

EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN LA MODALIDAD DE CONCIERTO.

Alfonso Domínguez Simón

Letrado en la Consejería de Presidencia del Gobierno de La Rioja.

I.- INTRODUCCIÓN. II.- DESARROLLO NORMATIVO. III.- ESTADO ACTUAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS POR LA MODALIDAD DE CONCIERTO. IV.- LA MODALIDAD DE CONCIERTO Y EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA. V.- SITUACIÓN LEGISLATIVA ACTUAL DE REGULACIÓN DEL CONCIERTO SANITARIO. Cuestiones concretas. 5.1.- El Artículo 90 de la Ley General de Sanidad. Esquema de regulación. 5.2.- Esquema de regulación del concierto en las Comunidades Autónomas. 5.3.- El concierto en la LCSP. 5.4.- Aplicación combinada de la LGS, la legislación autonómica, y la Ley de contratos del Sector Público. 5.5.- Poderes adjudicadores. Sujetos contratantes. 5.6.- Relaciones entre el Convenio de Colaboración y el Concierto. 5.7.- Procedimiento de contratación. 5.8.- Modificación de los conciertos. **VI.- COMUNICACIÓN Y POSTERIOR DEBATE. VII.- CONCLUSIONES.**

I.- INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años, en el 2000, el profesor Mariano López Benítez se preguntaba en el Congreso de la Asociación Juristas para la Salud, celebrado en Sevilla, si la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, constituía una plataforma válida para la concertación de servicios sanitarios; y terminó su intervención manifestando muchísimas dudas y preocupaciones acerca del maridaje entre la legislación de contratos, la prestación de servicios sanitarios, y, en fin, sobre la huida del derecho administrativo.

Transcurridos diez años, ha tenido lugar una cierta catarsis en estos ámbitos de regulación (promulgación de la nueva Ley Contratos del Sector Público y multiplicación y apertura de las formas de gestión de la sanidad pública), y las dudas

siguen siendo las mismas. Es por ello que la presente ponencia se inserta perfectamente en el marco del tema central del Congreso Derecho y Salud, en su edición de 2010. El concierto sanitario es una cuestión recurrente, y, al mismo tiempo, mira al futuro.

Pone su mirada en el futuro, porque si bien la prestación de servicios sanitarios mediante fórmulas de gestión indirecta, y, en concreto, por la vía de la concertación tiene una larga tradición en el derecho español, lo cierto es que el régimen de concertación de servicios públicos sanitarios ha experimentado un notorio incremento de actividad en los últimos años: en concreto, (y a pesar de la dificultad de detectar datos cuantitativos exactos), el sector de la concertación sanitaria crece, para el conjunto de las Administraciones Públicas españo-

las, en torno a un ritmo sostenido entre el 5% y el 7% anual. El 6,6% se alcanzó en el año 2008, apareciendo una importante ralentización durante el año 2009 (hacia el 3 o 4%) y la previsión para este año se sitúa sobre el 5,5%.

Como dato que nos permite clarificar el estado de la cuestión en la prestación de servicios sanitarios por entidades privadas, es muy relevante comprobar los niveles de facturación de las empresas privadas de prestación de servicios sanitarios. Así, según datos de la consultora DBK¹, para el ejercicio 2008, las entidades privadas facturaron 505 millones de euros provenientes de clientes privados, por los 1450 millones de Euros provenientes de figuras de concertación con las Administraciones Públicas, lo que supone, en términos relativos, un 9% del mercado, frente a un 26%. En conclusión, a día de hoy, más de una cuarta parte del sector de la prestación de servicios sanitarios, se realiza mediante la técnica de la concertación.

Desde luego, es posible ensayar varias causas que en el transcurso de las últimas décadas han alimentado el incremento de esta fórmula de gestión indirecta de servicios públicos sanitarios:

- La universalización del derecho a la asistencia sanitaria del artículo 43 de la Constitución Española, que ha situado este derecho subjetivo ciudadano, a través de su inserción entre los Principios rectores de la política social y económica, como uno de los pilares del Estado del Bienestar, lo que ha obligado a las Administraciones Públicas, a un notorio incremento del esfuerzo prestacional.

- La asunción por las Comunidades Autónomas, de competencias normativas, de desarrollo y ejecución en materia de sanidad; lo que las ha convertido en los principales agentes prestadores de servicios públicos.

- La expulsión de la sanidad del presupuesto de la seguridad, y su financiación contra el sistema fiscal, que ha dado lugar a la aparición de nuevas técnicas de gestión distintas de la gestión directa que tradicionalmente protagonizaba el INSALUD.

- El incremento demográfico, las nuevas formas de vida de los ciudadanos, y el notorio desa-

rollo tecnológico experimentado por la sanidad pública, que han desembocado en una intensa presión sobre la demanda de servicios sanitarios, lo que ha obligado a estatuir formas de colaboración con el sector privado. Esta causa, además, se perfila más aguda en la actual conjuntura de restricción presupuestaria, en la que las Administraciones Públicas se ven en la tesitura de afrontar el mismo rango de demanda con un deterioro súbito de los ingresos, lo que también impulsa la búsqueda de nuevas formas de gestión de naturaleza extrapresupuestaria, como la técnicas de colaboración público – privada, o de externalización de servicios públicos.

En este escenario se explica el desarrollo paulatino de las formas de gestión indirecta que ha experimentado la sanidad española.

II.- DESARROLLO NORMATIVO

2.1.- En su redacción primigenia el artículo 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya concedía a las Administraciones Públicas facultades para recabar la colaboración privada por medio de conciertos. Esta facultad, sin embargo, estaba y está, mediatizada por dos presupuestos previos:

- La utilización óptima de sus propios recursos, de los propios recursos de las Administraciones Públicas competentes.

- El Principio de prioridad de los centros no lucrativos, a igualdad de condiciones de eficacia, calidad y costes.

Así las cosas, parece claro que el sistema de prestación de servicios sanitarios comenzó a desarrollarse, en esta última etapa, partiendo del principio nuclear de total preferencia por las fórmulas de prestación directa, y de una cierta, digamos, reticencia hacia fórmulas que recaben el apoyo del sector privado.

2.2.- Segundo hito: Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Insalud. Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: En el escenario liberalizador que se abrió en España en la última parte de la década de los años noventa del siglo pasado, estas dos normas dieron paso a la definitiva consolidación de

¹ <http://www.dbk.es/esp/default.cfm?idPagina=2&diarrea=15>

las fórmulas de gestión indirecta. La ley de habilitación de nuevas formas de gestión, de artículo único, gravitaba en torno a tres elementos:

- La facultad de prestación directa o indirecta de servicios sanitarios y sociosanitarios, a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios.

- La atribución competencial al Gobierno de España y las Comunidades Autónomas que por aquel entonces ya contaban con la titularidad de las competencias sanitarias, para determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados.

- La apertura a la prestación por medios ajenos, a través de acuerdos, convenio o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad.

Real Decreto 29/2000 que desarrolló la parca regulación de la anterior norma de artículo único.

En este contexto del proceso se sitúa, además, el alumbramiento en el ordenamiento jurídico de las fundaciones públicas sanitarias, por la Ley 50/1998, de acompañamiento.

2.3.- La definitiva asunción por todas las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de salud, a partir de los años 2000, y la generalización de toda la extensa panoplia de formas de gestión que había legitimado la Ley 15/1997.

III.- ESTADO ACTUAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS POR LA MODALIDAD DE CONCIERTO

El amplísimo marco de fórmulas prestacionales de servicios públicos sanitarios que presentó la promulgación de la Ley 15/1997, ha dado lugar a un esquema que, por supuesto, divide la cuestión entre la gestión directa y la gestión indirecta:

- Gestión directa personificada, que todavía es el más extendido, a través del cual las Comunidades Autónomas (y en la misma medida la Adminis-

tración General del Estado a través de IINGESA), han dispuesto la creación de los servicios de salud, como organismos públicos, evidentemente, de derecho público, que tienen encomendadas las funciones públicas relacionadas con la prestación de la asistencia sanitaria.

- Gestión directa a través personificada a través de entes sujetos en su al derecho privado, tales como Fundaciones y sociedades mercantiles de capital íntegramente público.

- Gestión indirecta, a través de los medios que ofrece el artículo 253 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

1. Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

2. Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

3. Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

4. Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Con este escenario de regulación, la modalidad de concierto en el ámbito de la prestación indirecta de servicios públicos sanitarios, dispone, tal y como sucede en materia de educación, e, incluso, ahora, en materia de atención a la dependencia, de algunos matices regulatorios especiales que le separan del centro de gravedad de la regulación estricta de la Ley de Contratos del Sector Público.

Así, si en materia de educación, la concertación de centros privados es ciertamente original, en la medida en que está previsto por el artículo 27 de la Constitución Española, la concertación de servicios sanitarios también de un régimen jurídico especial, cuyo vértice superior es la Ley General de Sanidad, y también en la propia Ley de Seguridad Social.

IV.- LA MODALIDAD DE CONCIERTO Y EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA.

Lo cierto es que en el resto de modalidades de gestión de servicio público dispuestas por el artícu-

lo 253 de la Ley de Contratos del Sector Público (concesión, gestión interesada, sociedad de economía mixta), la nota pública del servicio aparece ex novo, su titularidad es originaria del poder adjudicador, que crea el servicio y lo externaliza. En el concierto, sin embargo el servicio es preexistente, es prestado con anterioridad en el mercado, de tal suerte que la Administración subentra en la financiación del mismo, y en este momento se publica.

En este marco, la discusión sobre la manera en que esta situación especial se compadece con las notas esenciales del derecho a la asistencia sanitaria, del artículo 43 de la Constitución Española ha sido inevitable. Así, esta claro que el derecho constitucional a la asistencia sanitaria está gobernado por las notas clásicas del servicio público: universalidad, carácter público, prestación permanente y prohibición de discriminación. Entonces, se trata de determinar si la concertación es compatible con estos principios de universalidad del servicio y su carácter material y formalmente público, es decir, con la exclusiva titularidad pública.

En este debate ya contamos, desde luego, con la intervención del Tribunal Constitucional, que en el conjunto doctrinal de las Sentencias 37/1994, de 1 de febrero, 206/1997, de 27 de noviembre y 239/2002, de 11 de diciembre, ha establecido los siguientes elementos nucleares de la cuestión, en el ámbito de la función protectora de la Seguridad Social:

1.- El carácter evolutivo del sistema protector, que asimila fórmulas de gestión diversas, y que acogen sin problema todo el elenco existente desde la prestación directa hasta la intervención del sector privado.

2.- La naturaleza pública del sistema no queda cuestionada por la incidencia de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto del sistema.

3.- La constitución no impone un modelo de gestión único, en la medida en que concede al legislador un amplio margen para instaurar el sistema que elija, siempre que actúe bajo el manto protector de los principios constitucionales.

A mi juicio, *mutatis mutandi*, se podría concluir que existe una suerte de contenido mínimo esencial en el derecho a la prestación de asistencia

sanitaria, relacionado con la universalidad, la gratuidad y la titularidad pública, que no se ve comprometido por la elección de fórmulas de gestión indirecta, en la medida en que esta es una facultad que el constituyente delegó en el legislador ordinario, así como en las Administraciones Sanitarias.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido acogida por el propio Tribunal Supremo, de cuyo elenco de pronunciamiento (por todas, Sentencia de 20 de diciembre de 2005) podemos extraer los siguientes principios:

1.- La constitución no impone un determinado modelo de gestión y prestación.

2.- La prestación puede ser pública, privada o mixta

3.- Salvo disposición expresa en contrario, cualquier forma de prestación es válida.

En este marco, para el profesor Menéndez Rexach, no cabría un sistema en el que todos los servicios sanitarios fueran prestados por instrumentos de gestión indirecta. Desde luego, me someto completamente a la autoridad del catedrático, pero creo, siempre que el servicio sea universal y gratuito, y exista un engarce con la titularidad pública, así como un férreo ejercicio de las potestades y facultades de policía, en cuanto al aseguramiento de habitualidad en la prestación y la calidad del proceso asistencial, y la prohibición de discriminación, la fórmula de gestión elegida no tiene afectación constitucional alguna.

V.- SITUACIÓN LEGISLATIVA ACTUAL, DE REGULACIÓN DEL CONCIERTO SANITARIO. CUESTIONES CONCRETAS

5.1.- El Artículo 90 de la Ley General de Sanidad. Esquema de regulación:

- Principio y requisitos previos:
 - Utilización óptima de sus recursos sanitarios propios
 - Prioridad de los centros sanitarios de carácter no lucrativo, en las mismas condiciones de eficacia, calidad y costes.

En torno a este aspecto, se plantea una primera la redacción del artículo 90, originario de 1986, podría plantear algunos problemas de incompatibi-

lidad con el derecho comunitario europeo. Así, en materia de contratación pública. En el entorno de un procedimiento abierto de contratación para la concertación de un servicio, es posible que priorizar a un licitador, de naturaleza no lucrativa, frente a otro, de naturaleza societaria, pueda suponer una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, así como de los principios de libertad de establecimiento en materia de servicios sanitarios.

- Prohibición de concertación de terceros de la prestación de atenciones sanitarias, cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos de los planes de salud.

- La concertación de un concreto servicio sanitario exige la previa:

- Fijación de los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos a que se refieren los apartados anteriores.

- Financiación: Las condiciones económicas se establecerán en base a **módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración.**

- Sistema de homologación de los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones públicas sanitarias por aquellas, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que podrá ser revisado periódicamente.

- Contenido mínimo del concierto:

- Derechos y obligaciones de las partes.

- Aseguramiento de que la atención sanitaria y de todo tipo que se preste a los usuarios será la misma para todos sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios.

- Prohibición de servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración pública concertante.

- Limitaciones del artículo 93 LGS: No se podrán establecer conciertos (ni fórmulas de vinculación) con centros sanitarios privados, cuando en alguno de sus propietarios o en alguno de sus trabajadores concurren las circunstancias que sobre incompatibilidades del sector público y el privado

establezca la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

- Poderes de la Administración: El artículo 94.2 atribuye a la Administración concertante amplios poderes de policía sobre de inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración pública en los centros privados concertados.

A este sistema, aplicable a todos los servicios de salud, al amparo del carácter básico de la Ley General de Sanidad 149.1.16° CE, ha sido desarrollado ampliamente por las Comunidades Autónomas, que ya decididamente, han interiorizado las fórmulas de gestión indirecta y la colaboración con el sector privado.

5.2.- Esquema de regulación del concierto en las Comunidades Autónomas

Desde luego, la mecánica de este foro no permite detenerse en el estudio pormenorizado del estado legislativo del concierto sanitario en todas las Comunidades Autónomas, pero si puede resultar interesante realizar un análisis prospectivo de este marco regulatorio, del que se alumbran, a mi juicio dos niveles:

- Un primer grupo de Comunidades Autónomas que no regulan, o lo hacen a modo de simple mención, la fórmula concreta del concierto.

- Un segundo grupo que si detalla con cierta concreción el régimen de concierto. La mayoría de estas Comunidades, (Islas Baleares, Cataluña, Madrid) a través de un conjunto de normas sistemáticamente ordenadas en títulos o capítulos intitulados como formas de colaboración con la iniciativa privada. En términos generales, todas estas normas estatuyen elementos esenciales y básicos del concierto para la prestación de servicios sanitarios:

- Regulación del concierto y sistema de fuentes.

- Sistema previo de homologación y acreditación de los centros.

- Contenido mínimo del convenio:

- La descripción de los servicios, de los recursos y de las prestaciones que se conciertan y de los objetivos a conseguir.

- El régimen de acceso de los usuarios con cobertura pública que será gratuito.
- El coste de los servicios a concertar y la forma de pago.
- La duración del concierto y las causas de renovación o extinción de éste.
- El procedimiento de evaluación de los centros concertados.
- El régimen de inspección de los centros y servicios concertados.
- Las consecuencias del incumplimiento.
 - o Algunas regulaciones, además, como La Ley de Salud de las Islas Baleares, establecen la duración máxima del convenio, que se fija en cuatro años.
 - o Obligaciones de los centros concertados.
 - o Resolución de los conciertos.

5.3.- El concierto en la LCSP.

La ley de Contratos del Sector Público conoce el concierto con persona natural o jurídica como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, que regula en los artículos 251 a 265, a los que además, es indefectible añadir las reglas sobre conceptos generales y, selección del contratista, adjudicación del contrato, y procedimientos de adjudicación.

El artículo 253 delimita las modalidades del contrato de gestión de servicio público, y dispone que una de ellas será el concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

Así las cosas, la doctrina administrativista se ha esforzado por describir cuales son las notas que visten la naturaleza jurídica del concierto:

- El concierto ha de formalizarse, necesariamente, con una persona jurídica o entidad de derecho privado.
- El concierto debe formalizarse con persona natural o jurídica que venga prestando el servicio con anterioridad y habitualidad.

Acerca de todo el marco regulatorio que acabamos de describir, compuesto por la LGS, la le-

gislación autonómica, y la LCSP, cabe preguntarse cuál es el espacio existente para cada una de ellas. Es decir, cuál es el sistema de fuentes aplicable al concierto sanitario, y, en segundo lugar, cuál es el marco competencial de las Comunidades Autónomas para regular cuestiones, en principio, constreñidas a la regulación material de los contratos del sector público.

5.4.- Combinación de la LGS, la legislación autonómica, y la Ley de contratos del Sector Público.

La cuestión competencial no es sin duda, menor, en la medida que debe quedar cerrada, ya que en el contexto actual de reforma de los Estatutos de Autonomía, son previsibles cambios profundos en el ejercicio de las competencias legislativas en materia de sanidad, lo que unido al desarrollo del concierto como forma de prestación, puede ocasionar conflicto en la aplicación de normas, que, eventualmente, pueden resultar contradictorias.

El estado actual de este problema está gobernado por los siguientes principios de partida:

- El Estado es competente para la regulación básica y material de los contratos del sector público.
- La normativa sobre contratos del sector público, además, esta fuertemente sujeta a las disposiciones de derecho comunitario, en este caso, en materia de servicios sanitarios (proyecto BIOMED), y, sobre todo, en materia de contratación pública (Directiva 2004/18/ CE), por lo que el margen de Estado y Comunidades Autónomas queda ciertamente reducido.
- Las Comunidades Autónomas son competentes para el desarrollo normativo de la legislación sanitaria, la regulación de aspectos de desarrollo de las normas de contratación, y, por supuesto, exclusivamente competentes para establecer su propio sistema de autoorganización, y para determinar las formas a través de las cuales prestan los servicios públicos de su titularidad.

5.5.- Poderes adjudicadores. Sujetos contratantes.

Se trata de determinar quien es el poder adjudicador en materia de concertación sanitaria, lo

que desde mi perspectiva tiene una importancia radical, dada la amplísima panoplia de entidades que tienen encomendada la prestación de servicios sanitarios, y que van, desde la propia gestión directa, hasta la gestión directa formal (personificada), y la proliferación de organismos, entidades públicas empresariales, fundaciones y empresas públicas.

Así las cosas, a mi juicio, el concierto sanitario solamente podrá ser celebrado por los entes y entidades que de acuerdo con el artículo 3.2 LCSP tienen la consideración de Administraciones Públicas:

- En primer lugar, porque el artículo 8 LCSP define el contrato de gestión de servicios públicos, como el celebrado por una Administración Pública.

- Así también el artículo 251.1: “La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia siempre que sean susceptibles de explotación por los particulares”.

- Artículo 8.2 LCSP, a cuyo tenor “Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

- En cuarto lugar, el artículo 20 LCSP señala que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas serán contratos privados, de donde resulta muy difícil inferir que el contrato de Gestión Públicos puede tener la calificación de privado.

En consecuencia solamente podrán concertar la asistencia sanitaria:

o La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

o Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social

o Los Organismos autónomos.

o Las Universidades Públicas.

o Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

o Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1. 1. que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2. 2. que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

3. 3. No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

5.6.- Relaciones entre el Convenio de Colaboración y el Concierto.

El artículo 4.1.d) excluye de la aplicación de la LCSP los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Desde luego, como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010, estos instrumentos están previstos en virtud en virtud del principio de libertad de pactos que también gobierna el funcionamiento de las Administraciones Públicas, que está insito en el artículo 86 de la Ley 30/1992, y en la generalidad de las Leyes de Organización y Funcionamiento de las Administraciones de las CCAA. Así también caben en este concepto, las diversas fórmulas convencionales previstas por la LGS y las leyes de las CCA.

Con este marco, podemos preguntarnos si este precepto es compatible con el concepto de contrato

del artículo 2.1 LCSP. Este artículo dispone que son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la LCSP en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.

Desde mi percepción, oneroso no quiere decir aquí que suponga gasto público, sino que se refiere a la retribución de una contraprestación, que es lo que nos remite al artículo 1255 del código según el cual contrato es aquel por el cual dos o más personas convienen en obligarse, respecto de otra u otras a hacer alguna cosa o hacer algún servicio.

Así las cosas, siempre que nos encontremos ante un negocio jurídico por el que la Administración encomienda la prestación a los usuarios de un servicio sanitario, nos encontraremos ante un contrato de gestión de servicios públicos, y esta regulación deberá sujetarse, sin que quepa acudir al instrumento del convenio de colaboración, en la medida en que ello puede subvertir la aplicación de la LCSP y, por extensión, la infracción del derecho europeo de contratos públicos.

Ello no implica desde luego, la desaparición del instrumento convenial del funcionamiento de los servicios de salud, pero si la restricción de su uso a prestaciones no contractuales tales como la financiación de determinadas actividades en el marco del régimen subvenciones, la participación en proyectos de innovación, la mejora del servicio, o el desarrollo de nuevos procesos asistenciales, por ejemplo.

5.7.- Procedimiento de contratación.

Tal y como ha hecho notar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, (Informe 9/2009) a primera cuestión que surge con relación al procedimiento de contratación es que la Directiva 18/2004/CE, no resulta de aplicación a lo denominados en España contratos de gestión de servicio público, precisamente como consecuencia de este carácter de ejercicio de potestades inherentes del poder público que ostenta. Así ha sido declarado en numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia, *parking brixen*, por ejemplo, o *Frankfurter Entsorgung*, más recientemente. En consecuencia, tampoco estará sujeto a regulación armonizada.

Partiendo de este hecho, lo cierto es que el legislador español podría haber dado un tratamiento diferenciado al concierto sanitario, para establecer un procedimiento de contratación que combinara la regulación de la contratación pública con la establecida por el artículo 90 de la LGS. No obstante, tratándose de una modalidad de la gestión de servicios públicos de acuerdo con el artículo 253 LCSP, la elección del procedimiento de contratación, así como su tramitación, deberá cumplimentar los siguientes requisitos:

1.- Principio y requisitos previos: Artículo 90 LGS.

- Utilización óptima de sus recursos sanitarios propios

- Prioridad de los centros sanitarios de carácter no lucrativo, en las mismas condiciones de eficacia, calidad y costes.

2.- Que la prestación haya sido asumida como competencia propia de la Administración que contrata. Que el contratista asuma el derecho a la prestación del servicio, lo cual supone asumir el riesgo vinculado a la explotación

3.- Artículo 116 LCSP: Necesidad de precisar el régimen jurídico del concierto.

4.- No aplicación de los siguientes preceptos, de acuerdo con el artículo 252 LCSP:

- 196: demora y penalidades a imponer.

- 197: resolución por demora y prórroga de los contratos.

- 203: suspensión de los contratos.

- 205: cumplimiento y recepción.

6.- Posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad, artículo 156.c), que se refiere a los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un Convenio de Colaboración entre Administraciones Públicas o de un contrato marco siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a la ley.

7.- Posibilidad de acudir a la contratación por la vía de los acuerdos o contratos marco, de los artículos 180 a 182 LCSP. Estos preceptos configuran la figura ya tradicional de contrato o acuerdo marco, junto con los sistemas dinámicos de adquisición, en virtud de los siguientes principios:

- Racionalización técnica de la contratación.
- Agilización de la tramitación y externalización de los servicios.

A ello podemos añadir que, en el marco de la concertación sanitaria, y teniendo en cuenta que está prevista la facultad de contratación negociada sin publicidad, la celebración del contrato marco da cumplimiento de los principios del tratado de funcionamiento de la Unión Europea, sobre no discriminación, y aseguramiento de la libre concurrencia, con las obligaciones de publicación en el BOE y BOCCAA, de acuerdo con el 181.

Esto es así, en la medida en que esta figura constituye un acuerdo con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos a adjudicar durante un periodo de tiempo determinado. Permite, en consecuencia, la participación abierta, la publicidad, y la existencia de un diálogo transparente entre la Administración Sanitaria y la iniciativa privada, que por otra parte está fuertemente limitada por la prohibición de utilización de forma abusiva o de manera que la competencia pueda verse obstaculizada.

La LCSP previene que la duración máxima de cuatro años salvo en casos excepcionales debidamente acreditados – concepto jurídico indeterminado. Entonces surge una duda que ya sido presentada a los órganos consultivos en materia de contratación público: teniendo en cuenta que la duración del concierto se puede extender hasta diez años, al amparo del artículo 254 LCSP, ¿es posible que el concierto celebrado en virtud de un contrato marco se extienda más allá de los cuatro años?. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 7/2008) ha llegado a la conclusión de que no tiene que haber impedimento, en principio, para que puedan superar el período de vigencia del acuerdo marco.

Es conocido que este criterio está soportado por la propia Comisión Europea, pero mi parecer es que existen numerosas dudas alrededor de esta distorsión. Así, si tenemos en cuenta que el acuerdo marco fija las condiciones contractuales para un plazo de cuatro años, y que no está previsto que nuevas empresas se adhieran al contrato marco, la fijación de conciertos de duración superior a los cuatro años podría retardar la formalización de un nuevo marco hasta su finalización, lo que, even-

tualmente, puede restringir las posibilidades de entrada de terceras empresas en el sistema. Asimismo, en la medida en que la ampliación de este plazo implica, al menos, la puesta en marcha del procedimiento del artículo 182, dado que nos hallamos ante la aplicación de términos no fijados en el acuerdo marco, quizá la extensión del concierto más allá de la vigencia del acuerdo marco, implicaría la apertura de una nueva especie de licitación, con las fases de consultas a las empresas, presentación de ofertas, valoración de las mismas, adjudicación, etc, que permitieran el acceso de nuevas empresas en el sistema.

5.8.- Modificación de los conciertos

La historia de la modificación de los contratos públicos en el derecho español es la historia del eterno incumplimiento de la Directiva 18/2004/CE. Así, La ley 30/2007 ya desterró la vieja fórmula de las necesidades nuevas, y se asentó únicamente sobre la base de las causas imprevistas y con el límite de la no afectación a las condiciones esenciales del contrato.

A pesar de ello, la infracción de la Directiva sigue existiendo, y creo que es así desde la lectura de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, destilada por ejemplo en la Sentencia de 13 de abril de 2010, acerca del rigor con el que el derecho comunitario observa la modificación contractual.

Ello ha motivado que el legislador español se haya puesto manos a la obra en la fijación, esperemos que por fin, de un esquema de regulación ajustado al derecho comunitario.

Sin perjuicio de loar la intención de estatuir por fin una regulación de la modificación contractual totalmente compatible con el derecho de la Unión Europea, parece razonablemente criticable la opción legislativa elegida, que no es otra que la utilización de la Disposición Final Décimo Octava del proyecto de Ley de Economía Sostenible, que reformulará más de treinta artículos LCSP.

Entre ellos, revisará el artículo 202, para remitirlo a los nuevos artículos 92 bis a quinquies, que limitarán la posibilidad de modificación a que tal previsión se realice por razones de interés público, pero siempre que la posibilidad esté prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación. Si no es así se establecen una serie de causas tasadas que vendrán

a terminar con la actual situación de inseguridad en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Por su parte, el artículo 258 LCSP también quedará modificado en el sentido de remitir a esta regulación, y para continuar con las previsiones en torno al régimen económico financiero del contrato.

Este marco, a mi parecer, va a obligar al órgano de contratación, y, claro, al órgano gestor a ser especialmente cuidadoso, no solo en la determinación de la prestación sanitaria, sino también, en las cláusulas de revisión, por ejemplo, según los criterios asistenciales, de población, geográficos, etc.

De esta situación, y del régimen económico del concierto, en definitiva, hemos podido ver las consecuencias en la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 24-2-210, tributaria de otra en el mismo sentido de 29 de abril de

2009, que terminó condenando a la Administración Sanitaria al pago de una indemnización a la entidad concertada, por el deterioro de su régimen financiero, producido como consecuencia de un incremento poblacional imprevisto, así como un incremento temporal y de frecuente prestacional, lo que se tradujo en incremento de los costes variables en la ejecución del contrato.

VI.- COMUNICACIÓN Y POSTERIOR DEBATE

Una vez presentada la ponencia que acabo de resumir, se procedió a la lectura de una interesantísima comunicación que versó sobre los aspectos principales de la última reforma operada sobre la LCSP, por la promulgación de la Ley 34/2010. En este sentido, el comunicante desgranó los entresijos del nuevo sistema de recursos en materia de contratación pública, y del nuevo Tribunal de Resoluciones de Recursos Contractuales.

Finalmente, el debate posterior permitió disertar sobre la naturaleza de este órgano revisor, sus competencias y funciones, y el estado de la cuestión sobre la negociación entre las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado para la implantación del sistema. Asimismo, se abrió un consulta acerca del sistema de vinculación del artículo 90 de la Ley General de Sanidad, y las nuevas opciones de contratación con la iniciativa privada que prevé el nuevo proyecto de modificación de la LCSP, en materia de contrato de colaboración público – privada, y las sociedades de economía mixta.

VII.- CONCLUSIONES.

1ª.- La utilización de instrumentos de concertación exige la aplicación combinada de varios elementos normativos, excesivamente dispersos: Legislación sobre Contratos del Sector Público, Ley General de Sanidad, y legislación autonómica en materia de ordenación sanitaria.

2ª.- Únicamente las entidades que de acuerdo con el artículo 3 LCSP ostentan la condición de Administraciones Públicas, pueden aparecer como Administración contratante en el contrato de gestión de servicios públicos, y, en consecuencia, en la modalidad de concierto.

3ª.- La actual configuración del sistema de contratación pública, y su sujeción a los principios comunitarios de transparencia, igualdad, no discriminación y libre competencia, exige la reducción del ámbito de aplicación de los convenios de colaboración hacia la realización de prestaciones no contractuales.

4ª.- La previsible promulgación de un nuevo régimen de modificación de los contratos obliga a la Administración Sanitaria al especial cuidado en la redacción de los pliegos reguladores de los contratos sanitarios, o en la formulación de los acuerdos marco, sobre todo en materia de prestaciones sanitarias y régimen económico de los conciertos.