

INFORME 2/1992, de 20 de julio, sobre el régimen de los conciertos sanitarios del Servicio Andaluz de Salud.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 25 de junio de 1992 tiene entrada en la Consejería de Economía y Hacienda solicitud de informe sobre los conciertos sanitarios emitido por el Director de la Gerencia Provincial en Sevilla del Servicio Andaluz de Salud, en calidad de Presidente de la Mesa de contratación.

Del análisis de la misma se extraen las tres cuestiones recogidas en la conclusión que pasamos a reproducir literalmente, omitiendo las fundamentaciones previas sin perjuicio de que hagamos referencia a algunas en el contenido del informe.

"1. Si la Ley de Contratos del Estado y sus normas de desarrollo es de aplicación directa o subsidiaria a los conciertos sanitarios, dado el mandato contenido en el artículo 90 de la Ley 14/1985, de 25 de abril, General de Sanidad, que promueve que las Administraciones Públicas fijarán los requisitos y las condiciones mínimas de los conciertos, como hace en el ámbito de la Comunidad de Andalucía la Circular 26/1986; teniendo además, en cuenta que la aplicación de la Ley de Contratos del Estado (en adelante L.C.E.) a las entidades sanitarias lo fueron por una Ley de Presupuestos sobre cuya vigencia negativa, se ha pronunciado esa Comisión en base a una Sentencia del Tribunal Constitucional.

2. Si en el supuesto de la prevalencia de la L.C.E., en virtud de la peculiaridad intrínseca del concierto sanitario o la oportunidad del momento, se puede contratar al amparo de la Circular 26/1986 mediante adjudicación directa, por aplicación del artículo 231.1; sin perjuicio que se utilice el concurso público en el momento que sea de interés para la Administración por existir clínicas disponibles y capacitadas.

3. Si en todos los contratos de gestión de servicios públicos debe fijarse unas cláusulas de explotación determinantes de gastos y beneficios que permitan una cuenta de resultados o si, al no ser necesaria esa cuenta de resultados para la Administración, sólo debe fijarse un P.C.A.P. y T.."

II. INFORME

Previamente al estudio de las cuestiones de fondo planteadas, ha de reseñarse la circunstancia de que la solicitud de informe cursada viene firmada por el Director de la Gerencia Provincial de Sevilla del Servicio Andaluz de Salud. La admisibilidad de la consulta ha de ser considerada a la vista de la disposición reguladora de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, el Decreto 54/1987, de 25 de febrero, cuyo artículo 10 establece que la emisión de informes será instada en el ámbito de la Administración a petición de las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías, de la Intervención General y de los Presidentes de los Organismos Autónomos. Por tanto, en el presente supuesto debería haberse formulado la consulta por el último órgano citado, sin perjuicio de que esta falta de legitimación no obste para que la Comisión manifieste su criterio sobre las consultas formuladas.

1. Efectivamente, tal como afirma la consulta, la asistencia sanitaria prestada con medios ajenos por el Servicio Andaluz de Salud a través del concierto se trata de una modalidad del contrato de gestión de servicios prevista en la legislación sanitaria.

Partiendo de la definición de concierto recogida en el artículo 66 de la Ley de Contratos del Estado como el contrato celebrado "con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate", resulta evidente que el concierto para la prestación de asistencia sanitaria, en cualquiera de sus aspectos en atención a la prestación contractual, tiene el carácter de contrato de gestión de servicios públicos, cuyos destinatarios serán los beneficiarios de la Seguridad Social.

Tal calificación referida a la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos comporta la aplicación de un régimen de derecho público en la contratación, con las consecuencias previstas en la legislación de contratos administrativos.

Así, en la parte general de la Ley de Contratos del Estado el precepto 4º en su apartado 1º contiene las reglas referidas al régimen jurídico de los contratos que celebre la Administración cuyo objeto directo sea la gestión de servicios públicos del Estado, que tendrán el carácter de administrativo y su preparación, adjudicación, efectos y extinción se regirán por la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias, y, supletoriamente, por las restantes normas del Derecho Administrativo, siendo, en defecto de este último, de aplicación las normas del Derecho Privado.

Dentro de la normativa especial, encabezando el título II de la Ley, el artículo 62 define el contrato de gestión de servicios como aquél mediante el cual el Estado encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio, regulándose por la Ley de Contratos del Estado y por las disposiciones especiales del respectivo servicio en cuanto no se opongan a aquélla.

A la vista de estas consideraciones previas, la normativa aplicable a los conciertos de asistencia sanitaria

habrá que buscarla, además de en la propia legislación de contratos administrativos, que es de aplicación directa y preferente, en la normativa reguladora del servicio sanitario. En esta última, dos únicos preceptos con rango legal se refieren a los conciertos, a saber el artículo 209 de la Ley General de Seguridad Social y el artículo 90 de la Ley General de Sanidad, cuyo contenido es el servir genéricamente de habilitación del régimen de los conciertos, los cuales se regulan mediante instrucciones y circulares internas de la Administración, tales como la Resolución de la Secretaría de Estado para la Sanidad, de 1 de abril de 1980, y la Circular 26/1986 de la Consejería de Salud, referida al procedimiento administrativo para la concertación de servicios sanitarios o asistenciales con medios ajenos, que especifica las fases en la tramitación de los expedientes, sin mención alguna a los sistemas de selección de los centros en calidad de empresas a concertar para prestar servicios sanitarios, entre los que se incluye la hemodiálisis.

Como argumento adicional del carácter administrativo del contrato hay que atender a la naturaleza del órgano de contratación; siendo el Servicio Andaluz de Salud un organismo autónomo dependiente de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía como persona jurídica pública encargada de la gestión y administración de los servicios públicos de atención a la salud dependientes de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el objeto del contrato se encuentra, por tanto, dentro del giro o tráfico característico del S.A.S.

A efectos de contratación pública, el Reglamento General de Contratos del Estado distingue entre Organismos Autónomos regulados por la Ley de 26 de diciembre de 1958 y Entidades Gestoras de la Seguridad Social que se encuentran exentas de la normativa de la expresada Ley. Tal diferenciación en cuanto al régimen jurídico de la contratación administrativa, no obsta para que exista una similitud sustancial entre Organismos Autónomos y Entidades Gestoras de la Seguridad Social, respondiendo una u otra calificación a un voluntarismo normativo y no a una diferencia por naturaleza, ya que son formas públicas de personificación y, en consecuencia, poseen un núcleo irreductible de normas de Derecho público entre las cuales se encuentran las de contratación administrativa.

La regulación de contratos del Estado en la disposición transitoria 1ª del Reglamento General aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, preveía el establecimiento de un régimen jurídico específico para las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, de que aquella legislación tenía carácter supletorio. Tales especialidades fueron recogidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1985 y 1986, y por último en la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, cuyo artículo 13 sometía su régimen de contratación a lo dispuesto en la legislación sobre contratación administrativa con ciertas especialidades, justificadas por la naturaleza, organización y funciones de estas Entidades. Estas disposiciones incluidas en las Leyes de Presupuestos vienen a establecer para cada ejercicio las especialidades previstas en las leyes materiales, mas no todo precepto inserto en esta norma temporal, generalmente de vigencia anual, una vez transcurrido dicho plazo legal se entenderá que ha perdido vigencia, sino que habrá de atenerse a la naturaleza de la regulación. De acuerdo con el artículo 83 de la Ley 50/1984 de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, desde la fecha de entrada en vigor de la misma dispone la sujeción al régimen de contratación público de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, desarrollado reglamentariamente este régimen de contratación mediante Orden de 9 de septiembre de 1985 en ejecución del mandato contenido en el artículo 43.5 de la Ley General de Seguridad Social.

Sin embargo, a los Organismos autónomos regulados por la Ley 26 de diciembre de 1958 es de aplicación directa la L.C.E. en lo referente a los contratos típicos, salvo las normas especiales recogidas en el Libro IV del Reglamento, según sometimiento recogido en la propia Ley, en concreto en la Disposición Final 2ª y en el artículo 388 de su Reglamento de aplicación. En cambio, a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y los Organismos Autónomos exentos de la Ley de 26 de diciembre de 1958 se aplica supletoriamente ésta en defecto de normas administrativas especiales o de las que puedan dictarse sobre el régimen jurídico de la empresa pública.

2. Considerando que la gestión indirecta, mediante contrato, de servicios públicos a través de la modalidad del concierto es una fórmula de emergencia de duración limitada, que se fundamenta en que una persona presta ya servicios análogos a los objetos de contratación, ésta ha de respetar plenamente los sistemas de adjudicación previstos en la Ley. En su artículo 69 se dispone que el procedimiento ordinario de adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos es el concurso, cualquiera que sea la modalidad de contratación conforme especifica su desarrollo reglamentario en el artículo 212, estableciendo que la contratación directa sólo podrá tener lugar en los supuestos excepcionales que enumera, entre los cuales figura en el apartado 1º:

"Aquellos servicios respecto de los cuales no sea posible promover la concurrencia en la oferta o en que, por circunstancias excepcionales, que habrán de justificarse en el expediente, no convenga promoverla."

Concretamente, la cláusula quinta del pliego de explotación para la concertación del tratamiento de hemodiálisis en centro periférico con personal sanitario del Servicio Andaluz de Salud contiene una remisión en la forma de adjudicación de conformidad con los requisitos establecidos en la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento, estableciéndose que se realizará mediante adjudicación directa, justificada por la circunstancia de que los centros a concertar reúnan los requisitos exigidos.

La justificación y autorización de este supuesto de adjudicación directa para cubrir los servicios de hemodiálisis corresponde al órgano de contratación, por lo que en la presente cuestión la Comisión no entra a valorar sobre si resulta posible la contratación directa sobre la base de las peculiaridades intrínsecas de la prestación o razones de oportunidad facultan adjudicar directamente como procedimiento

adecuado y correcto; por el contrario, manifestar que habrá de adoptarse este sistema transitoriamente motivado por la carencia de medios materiales para salvaguardar la continuidad de la prestación, es decir, con una duración limitada para atender necesidades apremiantes, por su carácter excepcional frente al concurso público.

En cualquier caso la Administración habrá de tener muy en cuenta el interés público en la licitación pública al contratar la actividad privada de los centros sanitarios homologados que tengan análogo contenido, para que la adjudicación directa sólo opere en los supuestos excepcionales previstos legalmente en aras a que el procedimiento de selección del contratista se rijan por los requisitos fundamentales de publicidad y concurrencia.

3. Por último, a fin de guardar la debida correspondencia conceptual con la legislación sobre contratación administrativa, habrá de utilizarse la expresión "pliego de explotación" para designar al documento que recoja el conjunto de aspectos jurídicos, económicos y administrativos a que habrán de acomodarse los contratos de gestión de servicios públicos.

Concretamente, el artículo 68 de la L.C.E. se refiere a los pliegos de cláusulas de explotación, mencionándose los puntos que debe contemplar en el artículo 211 del Reglamento, a diferencia del régimen jurídico básico del servicio ordenado en el artículo 197 del Reglamento. Finalmente, hay que tener presente que sólo el contenido económico del servicio público es presupuesto necesario para que sea susceptible de explotación y dentro de esta categoría general, en las concesiones el factor financiero es esencial, a diferencia del concierto.

III. CONCLUSIÓN

1.- En los conciertos sanitarios del Servicio Andaluz de Salud para la prestación de servicios de hemodiálisis es de aplicación directa y preferente la Ley de Contratos del Estado y demás legislación que la desarrolla, especialmente en cuanto a las reglas para la selección de las empresas sanitarias a concertar, tanto por la propia definición de esta modalidad indirecta de gestión como por encontrarse el objeto del contrato dentro del giro o tráfico característico de este Organismo Autónomo administrativo.

2.- Consecuentemente, los sistemas de adjudicación son los recogidos en la L.C.E., con la primacía del concurso cualquiera que sea la modalidad de gestión indirecta. La Comisión no entra a valorar si en el presente expediente de contratación la adjudicación directa es el procedimiento adecuado por ser una competencia atribuida al órgano de contratación, mas para que esté justificado no promover la concurrencia habrá de apreciarse motivadamente las circunstancias que lo justifiquen en cada contratación en particular.

3.- En la modalidad del concierto para la contratación de servicios de hemodiálisis, la denominación del pliego será la "de pliego de explotación" en orden a guardar la debida correspondencia con el artículo 68 de la Ley de Contratos del Estado, que lo define como el documento que comprende los aspectos jurídicos, económicos y administrativos que rigen el servicio.