

Informe 37/95, de 24 de octubre de 1995. "Naturaleza jurídica de los contratos que celebra el Instituto Nacional de la Salud para las prestaciones sanitarias a los beneficiarios de la Seguridad Social, como contratos de gestión de servicios públicos".

2.1. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales.

ANTECEDENTES

1. Firmado por la Directora General del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), tiene entrada en esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

"La legislación sanitaria y de Seguridad Social, han contemplado desde siempre, la posibilidad de que la asistencia sanitaria pública, pudiera prestarse a través de otras Instituciones o Empresas Privadas, complementando de esa forma los recursos asistenciales de la Administración Pública Sanitaria.

De acuerdo con ello, este Instituto bajo la denominación genérica de "Conciertos" viene contratando con entidades ajenas, además de la asistencia sanitaria, de los beneficiarios del sistema en Centros Hospitalarios, determinados servicios que en algunos casos se refieren a prestaciones propiamente asistenciales (Hemodialisis, Rehabilitación, etc.) y en otros a servicios o prestaciones de carácter complementario (Transporte Sanitario, Medios Diagnósticos, Suministro de Oxígeno en el domicilio de pacientes, etc.).

El procedimiento de concertación, ante la falta del desarrollo reglamentario previsto en el artículo 143 de la antigua Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido de 30 de mayo de 1974), se ha venido articulando en base a la aplicación genérica de las disposiciones contenidas en dicha Ley y con posterioridad en el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Y ello, porque hasta la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación, no se aplican directamente en el ámbito de estos Contratos a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. De aquí que, en la contratación de los servicios que hemos calificado como complementarios se viniera aplicando de manera directa el D. 1005/74, de 4 de abril y sólo con carácter limitado la Legislación General de Contratos del Estado.

A partir de 1989, la contratación de servicios sanitarios de carácter complementario, esencialmente los ya mencionados, relativos a:

- Transporte de enfermos en ambulancia.*
- Resonancia Nuclear Magnética y otros Medios Diagnósticos.*
- Oxigenoterapia domiciliaria y otros tratamientos domiciliarios para insuficiencias respiratorias.*

Se contratan mediante el sistema de Concurso Público, previa aprobación de los Pliegos correspondientes, en los que de forma vacilante, se establece unas veces la aplicación del Decreto 1005/74, y otras, en menor medida, el régimen jurídico correspondiente a los contratos de gestión de servicios públicos.

La publicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y la necesidad de adoptar los procedimientos de contratación de este Instituto a la nueva normativa, hace imprescindible determinar

definitivamente, el régimen jurídico aplicable a la contratación de todos y cada uno de estos servicios.

Por todo ello, y teniendo en cuenta que los Pliegos de Cláusulas Administrativas que se vienen utilizando para la contratación de los servicios, fueron remitidos a ese Organo consultivo, en fechas 23 de agosto y 19 de septiembre, pasados, a través de la Subdirección General de Concursos de este Instituto, esta Dirección General solicita el pronunciamiento de la Junta Consultiva sobre el régimen jurídico aplicable a la concertación de las prestaciones mencionadas".

2. Conforme se indica en el anterior escrito se había remitido con anterioridad a esta Junta la siguiente documentación:

a) La constitutiva del expediente 26/95, integrada por los pliegos de cláusulas administrativas particulares, pliegos de condiciones técnica y modelos de los contratos de Litroticia renal. Resonancia nuclear magnética y Hemodiálisis extrahospitalaria en Club de Diálisis e informe de la Asesoría Jurídica del INSALUD expresivo de que, a su juicio, tales contratos son contratos administrativos de gestión de servicios públicos, a los que se refiere el artículo 5.2 a) y regulados en los artículos 155 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su modalidad de concierto (artículo 156.5).

En los pliegos remitidos se hace constar que le objeto del contrato es la prestación del servicio correspondiente a los pacientes beneficiarios de la Seguridad Social y que su régimen jurídico sería el contenido en la Ley de Contratos del Estado y el Reglamento General de Contratación del Estado y disposiciones complementarias, entre las que, en algún caso concreto -uno de los ejemplares del pliego de Club de Diálisis- se cita expresamente el Decreto 1005/1974, de 4 de abril.

b) La constitutiva del expediente 29/95, integrada por pliego de cláusulas administrativas particulares, pliego de condiciones técnicas y modelos para la contratación del servicio de transporte sanitario, definiéndose en el primero su objeto como la prestación del servicio sanitario terrestre, tanto urbano como interurbano, para el traslado de beneficiarios de la Seguridad Social con derecho a asistencia sanitaria y estableciéndose, en cuanto a su régimen jurídico, que se aplicarán al mismo, en lo no previsto en el pliego, las disposiciones de la legislación vigente en materia de contratación administrativa contenidas en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

En el informe de la Asesoría Jurídica del INSALUD, que se acompaña al expediente, se indica sin pronunciarse sobre la naturaleza del contrato, la conveniencia de solicitar informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

c) La constitutiva del expediente 30/95, constituida, a su vez, por el pliego de cláusulas administrativas particulares, pliego de condiciones técnicas y modelo del contrato del servicio de Oxigenoterapia domiciliaria y otras técnicas, remitiéndose el primero, al definir su objeto, al pliego de condiciones técnicas en el que, con fórmula idéntica a los anteriores expedientes se indica que el concurso tiene por objeto la prestación del servicio de Oxigenoterapia a domicilio de los pacientes beneficiarios de la Seguridad Social, citando en cuanto a su régimen jurídico, igual que en el expediente anterior, únicamente la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Igualmente la Asesoría Jurídica del INSALUD manifiesta, sin pronunciarse sobre la naturaleza del contrato, la conveniencia de solicitar informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

3. Por providencia de 9 de octubre de 1995, la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa acordó, la acumulación de los expedientes 26/95, 29/95, 30/95 y 37/95, al amparo de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativa Común, teniendo en cuenta la identidad sustancial de los mismos.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo suscitada y a efectos de delimitar ésta, conviene realizar dos precisiones de carácter previo, consistiendo la primera en señalar que, aunque han sido remitidos a esta Junta los distintos pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos, el informe de esta Junta no debe recaer sobre el contenido concreto de los referidos pliegos, ya que según el artículo 50.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el informe previo de los pliegos corresponde al servicio jurídico respectivo, citándose expresamente a las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social entre los órganos a quienes resulta aplicable tal regla y sin que, por efecto de las normas generales de procedimiento sobre competencia, la del servicio jurídico pueda ser sustituida por la de esta Junta. En este sentido procede indicar que la Asesoría Jurídica de la Seguridad Social ha emitido su informe en relación con el contenido de los pliegos, sin perjuicio de la repercusión que en los mismos pueda tener el informe de esta Junta en el punto concreto que se somete a consulta de la misma.

La segunda matización previa que conviene realizar es la de que aunque la cuestión suscitada se trata de ligar a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la misma pudo suscitarse, en idénticos términos, durante la vigencia de la legislación de contratos del Estado, pues como se reconoce en el escrito de consulta, desde la Ley 37 /1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, dicha legislación se aplica directamente a las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, sin que en el extremo actualmente sometido a consulta, hayan variado los criterios de la legislación anterior a la vigente.

2. Las consideraciones anteriores permiten entrar en el examen de la cuestión suscitada consistente en determinar la naturaleza jurídica de los contratos que celebra la Seguridad Social para las prestaciones de Litroticia renal, Resonancia nuclear magnética, Hemodiálisis extrahospitalaria en Club de Diálisis, Transporte sanitario y Oxigenoterapia domiciliaria y otras técnicas a los beneficiarios de la Seguridad Social y, en concreto, si dichos contratos deben conceptuarse como contratos de gestión de servicios públicos, actualmente regulados en el Título II, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o contratos de servicios, regulados en el Título IV del Libro II de la propia Ley.

3. Del artículo 155.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas resulta la caracterización del contrato de gestión de servicios públicos como aquel por el cual la Administración encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio público y del artículo 197.3 de la propia Ley la caracterización de los contratos de servicios como los que tienen por objeto los de carácter técnico, económico, industrial, comercial o de naturaleza análoga, no comprendidos en los restantes contratos regulados en la Ley, los complementarios para el funcionamiento de la Administración, los de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de equipos e instalaciones y los de programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, resultando así que la diferencia entre ambos tipos de contratos viene establecida por la noción de servicio público y su encomienda a un particular en un caso y por la existencia, en otro, de servicios que no merecen el calificativo técnico de "públicos" en sentido estricto y que un particular presta a

la Administración contratante, por lo cual, la cuestión suscitada queda reducida a determinar si las prestaciones sanitarias que el Insalud debe realizar en favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, en concreto, las que constituyen el objeto del presente informe, y que, en virtud de un contrato encomienda a un particular merecen o no el calificativo de servicio público en sentido estricto.

4. La contestación afirmativa a la cuestión así planteada, no puede a juicio de esta Junta, ser discutida, conformando el criterio del informe de la Asesoría Jurídica del Insalud unido al expediente 26/95. De una parte, la regulación total de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, parte de la configuración de servicio público de los prestados por los que denomina Servicios públicos de Salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, contraponiéndolos a las actividades sanitarias privadas (artículos 88 a 94) declarando expresamente el artículo 90 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 ellas". En el mismo sentido, por otra parte, el artículo 199 de la Ley de Seguridad Social, texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo, 1/1994, de 20 de junio, establece que "para el mejor desempeño de sus funciones, los organismos de la Administración de la Seguridad Social, de acuerdo con sus respectivas competencias, podían concertar con entidades públicas o privadas, la mera prestación de servicios administrativos, sanitarios o de recuperación profesional".

El término "conciertos" a los que se alude en los preceptos reseñados no resulta incompatible, sino plenamente congruente, con el de contrato de gestión de servicios públicos, teniendo en cuenta que el artículo 157 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera como una de las modalidades de la contratación de la 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". De otro lado, resultan difícilmente encajables en el concepto de contratos de servicios los distintos objetos a que se refieren los pliegos remitidos, dado que todos ellos forman parte de la asistencia sanitaria que se presta a los beneficiarios de la Seguridad Social y no coinciden, por tanto, con los enumerados en el artículo 197.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siendo significativo, además, que el subapartado a), después de enumerar los servicios de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, establece como requisito excluyente para que los mismos puedan constituir el objeto de contratos de servicios que no se encuentren comprendidos en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro, circunstancia que debe predicarse del contrato de gestión de servicios públicos regulado en el Título II del Libro II, en contraposición a los contratos de servicios regulados en el Título IV del mismo Libro.

En resumen y como consecuencia de las conclusiones positiva y negativa que han quedado expuestas se puede afirmar que los contratos que tienen por objeto prestaciones sanitarias a los beneficiarios de la Seguridad Social, que celebra el Insalud, merecen el calificativo de contratos de gestión de servicios públicos y que, por ello, pueden ser encomendados a particulares en su modalidad de concierto, prevista expresamente en el artículo 157 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5. La configuración de estos contratos como contratos de gestión de servicios públicos produce una serie de consecuencias que resulta inexcusable examinar.

En primer lugar que, según establecen los artículos 155.1 y 156.5 a estos contratos, además de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, les resultan de aplicación las disposiciones esenciales del respectivo servicio, en este caso del Servicio público de Sanidad, que tendrán una influencia decisiva en orden a fijar el contenido del respectivo contrato.

En segundo lugar, en cuanto a los procedimientos de adjudicación de los mismos, que éstos serán los establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, los procedimientos abiertos y restringidos en su modalidad de concurso (artículo 160.1 de la

Ley) sin perjuicio de la aplicabilidad del procedimiento negociado en los casos expresamente previstos (artículo 160.2), sin que de la Ley resulte ningún género de incompatibilidad entre el concierto que se refiere más bien a la forma de prestación del servicio y el procedimiento de adjudicación con utilización del concurso. Por otra parte conviene aclarar que estos contratos, al estar excluidos de la regulación de la Directiva 92/50/CEE, sobre procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios, han quedado igualmente excluidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea su cuantía, de la obligación de publicar anuncios en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Por último ha de indicarse que, según resulta del artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y a diferencia de lo que sucede en los contratos de obras y en los de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, en los contratos de gestión de servicios públicos no resulta exigible el requisito de la clasificación de contratistas, por lo que cierta confusión que pudiera derivarse de la Orden de 24 de noviembre de 1982, redactada nuevamente por Orden de 30 de enero de 1991 y de la Resolución de 17 de mayo de 1991, de la Dirección General del Patrimonio del Estado sobre criterios para la clasificación de empresas consultoras y de servicios, en cuanto mencionan expresamente los servicios sanitarios, en general y los servicios de transporte en ambulancia, en particular, debe considerarse superada por los criterios resultantes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como norma posterior y de superior rango a las reseñadas, en los términos que han quedado expuestos en el presente informe.

6. Alguna consideración especial debe realizarse en relación con aquellos contratos -como el que tenga por objeto la prestación de Oxigenoterapia domiciliaria a otras técnicas- en los que puede no existir ninguna prestación sanitaria realizada por el adjudicatario a los beneficiarios de la Seguridad Social, sino la entrega de bienes o la realización de servicios a la Administración, por lo que el contrato deberá ser calificado como de suministro o de servicios regulados, respectivamente, en los Títulos III y IV del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, netamente diferenciados del contrato de gestión de servicios públicos, regulado en el Título II del mismo Libro de la Ley. Sin embargo, también debe advertirse que para la consideración del contrato como suministro o servicio debería aclararse el objeto del mismo en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, ya que en los remitidos, no resulta suficientemente claro si los bienes o servicios se entregan o realizan directamente a la Administración o al beneficiario de la Seguridad Social, siendo éste el dato decisivo, como se ha razonado, para determinar la naturaleza del contrato.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los contratos que celebra el Insalud para la prestación a los beneficiarios de la Seguridad Social de los servicios de Litroticia renal, Resonancia nuclear magnética, Hemodiálisis extrahospitalaria en Club de Diálisis y Transporte Sanitario son contratos de gestión de servicios públicos que deben adjudicarse, aunque sea en la modalidad de concierto, por los procedimientos regulados en el Título II, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con las demás consecuencias expresamente señaladas en el apartado 5 de este informe, sin que, por el contrario les resulten de aplicación los preceptos que, relativos a los contratos de servicios, se incluyen en el Título IV del mismo Libro II de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que, no obstante, el contrato que tiene por objeto la prestación de Oxigenoterapia domiciliaria y otras técnicas, si no comprende prestación sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social, deberá ser calificado de contrato de suministro de bienes o prestación de servicios a la Administración, debiéndose, al respecto, especificar claramente su objeto en los respectivos pliegos.