Expediente: 73/2003
Objeto: Sobre adecuación al ordenamiento jurídico de los expedientes de contratación aprobados por Resoluciones 6690/2003, 6691/2003 y 6692/2003, de 10 de noviembre, del Director Gerente del Instituto Navarro de Bienestar Social para la celebración de conciertos para la ejecución de un programa de intervención familiar, investigación y valoración de casos de menores en dificultad social de gravedad elevada y la valoración e intervención terapéutica en casos de abuso sexual a menores, y gestión del Equipo Medio Abierto y del programa de educación para adolescentes, respectivamente.
Dictamen: 8/2004, de 9 de marzo

DICTAMEN

En Pamplona, a 9 de marzo de 2004,

el Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario, don Francisco Javier Martínez Chocarro, don Joaquín Salcedo Izu, don José María San Martín Sánchez, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo, Consejeros,

siendo ponente don Francisco Javier Martínez Chocarro,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación y tramitación de la consulta

El día 11 de diciembre de 2003 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito del Presidente del Parlamento de Navarra en el que solicita la emisión de dictamen sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de los expedientes de contratación aprobados por las Resoluciones 6690/2003, 6691/2003 y 6692/2003, de 10 de noviembre, del Director Gerente del Instituto Navarro de Bienestar Social.

El escrito del Presidente del Parlamento de Navarra contiene el texto del acuerdo de la Junta de Portavoces, adoptado en sesión de 10 de

diciembre de 2003, por el que se solicita al Consejo de Navarra la emisión del citado dictamen.

Además, se adjunta el escrito del Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua, por el que se propone la solicitud de dictamen de este Consejo junto con copia de la publicación de los expedientes objeto de concierto en el Boletín Oficial de Navarra, número 149 de 24 de noviembre de 2003, y de los Pliegos de cláusulas administrativas y condiciones técnicas de los mismos, previa la siguiente exposición:

"a) Las Administraciones Públicas de Navarra pueden establecer conciertos con entidades públicas y privadas *"titulares de Centros o servicios, siempre que se consideren necesarios para complementar las actividades o servicios en materia de Servicios Sociales que sean de su responsabilidad "* (art. 1 Ley Foral 20/1985), y dichos centros o servicios objeto de concertación deben *"haber obtenido el certificado de acreditación"* (art. 4), acreditación que se regula en el art. 8 de la misma Ley Foral y bajo la denominación de autorización en el Decreto Foral 209/1991, de 23 de mayo. El art. 16.4.c) de la Ley Foral 10/1998 define como una de las modalidades de contrato de gestión de servicios públicos la siguiente: *"Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate".* Por otro lado, el contrato de gestión de servicios públicos se define como aquel por el cual "*La Administración encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares".*

b) Pueden ser objeto de concierto, según el art. 3 Ley Foral 20/1985: *"a) La reserva o la ocupación de plazas residenciales. b) La prestación de servicios concretos y específicos de carácter asistencial. c) La gestión de Centros o servicios propios o promovidos por las Administraciones Públicas. d) La ejecución de programas cuyo carácter experimental o de especiales características hagan recomendable la*

gestión concertada. e) Otras de análoga naturaleza que sean precisas para completar las funciones de bienestar social de las Administraciones Públicas”.

En contraste con estas disposiciones, de la lectura de los pliegos de cláusulas administrativas antes citadas se deduce que la Administración, en este caso el Instituto Navarro de Bienestar Social, pretende contratar no con titulares de centros o servicios que ya vengan realizando prestaciones análogas a las del servicio público, sino con cualquier persona natural o jurídica, incluyendo uniones temporales de empresas o licitadores agrupados, que posea la capacidad general para contratar que marca la legislación de contratos. En ningún momento se exige tener en funcionamiento un centro o servicio, ni tampoco que dicho centro o servicio esté acreditado o autorizado. Tampoco parece que todos los servicios que se pretenden concertar puedan ser incluidos entre los enumerados en el art. 3 de la Ley Foral 20/1985.

La redacción de los citados pliegos de cláusulas administrativas sugiere que, en realidad, lo que se pretende formalizar no es un concierto sino otro tipo de contrato diferente, mucho más próximo al contrato de asistencia técnica que al de gestión de servicios públicos. Todo parece indicar que las funciones que se pretenden encomendar a los contratistas carecen de un contenido económico que hiciera posible su explotación por empresarios particulares. Al contrario, se desprende de los pliegos, tanto los de cláusulas administrativas particulares como los de prescripciones técnicas, que muchas de las actividades a desarrollar por los contratistas son funciones propias y específicas de la Administración Pública que forman parte de las potestades en que debe hacer ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, y que por lo tanto no pueden ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos (art. 16.1 de la Ley Foral 10/1998) ni de asistencia técnica (art. 21.2 de la misma norma). En particular, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone en su art. 17 que *“En situaciones de riesgos de cualquier índole que*

perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia".

Buena parte de las actividades que se atribuyen a los futuros contratistas de los supuestos conciertos entran de lleno en esta función de los poderes públicos, que sus funciones en muchos casos no se limitan al apoyo técnico de los órganos administrativos competentes, sino también en la adopción de decisiones sobre la forma de intervenir en el medio familiar de los menores, incluyendo hasta la firma de un "contrato" con las familias afectadas (apartado 8.2 del pliego de condiciones técnicos del "programa especializado de intervención familiar").

Estas circunstancias se ponen de manifiesto especialmente en el programa denominado "Equipo de medio abierto", en el se atribuye al futuro contratista la "ejecución de la medida de Libertad Vigilada" impuesta por el Juzgado de Menores competente (apartados 1 y 2 del pliego de condiciones técnicas). Según el art. 9 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, *"La medida de libertad vigilada deberá ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores, al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, conforme a lo establecido en el artículo 105.1 del vigente Código Penal";* el art. 45 de la misma ley dispone que *"1. La ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias*

firmes es competencia de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, con arreglo a la disposición final vigésima segunda de la Ley Orgánica1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Dichas entidades públicas llevarán a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley. 2. La ejecución de las medidas corresponderá a las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo siguiente. 3. Las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución". Es evidente que el contrato que se pretende no encaja en estas previsiones legales.

Asimismo, en el programa de "Valoración e intervención terapéutica en casos de abuso sexual a menores" las funciones que se atribuyen al futuro contratista (aparato 4 del pliego de condiciones técnicas) en cuanto a investigación sobre la comisión de abusos sexuales desbordan incluso las competencias propias del Instituto Navarro de Bienestar Social para invadir las propias de la Policía Judicial sobre averiguación de delitos".

I.2ª. Consulta

Se solicita dictamen facultativo del Consejo de Navarra acerca de la adecuación al ordenamiento jurídico de los expedientes de contratación del Instituto Navarro de Bienestar Social antes citados.

Esta consulta del Parlamento de Navarra ha sido promovida por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua, en los términos ya reseñados; a los que daremos respuesta teniendo en cuenta el contenido de su escrito, por otra parte bastante confuso en el planteamiento de los diferentes temas y sin explicitar los puntos objeto de su discrepancia.

Por otra parte, el Consejo de Navarra adoptó, con fecha 2 de febrero de 2004, el acuerdo de ampliar el plazo de emisión del presente dictamen, de conformidad con lo expuesto en el artículo 22 de la LFCN.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter del dictamen

El artículo 18 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora, LFCN), modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, establece que el Consejo de Navarra emitirá dictamen en cuantos asuntos se le sometan a consulta facultativa por acuerdo del Gobierno de Navarra, a través de su Presidente, por propia iniciativa o a instancia de entidades u organismos de Navarra sujetos a derecho público, o por el Parlamento de Navarra, a través de su Presidente, a instancia de la Junta de Portavoces, de la Mesa de la Cámara, de dos Grupos Parlamentarios o de una quinta parte de los Parlamentarios Forales.

Como ya se ha expuesto anteriormente, la emisión del presente dictamen ha sido solicitada por el Presidente del Parlamento de Navarra atendiendo al acuerdo adoptado por la Junta de Portavoces de dicho Parlamento, con fecha 10 de diciembre de 2003, a la vista del escrito presentado por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua, por lo que no previéndose excepción alguna a la obligación de emitir dictámenes por este Consejo en los supuestos señalados en el citado artículo 18 de la LFCN, resulta procedente, por aplicación del ya repetido precepto legal, la emisión del presente dictamen, si bien con carácter facultativo.

II.2ª. Legislación aplicable

Constituye el objeto de nuestro dictamen la adecuación al ordenamiento jurídico de las resoluciones citadas del Director Gerente del Instituto Navarro de Bienestar Social. Para ello la legislación fundamental de aplicación está constituida por las normas forales en materia de servicios sociales: en particular, por las Leyes Forales 14/1983, de 30 de enero, de Servicios Sociales (desde ahora, LFSS) y 20/1985, de 25 de octubre, de Conciertos con entidades públicas y privadas en materia de servicios sociales (en adelante, LFCSS) y, al tratarse el concierto de gestión de servicios públicos de una modalidad contractual, por la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra (desde ahora, LFCAP), que deroga la anterior en cuanto se oponga a esta. También debe tenerse en cuenta la Ley Foral 9/1990, de 13 de noviembre, sobre régimen de Autorizaciones, Infracciones y Sanciones en materia de servicios sociales (en lo sucesivo, LFAISSS).

La legislación del Estado en esta materia está referida al Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (desde ahora, TRLCAP). Éste se fundamenta en el título competencial estatal del artículo 149.1.18ª CE, por lo que buena parte de la misma tiene carácter básico en el sentido que esta expresión posee desde el punto de vista de la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de modo que algunos preceptos se imponen a la legislación autonómica y constituyen su límite; todo ello, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 49.1. d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 16 de agosto de 1982, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, (en adelante, LORAFNA).

El artículo 1º de la LFCSS, determina que las Administraciones públicas podrán establecer conciertos con entidades públicas y privadas, titulares de centros o servicios, siempre que se consideren necesarios para complementar las actividades o servicios en materia de servicios sociales. A su vez, el artículo 3.1 de dicho texto legal dice que serán objeto de concierto “a) La reserva o la ocupación de plazas residenciales. b) La prestación de

servicios concretos y específicos de carácter asistencial. c) La gestión de Centros o servicios propios o promovidos por las Administraciones Públicas. d) La ejecución de programas cuyo carácter experimental o de especiales características hagan recomendable la gestión concertada. e) Otras de análoga naturaleza que sean precisas para completar las funciones de bienestar social de las Administraciones Públicas”.

El artículo 16.1 de la LFCAP establece que “Son contratos de gestión de servicios públicos aquellos a través de los cuales la Administración encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”.

El artículo 16.4.c) de la LFCAP define como una de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos el "Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate". La modalidad de concierto se utilizará en aquellos supuestos en los que, para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público, convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares que tengan análogo contenido al del respectivo servicio. El contenido del contrato es la gestión, la actividad, según se determina en el artículo 16.5 de la LFCAP.

El objeto de la contratación es un servicio público, si bien no se trata tanto de clasificar una actividad como tal, sino de que las actividades que desarrolla una Administración en el marco de su competencia y para satisfacción del interés general se sometan a la disciplina que mejor pueda proteger y servir ese interés general o público.

Ahora bien, un servicio público para ser susceptible de contratación requiere: a) un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares. Es decir, que su prestación por la Administración misma no sea neutra para el gasto público, siendo la valoración económica posible y real, con objeto de servir de base para la fijación de la

contraprestación que obtendrá el contratista; b) que la Administración contratante sea la competente para el servicio que se contrata ya que las competencias administrativas son necesarias e irrenunciables según el artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC); y c) que no implique ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

La Administración no se desentiende de la ejecución del contrato, cuyo objeto es materia de su competencia, necesaria e irrenunciable, sino que conserva los denominados poderes de policía que tienen manifestación expresa en los artículos 155.3 y 161.b) del TRLCAP y que pueden revestir modalidades de distinta intensidad: supervisión, exigencia de daciones de cuenta, inspección de las actividades en que consisten los servicios o instalaciones de los mismos, etc.

Por otra parte, el artículo 21 de la LFCAP define el contrato de asistencia como aquel que tenga por objeto la prestación de cualquiera servicios a la Administración. El TRLCAP en su artículo 196 delimita el concepto del contrato de asistencia y servicios.

A tenor de los artículos 44.17 y 18 de la LORAFNA, Navarra tiene competencia exclusiva en materia de asistencia social y en materia de política infantil, juvenil y de la tercera edad. La LFSS en su artículo 1 atribuye al Gobierno de Navarra la competencia en materia de servicios sociales y de los servicios y actuaciones sociales que tienen por objeto fomentar al máximo posible el desarrollo del bienestar social de los ciudadanos. Este mismo texto legal determina que la iniciativa privada podrá colaborar en la prestación de los servicios sociales dentro del marco definido por la Administración (artículo 2.a). En el artículo 3 se regulan las áreas de actuación en la infancia y juventud, tercera edad, minusvalías, y reinserción social y actuaciones especiales. El ejercicio de las medidas jurídicas y administrativas que aporten y garanticen la aplicación de la LFSS corresponden básicamente al Gobierno de Navarra y a los Ayuntamientos. Y se atribuye al Gobierno de Navarra [artículo 5.g) de la LFSS] crear y gestionar a través del Instituto Navarro de Bienestar Social los servicios y

competencias que se le encomienden al mismo, incluida la política de conciertos y apoyo a la iniciativa privada.

II.3ª. Sobre los expedientes objeto de concierto

A) Expediente para la celebración de un concierto para la ejecución de un "Programa de Intervención Familiar" (Resolución número 6690/2003)

El programa de intervención familiar es un recurso, según los Pliegos de cláusulas administrativas y condiciones técnicas, que tiene por objeto la presencia en la familia de un educador familiar para ayudar a los padres a ser más eficaces en las interacciones con los hijos demostrando las capacidades y habilidades necesarias para la atención y cuidado de los niños y el manejo apropiado de la conducta de los mismos y evitar el desarraigo del menor de su medio familiar.

El programa tiene como destinatarios a familias en crisis con hijos menores de edad cuyo bienestar físico y/o psíquico se encuentra en riesgo, familias con importantes problemas de salud mental que las incapacita para atender correctamente a los hijos; familias con déficits intelectuales que necesitan apoyo durante el desarrollo de los hijos, y familias con expediente abierto por desprotección.

Los Pliegos de cláusulas administrativas y condiciones técnicas exigen la capacidad general para contratar con la Administración y, además, explícitamente que "los Estatutos de los licitadores deberán establecer como objeto social la prestación o gestión de Servicios Sociales" con relación al concepto que de los mismos se establece en la LFSS.

Por otra parte, dentro de la solvencia económica y financiera y técnica requerida con carácter general, específicamente deberán acreditarse dos años de experiencia en el programa objeto del concurso por parte de la entidad y/o de cada uno de los componentes del equipo.

La prestación del servicio, aparte de las obligaciones generales de sujeción a los Pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, los

adjudicatarios “deberán admitir en el disfrute de las prestaciones del servicio, a toda persona remitida por la Administración” (cláusula 3.3.2), organizar el servicio “sin perjuicio de los poderes de policía que conserva la Administración para asegurar la buena gestión del servicio” (cláusula 3.3.3); y que la adquisición y pérdida de la condición de usuario se efectuará por la Administración, quien también se reserva el diagnóstico de la situación familiar previa a la intervención del programa y las funciones propias de la inspección para comprobar el funcionamiento del servicio (cláusulas 3.5 y 3.12 respectivamente).

El precio aparece concretado en una cantidad anual por la previsión de las horas anuales de intervención (cláusulas 3.1 y 4 de los Pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, respectivamente).

B) Expediente para la celebración de los conciertos para la “Investigación y valoración de casos de menores en dificultad social de gravedad elevada” y la “Valoración e intervención terapéutica en casos de abuso sexual a menores” (resolución número 6691/2003)

La documentación aportada para estos dos programas consta de un único Pliego de cláusulas administrativas particulares y dos de condiciones técnicas, uno para cada programa.

El objeto del contrato para “la investigación, valoración e intervención terapéutica en casos de abuso sexual a menores” está previsto para aquellos casos derivados por la Sección de Infancia y Juventud del Instituto Navarro de Bienestar Social, en los que se haya producido la revelación o sospecha de la existencia de tal abuso.

Se autoriza a los adjudicatarios, en la fase investigación a recoger la información, entrevistas con miembros de la familia (individuales o colectivas), visitas al domicilio, etc., aplicación y valoración de las pruebas para confirmar el abuso sexual, elaboración de informes y asistencia a comparecencias y juicios en los que el equipo sea requerido. En la fase de intervención, aplicación de la terapia individual o familiar con una frecuencia

semanal y de hora y media de duración y realización de informes cada seis meses sobre la evolución y propuesta de finalización.

Se establece el procedimiento para la derivación de los casos a criterio de la Sección de Infancia y Juventud del Instituto Navarro de Bienestar Social, con determinación de los tiempos de intervención, duración e interrupción del proceso y la coordinación técnica a cargo de la Sección de Infancia y Juventud. La toma de decisiones relativas a la aplicación de recursos, intervenciones de tipo judicial o policial, medidas de protección, etc. deberán ser refrendadas por la Comisión de Evaluación de la Sección de Infancia y Juventud. E igualmente, la Sección de Infancia y Juventud realizará el control y seguimiento del servicio contratado.

Es objeto del programa de investigación y valoración de casos de menores en dificultad social de gravedad elevada el apoyo y refuerzo de la labor que realiza la Sección de Infancia y Juventud dado el incremento del número de casos a fin de que las valoraciones se lleven el menor tiempo posible. Se establecen los casos en que puedan encontrarse las familias objeto de intervención por situaciones de maltrato físico y/o emocional y problemas graves de convivencia surgidos en la adolescencia. Así mismo, se determinan los objetivos de investigación y valoración y propuesta de un plan de intervención y las funciones a realizar, la composición del equipo por titulados en psicología y trabajo o educador social. La Sección de Infancia y Juventud determina los casos susceptibles de ser derivados, los tiempos de inicio, terminación e interrupción de la valoración. Se establece la confidencialidad y custodia de documentos. Al igual que en el anterior programa, las decisiones relativas a la aplicación de los recursos, intervenciones de tipo judicial o policial y medidas de protección serán refrendadas por la Comisión de Valoración de la Sección de Infancia y Juventud, así como el control y seguimiento del servicio.

Se destacan como aspectos fundamentales de estos dos programas, a los efectos del presente dictamen, los siguientes: la capacidad para contratar es la general exigida para contratar con la Administración y la específica de que los estatutos de los licitadores deberán establecer como objeto social la

prestación o gestión de servicios sociales con la amplitud que tal concepto establece la LFSS.

La prestación del servicio, aparte de la obligación general de sujeción a los Pliegos de cláusulas administrativas y técnicas, los adjudicatarios "deberán obedecer las órdenes e instrucciones que, por escrito, les sean dictadas por el personal del Instituto Navarro de Bienestar Social designado para el seguimiento de los trabajos", la Administración ejercerá el control de los trabajos, y el adjudicatario queda obligado a aportar el equipo, los medios auxiliares, local y personal, que tendrá título facultativo o profesional adecuado a su cometido.

Se determina también en dichos Pliegos, que tratándose de un servicio tan sensible, la propiedad de la documentación y trabajos en favor de la Administración y se asegura una cláusula específica de seguridad y confidencialidad y de información reservada.

El precio se fija por caso atendido y valorado con un presupuesto máximo si bien el abono será proporcional a la actividad desarrollada en cada caso. También se prevé la posibilidad de pago de gastos extraordinarios e imprevisibles y suficientemente razonados al margen del precio presupuestado.

C) Expediente para la celebración de un concierto para la gestión del "Equipo Medio Abierto" y del "Programa de Educación de Adolescentes" (Resolución 6692/2003)

El recurso del "Equipo Medio Abierto", destinado a menores de 14 a 18 años, tiene por objeto la ejecución de la medida de libertad vigilada, y el seguimiento y supervisión de las medidas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, asistencia al centro de día, tratamiento ambulatorio de carácter psicológico o psiquiátrico como desintoxicación, tareas socioeducativas, convivencia con persona, familia o grupo educativo y permanencia de fin de semana en el domicilio, que los Juzgados de Menores les haya impuesto por la comisión de alguna falta o delito en aplicación de la

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor.

El programa “Educación para Adolescentes” tiene por objeto la presencia de un educador familiar para ayudar a los padres a ser más eficaces en las interacciones con sus hijos en esta etapa especialmente difícil de la adolescencia para prevenir y/o tratar en el entorno sociofamiliar del adolescente en familias en crisis, con problemas conductuales, monoparentales con una importante carencia del referente para el adolescente del mismo sexo, adolescentes con importantes déficits para integrarse en la sociedad y menores en proceso de desinstitucionalización, como paso intermedio entre el centro de internamiento y la familia. Y, en definitiva, para evitar actuaciones que favorezcan la desintegración de los vínculos familiares y la inhibición de la familia respecto de los menores o jóvenes en situaciones familiares carenciales.

Al igual que en el resto de programas, se establece en el Pliego de cláusulas administrativas las condiciones generales de la contratación como legislación aplicable (cláusula 1.2), plazos, procedimiento y presupuesto (cláusula 1.3), la capacidad general para contratar con la Administración (cláusula 2.1), proceso de adjudicación y documentación a presentar, entre la que destaca la exigencia de que en el objeto social de los estatutos de los licitadores deberá recogerse la prestación de servicios sociales, la solvencia económica y técnica, entre la que destaca la acreditación suficiente de la experiencia de, al menos dos años, en los programas objeto del concurso, parte de la entidad o de cada uno de los componentes del equipo (cláusula 2.2), la ejecución del concierto, precio, modificación, revisión y actualización, riesgo y ventura del contratista (cláusula 3.1 y 2), etc. En la prestación del servicio el contratista viene obligado a admitir en las prestaciones a toda persona remitida por la Administración y gestionar adecuadamente con sujeción a los Pliegos de cláusulas administrativas y técnicas sin perjuicio de los poderes de policía que conserva la Administración para asegurar la buena gestión del servicio (cláusula 3.3).

El precio de ambos programas se establece por una estimación anual en función de los casos previstos a atender y las horas de intervención.

La designación de los usuarios, altas, bajas y otras incidencias se efectuará por resolución del Instituto Navarro de Bienestar Social. Así mismo la Administración se reserva las funciones propias de inspección (cláusulas 3.5 y12).

La Sección de Infancia y Juventud pone a disposición del Equipo Medio Abierto los recursos del anexo I, que describe los convenios y entidades con los que se está colaborando (Capuchinos Terciarios, Cruz Roja, Sin Fronteras, Proyecto Hombre, Centro Ilundain, etc.).

El programa de cumplimiento de la medida se envía a la Sección de Infancia y Juventud para su remisión al Juzgado de Menores.

II.4ª. Sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de los expedientes objeto de concierto

a) Consideración general

Como se ha indicado, la ley permite que las actividades administrativas sean desarrolladas por la iniciativa privada, al señalar que cuando la encomienda de gestión sea a través de empresas privadas debe llevarse a cabo mediante los sistemas y reglas de contratación administrativa (artículo 15.5 en relación con el 2.2 de la LRJ-PAC).

La delimitación acerca de si el encuadre más propio de alguna de las actividades objeto de concertación es el contrato de asistencia en lugar del contrato de gestión, que también se suscita en los antecedentes de la consulta, es un problema de calificación jurídica que resulta indiferente a los efectos del presente dictamen.

De acuerdo con el artículo 5.2.a) del TRLCAP, los contratos que tienen por objeto directo la gestión de servicios públicos ostentan el carácter de contratos administrativos, en cuya condición se rigen, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por las normas de la propia

legislación de contratos de las Administraciones públicas, a las que habrán de unirse las disposiciones especiales que regulen el concreto servicio de que se trate que en el supuesto que nos ocupa es la normativa sobre servicios sociales y por los Pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, supletoriamente, por las restantes normas del Derecho administrativo, aplicándose en defecto de éstas las del Derecho privado (artículos 7.1 y 155.1 del TRLCAP).

Con arreglo al artículo 3.1 de la LFCSS serán objeto de concierto “a) La reserva o la ocupación de plazas residenciales. b) La prestación de servicios concretos y específicos de carácter asistencial. c) La gestión de Centros o servicios propios o promovidos por las Administraciones Públicas. d) La ejecución de programas cuyo carácter experimental o de especiales características hagan recomendable la gestión concertada. e) Otras de análoga naturaleza que sean precisas para completar las funciones de bienestar social de las Administraciones Públicas”.

Desde esta perspectiva general puede afirmarse que los servicios objeto de concertación por las resoluciones del Director Gerente del Instituto Navarro de Bienestar Social sometidas a nuestro dictamen son susceptibles de gestión indirecta por personas privadas mediante un contrato de gestión de servicios públicos o de asistencia.

b) Consideraciones particulares

Los expedientes objeto del concierto constituyen un contrato administrativo de gestión de un servicio público y/o de asistencia de carácter social, mediante el cual la Administración encomienda la gestión de varios servicios públicos. La doctrina, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia TS 27 de enero de 1992) consideran generalmente que no es correcto hablar de una categoría contractual, la gestión, que se manifiesta en distintas modalidades, sino de una técnica de gestión que se concreta en diferentes contratos, que poco tienen que ver unos con otros, además de su objeto.

Indudablemente, los servicios públicos a concertar pueden subsumirse tanto por su contenido como por su finalidad entre los que el artículo 3.1 de la LFCSS, citado, establece como objeto de contrato. En algunos programas se trata de la gestión de servicios propios de las Administraciones públicas, en otros de la ejecución de programas de especiales características, y en otros porque participan de la naturaleza propia de lo que se entiende por servicio social.

Todos los servicios contratados, tienen el carácter o condición de servicios, interés o finalidad públicos en el sentido de prestaciones, cuya competencia es atribuible a la Administración. La transferencia del ejercicio de esta competencia es traslación de la gestión pero no de la competencia o titularidad propiamente dicha que queda en manos de la Administración a través de la reserva de sus facultades de control, inspección y policía.

Por tanto, no se está haciendo dejación del ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, en cuanto titular de la competencia, y la misma queda atribuida a la Administración dentro de sus facultades de control reservadas. En todo caso, el Gobierno de Navarra es titular de la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria en esta materia de servicios sociales (artículo 5 de la LFSS); e igualmente, ostenta las funciones de crear y gestionar los servicios y competencias encomendados al Instituto Navarro de Bienestar Social, incluida la política de conciertos y apoyo a la iniciativa privada [artículo 5-g) de la LFSS].

En todos los programas objeto de concierto, además de la capacidad general para contratar con la Administración, se reitera la exigencia de que los contratistas tengan que acreditar, bien como entidad bien a título individual los profesionales componentes del equipo, la experiencia mínima de dos años en trabajos o servicios iguales a los que son objeto del concierto. También se requiere que el objeto social de dichos contratistas contemple de forma expresa como actividad el desarrollo o prestación de servicios sociales. Requisitos todos ellos que avalan y cumplen con la exigencia legal de que los contratistas privados vengan dedicándose con

anterioridad a la realización de servicios sociales de la misma naturaleza que los servicios objeto de concierto.

Se cumple pues, el requisito de acreditación de la capacidad de contratar con la Administración específica para el concierto de gestión de servicios públicos en cumplimiento del artículo 16-4-c) de la LFCAP por lo que no puede objetarse tacha de legalidad en estos aspectos.

El disponer de centro en funcionamiento o locales, dada la naturaleza de los servicios a prestar, de carácter individual, trato personalizado y de actividad puramente intelectual que no requieren internamiento, no resulta relevante para los supuestos contemplados.

Así mismo, en todos los programas se determina el precio de contratación, el cual viene establecido por el presupuesto o previsión de coste que dicho servicio tendría para la Administración. Cabe por tanto concluir que el contenido económico de los conciertos es real ya que la prestación de los mismos no es neutra para la Administración sino que supone un gasto específico, fundamentalmente de personal técnico titulado y especializado, el desarrollo de tal actividad. Y ese coste o gasto de la Administración es el que se traslada a los contratistas como precio del concierto.

Un análisis particular merece el programa de gestionar las penas o medidas correctivas y reeducadoras adoptadas por los juzgados de menores por las faltas o delitos a que fueren condenados.

No obstante, la gestión de las diversas medidas que pueden imponer los tribunales (libertad vigilada, servicios en beneficio de la comunidad, asistencia a centro de día, asistencia a centros especializados previamente autorizados, etc.) constituyen el ejercicio de una actividad complementaria y accesoria a la titularidad del servicio público. Lo que se encomienda es la gestión del cumplimiento de dichas medidas bajo la superior supervisión y control por la Administración, sin que ello afecte a la titularidad del servicio público o actividad administrativa inherente a las competencias de la Administración. El núcleo fundamental de este servicio público lo constituye

el ejercicio de autoridad que compete a la Administración para que las resoluciones judiciales se cumplan, para lo cual se reserva las funciones de inspección y control y no la encomienda o gestión de las determinaciones prácticas del ejercicio de dicha actividad.

En la práctica y para llevar a cabo el cumplimiento de programas de medidas de libertad vigilada y otras medidas de cumplimiento abierto de penas, en el ámbito de los adultos, la gestión del servicio está cedida en alguna Comunidad Autónoma al sector privado, sin que ello haya supuesto reparo alguno de legalidad. Por otra parte, la ejecución de las denominadas medidas alternativas para los menores viene abriéndose hueco en los ámbitos oficiales de la administración de justicia penitenciaria a través de las asociaciones sociales de iniciativa privada. En todo caso, debe incidirse en que lo que se transfiere es la gestión o ejercicio de la actividad no de la titularidad del servicio.

El artículo 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, en relación con la medida de libertad vigilada, establece: “3. Las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución”.

En consonancia con dicha previsión normativa es evidente que la contratación de la gestión para la ejecución de dicha medida tiene encaje en dicha previsión legal y tampoco puede objetársele tacha de legalidad.

III. CONCLUSIÓN

Los expedientes de contratación aprobados por las Resoluciones 6690/2003, 6691/2003 y 6692/2003, de 10 de noviembre, del Director Gerente del Instituto Navarro de Bienestar Social para la celebración de conciertos para la ejecución de un programa de intervención familiar,

investigación y valoración de casos de menores en dificultad social de gravedad elevada y la valoración e intervención terapéutica en casos de abuso sexual a menores, y gestión del Equipo Medio Abierto y del programa de educación para adolescentes se consideran adecuados al ordenamiento jurídico.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.