respecto a incumplimientos o valoración de la calidad con que se ha prestado o se está prestando el servicio.


Por último, junto a la preceptiva evaluación final, en los conciertos con una duración inicial o prorrogada por período de tres años, se exige una evaluación intermedia al cabo de año y medio del inicio de la prestación.

Régimen supletorio

Por seguridad jurídica, conviene que, para lo no previsto ni en la Ley Foral reguladora de esta forma de gestión ni en las condiciones que se aprueben para adjudicar servicios por esta fórmula, sean de aplicación para resolver dudas o lagunas los principios de la legislación foral de contratos públicos, en lo que no se oponga a las especialidades de ésta, al ser las relaciones con las entidades prestadoras de los servicios por concierto social de naturaleza contractual, aunque su selección y algunos aspectos de su régimen tengan una normativa propia con especificidades y salvedades respecto a la general para la contratación pública.

En Pamplona, a 5 de abril de 2017

EL JEFE DE LA SECCIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA


Nafarroako Gobernua
Gobierno de Navarra
Derechos Sociales / Eskubide Sozialak
Secretaría General Técnica
Idazkaritza Tekniko Nagusia
Sección de Régimen Jurídico de Atención
a la Dependencia
Mendokotasunaren Arretaren Auzitegi
Juridikoaren Atala


Ignacio Iriarte Aristu