

INFORME 4/1996, de 23 de julio, sobre la naturaleza jurídica de los contratos que celebre el Servicio Andaluz de Salud para la realización de determinaciones analíticas en muestras biológicas de procedencia humana.

I. ANTECEDENTES

1.- La Comisión Consultiva de Contratación Administrativa ha recibido consulta formulada por el Interventor Central del Servicio Andaluz de Salud, de fecha 13 de febrero 1996, que literalmente dice lo siguiente:

"Se han planteado en esta Intervención Central dudas acerca de la naturaleza jurídica de un contrato que se suscribiese entre la Administración de la Junta de Andalucía y una empresa privada para la realización de determinaciones analíticas solicitadas por los Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud, dado que el citado organismo ha aprobado recientemente un pliego tipo de cláusulas de explotación para la contratación de la gestión indirecta del servicio público para determinaciones analíticas mediante concierto, que configura estas prestaciones como gestión de servicio público, y frente al cual, en su momento, opuso esta Intervención la resolución (que junto al citado pliego se acompaña), que en su día dictó ante la discrepancia del órgano de gestión frente a reparo interpuesto por la Intervención Provincial de Sevilla a una propuesta de gasto de idéntico contenido, que se tramitaba como expediente de gestión de servicio, y que esta Intervención consideró entonces que se trataba de un contrato de asistencia técnica.

A la vista del contenido del pliego, y basada en las consideraciones de la resolución de discrepancia en cuestión, mantiene este centro fiscal que el contrato pretendido no es en modo alguno un contrato de gestión de servicio público, sino un contrato de servicios, o de consultoría y asistencia técnica. Dada la distinta regulación de ambos contratos, y las repercusiones lógicas de su configuración jurídica, se solicita el parecer de esa Junta Consultiva acerca del particular".

Con el citado escrito se adjunta la siguiente documentación:

- Resolución de expediente de discrepancia, instruido a instancia del Director Gerente del Hospital de la Merced de Osuna (Sevilla), sobre el expediente de convalidación de gastos referente a la contratación para la realización de determinaciones analíticas especiales, que es calificado como contrato de asistencia técnica y no de gestión de servicios no concertados.

- Resolución, de 15 de enero de 1.996, del Servicio Andaluz de Salud, por la que se aprueba el pliego de cláusulas de explotación modelo tipo para la contratación de la gestión indirecta del servicio público para determinaciones analíticas mediante concierto, objeto de esta consulta.

2.- Con fecha 21 de febrero de 1996 la Secretaría General de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 del Decreto 54/1987, de 25 de febrero por el que se crea este Órgano, solicita al Director Gerente del S.A.S., los antecedentes sobre el asunto, así como la documentación relativa a la memoria justificativa de la contratación y el informe jurídico dictado sobre el pliego tipo de cláusulas de explotación ya mencionado.

3.- A la anterior solicitud, remite escrito el Director Gerente del S.A.S. en el que indica la inexistencia de memoria justificativa "ya que los actos administrativos realizados son la publicación de los pliegos tipos", aportando el informe jurídico solicitado, además del resto de la documentación que ya obraba en poder de esta Comisión.

II. INFORME

1.- Antes de entrar en el fondo de la cuestión suscitada, lo primero que ha de resolverse es si tiene legitimación el Interventor Central del Servicio Andaluz de Salud para solicitar informe a esta Comisión Consultiva. En este sentido, el artículo 10 del Decreto 54/1987, de 25 de febrero, por el que se crea la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa establece que "la Comisión emitirá sus Informes a petición de los Secretarios Generales Técnicos de las Consejerías, de la Intervención General y de los Presidentes de los Organismos Autónomos". Por tanto, la Intervención Central del S.A.S carece de competencia, salvo que ésta le haya sido delegada, para solicitar informe directamente a esta Comisión Consultiva, pues ese órgano, de acuerdo con la estructura orgánica de la Intervención, regulada por el Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, debería haberse dirigido a la Intervención General con el fin de interesar a ésta la solicitud del informe, o elevarla a la *Presidencia del Organismo Autónomo por corresponderle dicho expediente. No obstante, por los principios de economía procesal, de celeridad y de *antiformalidad que rigen, con carácter general, los procedimientos administrativos, y máxime cuando estos tienen carácter de internos, esta Comisión Consultiva considera acceder a la petición de informe y entrar en el fondo del asunto.

2.- La cuestión que se plantea consiste en determinar la naturaleza jurídica de los contratos que pueda celebrar el Servicios Andaluz de Salud para la determinación analítica de muestras biológicas solicitadas por sus Centros e Instituciones, y que este Organismo Autónomo califica como de gestión indirecta de

servicio público a tenor de lo establecido en el Título II del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), tipología de la que disiente el Interventor Central del S.A.S, afirmando que se trata de un contrato de servicios o de consultoría o asistencia técnica, regulados en el título IV de ese mismo Libro .

La calificación de uno u otro tipo de contrato produce unas consecuencias jurídicas distintas en el procedimiento de licitación, pues los contratos de gestión de servicios se encuentran excluidos de la normativa comunitaria sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación, a excepción de la concesión de obra pública. Consecuentemente, el concierto como modalidad de gestión indirecta de un servicio público, cualquiera que sea su cuantía, está excluido en la LCAP de la obligación de publicar anuncios en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Igualmente, no resulta exigible el requisito de la clasificación administrativa, a diferencia de los contratos de consultoría o asistencia y de servicios.

3.- Procede pues, analizar en primer lugar si la prestación establecida en el pliego de cláusulas de explotación que es sometido a esta consulta es o no encuadrable en el contrato de gestión de servicios públicos; para ello es necesario establecer una clara diferenciación de la naturaleza de este tipo contractual con otras figuras afines.

El contrato de gestión de servicios públicos, según los artículos 155 y siguientes de la LCAP. consiste en la encomienda por parte de la Administración a una persona, natural o jurídica, de la gestión de un servicio público de su competencia, siempre que tenga un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares.

La Ley, aparte de establecer los límites de esta figura contractual, establece que antes de proceder a la contratación de un servicio público deberá haberse establecido su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma. Asimismo, cuando la contratación del servicio público adopte la modalidad de concierto, éste deberá hacerse con persona que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

Por otra parte, los contratos de consultoría y asistencia, según el artículo 197.2 de la citada Ley son aquellos que tengan por objeto el estudio y la elaboración de informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como, la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. También los que lleven a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones: toma de datos, investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico, el asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter, el estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos, y cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual.

Finalmente, los contrato de servicios, quedan definidos en el apartado 3 del artículo 197 como aquellos en los que la realización de su objeto sea: de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia, trabajos específicos y concretos no habituales o algunos de los regulados en otros títulos de este Libro. También serían contratos de servicios aquellos que sean complementarios para el funcionamiento de la Administración, los de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones y los programas de ordenador desarrollados a medidas de la Administración, que serán de libre utilización por la misma.

Los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios tienen un régimen jurídico común en el Título IV de la Ley, y para su tramitación se requiere "que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir la necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato" (artículo 203 "in fine").

4.- A tenor de lo expuesto, parece evidente que para que las prestaciones objeto de la consulta puedan considerarse como contrato de gestión de servicios públicos es necesario que reúnan, según el criterio legal, las siguientes características:

a) que el servicio que se encomiende a un tercero tenga, además de una naturaleza económica, el carácter de público y en el que exista una atribución de competencias al contratista.

b) que se determinen el alcance de las prestaciones a favor de los administrados.

Este último apartado coincide plenamente con la opinión tradicional de la doctrina que establece un criterio distintivo, desde el punto de vista de los destinatarios directos del contrato, entre el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios, ante su frecuente confusión terminológica, afirmando que lo que caracteriza al contrato de gestión de servicios públicos es que los destinatarios del servicio que presta el contratista son los administrados y no directamente la Administración. Por el contrario, en el contrato de servicios el destinatario directo e inmediato del servicio constitutivo del objeto del contrato es

precisamente la Administración contratante.

El objeto del contrato en cuestión consiste en la recogida, transporte y conservación de muestras biológicas de procedencia humana, la realización en laboratorio clínico de las pruebas analíticas solicitadas de entre las recogidas en el anexo 1 del pliego y la remisión al centro sanitario de los correspondientes informes técnicos de resultado.

Según lo anterior, en el caso de la contratación de determinaciones analíticas, es evidente que no hay ninguna atribución de ejercicio de competencias en favor del contratista ni las prestaciones se hacen directamente al administrado, beneficiario de la Seguridad Social, sino a la Administración contratante. El propio pliego de prescripciones técnicas, señala que los resultados de los análisis deben ser entregados al centro sanitario y, más concretamente, en el subapartado 3.3 que lleva por rúbrica "De los resultados", dentro del apartado 3 "Condiciones del servicio", refiere que "los resultados se comunicarán en soporte papel, para ello la empresa contará con los modelos de petición e identificación de muestras donde se exprese como mínimo la información siguiente: ...centro, servicio, y facultativo solicitante...". Este extremo es revelador por sí solo de que el destinatario directo del servicio contratado no es en modo alguno el paciente, no existiendo, por tanto, una "prestación ofrecida al público", como dice la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de abril de 1989, citada en el informe de la Asesoría Jurídica del S.A.S. como argumento en favor de su calificación como contrato de gestión de servicios públicos.

A mayor abundamiento, la analítica que se realiza está destinada al diagnóstico y, en su caso, tratamiento médico oportuno a los usuarios del servicio público de salud, estando esta prestación dirigida por el centro sanitario. Por todo ello, la contratación de las determinaciones analíticas, ya que son actuaciones parciales que competen a la Administración sanitaria, pero que ésta no puede o no estima conveniente realizar, bien porque carece de medios técnicos y personales suficientes para llevarlas a cabo, bien por razones de economía y eficacia, determina contratarlas con terceros que deben tener la condición técnica de laboratorio clínico.

En este mismo sentido, según lo establecido en el artículo 210 de Reglamento General de Contratos del Estado, los contratos de gestión de servicio público han de "referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional". Las analíticas clínicas, por su propia naturaleza médica, son medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento del paciente. Si el objeto del contrato fuera un tratamiento médico determinado, verbigracia, la rehabilitación, hemodiálisis, litotricia renal, intervenciones médicas o quirúrgicas, etc.. o una actuación que pudiera ser aislada por su propia entidad, por ejemplo, el traslado de enfermos, no habría obstáculo alguno para su calificación como contrato de gestión de servicio público, pues cumplen con todos los requisitos descritos anteriormente para este tipo de contrato. Ahora bien, cuando el contratista lo que hace es prestar una actividad auxiliar aislada, como es el caso de las analíticas, no constituyen una gestión de servicios públicos ante la falta del carácter de unidad e independencia funcional que les caracteriza.

Lo anteriormente expuesto se complementa con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad que indica que "las Administraciones Públicas Sanitarias en el ámbito de sus respectivas competencias podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellos", y en el artículo 199 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que establece que "para el mejor desempeño de sus funciones, los organismos de la Administración de la Seguridad Social, de acuerdo con sus respectivas competencias, podrán concertar con entidades públicas o privadas, la mera prestación de servicios administrativos, sanitarios o de recuperación profesional", de conformidad con los artículos 155.1 y 156.5 de la LCAP.

Ambos preceptos no alteran lo dispuesto en la LCAP, si no que la complementan. A las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social les es de aplicación directa la citada Ley. La contratación de prestaciones sanitarias podrá hacerse mediante la modalidad de conciertos siempre y cuando reúnan los requisitos recogidos en la LCAP para tal modalidad contractual. En cualquier caso, la prestación de un servicios sanitario que pueda ser objeto de concierto debe interpretarse como una prestación global o finalista de un servicios sanitario y no como un medio auxiliar más, dentro de un mismo proceso de atención clínica para los que existen otros tipos contractuales que no requieren una interpretación forzada de la Ley.

5.- Finalmente, una vez descartado que pudiera tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos, queda por analizar si el objeto del contrato sometido a esta consulta es un contrato de consultoría y asistencia o es un contrato de servicios; ambos tipos contractuales poseen los mismos efectos, salvo en lo que respecta a la correcta clasificación del contratista cuando este requisito sea necesario por la cuantía del contrato. No obstante, su diferenciación ofrece mayores dificultades.

A estos dos tipos contractuales dedica la LCAP el artículo 197, complementado en lo que no contradiga la misma, por el Decreto 1005/1974. Igualmente, son importantes para la clasificación del objeto del contrato, las normas sobre clasificación de empresas consultoras y de servicios, previstas en el Real Decreto 609/1982 de 12 de febrero, modificado por el Real Decreto 52/1991 de 25 de enero, y la Orden de 24 de noviembre de 1982, también modificada por la Orden de 30 de enero de 1991. En todas estas normas se establece una distinción en el objeto de los contratos, las empresas que puedan realizarlos y, consecuentemente, las actividades que puedan ser incluidas a los efectos de acreditar una capacitación especial, que se concretan en dos sectores perfectamente definidos como son, por una parte, los de

estudios, informes y otras actuaciones de carácter intelectual y, por otra, los servicios.

"Los contratos de asistencia -dice el Informe 7/1993, de 15 abril de 1993, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa- cuyo objeto es la realización de estudios o informes, tienen como fin la exposición de unas conclusiones sobre planteamientos más o menos concretos en relación con un determinado asunto o tema, previa la investigación de los elementos que en el mismo inciden y la consideración de las variables que puedan ser estimadas, estudios que pueden ser realizados de forma independiente o en colaboración con la Administración contratante, cuyas conclusiones pueden dar lugar, en su caso, a la elaboración y posterior aplicación de planes, proyectos o programas que contengan las actuaciones que se consideren oportunas".

Por el contrario, según el informe citado, cuando los contratos de asistencia tienen por objeto la prestación de un servicio se refieren a actuaciones concretas de ejecución material, con instrucciones definidas en mayor o menor grado por la Administración contratante, que no dan lugar al planteamiento final de conclusiones, sino que se concretan en la total ejecución de las actuaciones previstas.

Así pues, es evidente que en los contratos que puedan celebrarse sobre determinaciones analíticas en muestras biológicas de procedencia humana por parte de centros y Hospitales del S.A.S., la empresa adjudicataria ha de realizar una serie de actuaciones y de técnicas perfectamente determinadas por la Administración, que correspondería ejecutar a ésta, pero que por motivos justificados no puede o no le conviene realizar, lo que indica indudablemente que la empresa adjudicataria prestará un servicio concreto y no una asistencia técnica y, por tanto, las empresas que concurran a los procedimientos de licitación para este tipo de contratos deberán tener la clasificación del grupo III, (servicios), subgrupo 1 (servicios sanitarios) del Registro de Contratistas, cuando la cuantía del contrato sea superior a diez millones de pesetas, según lo previsto en el artículo 25 de la LCAP.

III CONCLUSION

Por todo lo expuesto, la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa considera que el objeto del contrato del pliego de cláusulas de explotación para la contratación de la gestión indirecta del servicio público para determinaciones analíticas mediante concierto, aprobado por Resolución del Servicio Andaluz de Salud de 15 de enero de 1996, es un contrato de servicios por comprender la prestación de servicios, directamente destinados a la Administración.