

Informe 3/12, de 17 de julio de 2012. "Real Decreto Mutuas".

Clasificación de los informes. 2. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. 2.1. Contratos administrativos 2.1.2. Contratos de gestión de servicios públicos.

ANTECEDENTES.

Por parte de D. P., Presidente de la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT), se formula ante esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa la siguiente consulta:

Don P., con domicilio a efectos de notificaciones en la calle ... de Madrid, actuando en nombre y representación de la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT), en calidad de Presidente de la misma', de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Real Decreto sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, atentamente

EXPONE

I. Que como reiteradamente ha puesto de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la cuestión de la admisibilidad de consultas formuladas a la misma ha de ser resuelta a la vista del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y de la demás normativa sobre contratación pública que resulte de aplicación.

Que el artículo 17 del citado Real Decreto establece que *"la Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos Ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos Autónomos y Entes Públicos, Interventor General de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa"*, si bien en diversas ocasiones la Junta Consultiva ha señalado la falta de legitimación para solicitar informe al no ser formulada la consulta por la persona competente, un Vicepresidente (Informe 39/95, de 21 de diciembre) o un Secretario del Consejo de Administración (Informe 8/96, de 7 de marzo) en lugar del respectivo Presidente, exigiendo, asimismo, respecto del ámbito territorial que la Entidad tenga carácter nacional (Informe 36/06, de 30 de octubre).

Que la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT) es una asociación constituida al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del Derecho de Asociación Sindical, inscrita en el Registro de Asociaciones Empresariales en virtud del principio de libertad de constitución en el ámbito del asociacionismo empresarial, consagrado en el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 19/1977, que establece que *"Los trabajadores y los empresarios podrán constituir en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses respectivos (...)"*.

A estos efectos, el apartado segundo de ese mismo artículo 1 establece que *"se entiende por rama de actividad el ámbito de actuación económica, la profesión u otro concepto análogo que los trabajadores y los empresarios determinen en los Estatutos"* y, de acuerdo con los de AMAT, su fin principal es *"la representación y fomento de los intereses de los asociados en cuantos asuntos les afecten, en relación con las Administraciones Públicas, Organismos y Entidades de cualquier naturaleza y ámbito, incluido el internacional"*.

A la vista de lo anterior, la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT) es una asociación constituida por la totalidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social al amparo de lo establecido en la Ley 19/1977, de 1 de abril, que regula el derecho de asociación sindical, y en el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, normativa que la configura como Asociación Profesional de carácter empresarial legítimamente constituida en defensa de los intereses colectivos del Sector de Mutuas de Accidentes de Trabajo como rama de actividad, como organización profesional de carácter nacional, que además se encuentra integrada en la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), y en consecuencia, cabe colegir su indubitado carácter de organización empresarial representativa del Sector de Mutuas de Accidentes de Trabajo como asociaciones de empresarios y, en consecuencia,

su legitimación para formular consulta a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa al amparo de lo dispuesto por el art. 17 antes citado.

III. Que el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) en su artículo 3, apartado 1, letra g) establece que "a los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: g) las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social"; redacción esta que deriva de la Ley 30/2007, por la que se aprobó la Ley de Contratos del Sector Público, norma que incluyó por primera vez a las Mutuas en el ámbito de aplicación de la normativa de contratación.

IV. Que esta sujeción de las Mutuas a la LCSP, régimen desconocido para estas Entidades antes del 2007, ha venido generando cierta preocupación en el Sector, de ahí el interés por aclarar determinados aspectos en relación con su régimen de contratación en un intento de superación de las contradicciones que presentan ciertas interpretaciones administrativas que se han venido realizando en relación con esta cuestión. Por este motivo, el pasado 19 de enero de 2010 se remitió consulta a la JCCA por esta asociación, consulta que fue resuelta con fecha 23 de julio de 2010.

V. Que el pasado 22 de noviembre de 2011 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las Mutuas de Accidentes de Trabajo. El objeto perseguido con la publicación de la anterior norma, según se recoge en la exposición de motivos de la misma, es establecer mecanismos para garantizar la optimización de la utilización de los medios con los que cuentan las Mutuas para dispensar la prestación de asistencia sanitaria a los trabajadores accidentados y para coordinar su utilización con los recursos públicos.

VI. Que la anterior norma introduce diferentes previsiones que afectan e inciden directamente en el marco jurídico de contratación de estas Entidades, de ahí el interés por aclarar determinados aspectos en relación con el alcance y aplicación de las previsiones recogidas en la LCSP, y es por ello, que se procede a realizarse la siguiente:

CONSULTA

1. Sobre el alcance del régimen jurídico de aplicación a las prestaciones sanitarias y recuperadoras de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

El apartado primero del artículo 1 del Real Decreto 1630/2011, establece que

"1. Las prestaciones sanitarias y recuperadoras de la Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales, encomendadas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, así como la asistencia sanitaria correspondiente a contingencias comunes que sea legalmente autorizada o que pueda realizarse y facturarse de conformidad con la normativa aplicable, se podrán hacer efectivas por aquéllas mediante alguna o algunas de las siguientes modalidades:

- a) *A través de los recursos sanitarios y recuperadores gestionados por las Mutuas, incluidos los de las entidades y centros mancomunados.*
- b) *Por medio de convenios con las Administraciones públicas sanitarias o mediante conciertos con medios privados."*

Posteriormente, el apartado cuarto del citado artículo, recoge que *"la celebración de los contratos que sean necesarios para dar cumplimiento a las previsiones contenidas en el presente Real Decreto se ajustarán, en cuanto sea de su aplicación a lo establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público"*

Hay que señalar además que ateniéndonos al contenido a las previsiones del artículo 11 del citado Real Decreto, cuando *"las Mutuas no dispongan de recursos sanitarios y recuperadores, incluidos los mancomunados, ni exista posibilidad de utilización de instalaciones de otras Mutuas en condiciones económicas al menos tan ventajosas como las que ofrezcan los conciertos privados o no exista convenio con las Administraciones*

públicas sanitarias a través de los cuales se pueda dispensar de forma adecuada la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora en el área geográfica de influencia en la que se precise dicha asistencia, las Mutuas podrán prestar dichos servicios mediante concierto con medios privados".

En relación con lo anterior previsión, hay que tener presente que estando las Mutuas incluidas dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y teniendo la obligación de ajustar su actuación a lo previsto en dicha Ley, deben de adecuar sus actos al principio de igualdad de trato y de no discriminación entre los distintos proveedores sanitarios.

Ante esta situación, se considera necesario que esa Junta Consultiva valore si la aplicación por parte de las Mutuas de la prelación recogida en el artículo 11, priorizándose que se acuda a concertar la prestación de asistencia sanitaria con otras Mutuas o con las Administraciones públicas sanitarias, en detrimento de los centros privados, es o no contraria a los principios generales que deben respetar las Mutuas como entidades que forman parte del sector público a los efectos de aplicación de la LCSP, y especialmente los de igualdad de trato y de no discriminación.

Asimismo hay que destacar que de la redacción literal del apartado 4 del artículo 1, parecería desprenderse que la sujeción a la LCSP únicamente se produciría cuando las Mutuas celebran contratos con centros privados, y no cuando suscriban acuerdos de colaboración con otras Mutuas (regulados en el artículo 6 y siguientes del Real Decreto) o convenios de colaboración con la Administración pública sanitaria previstos en el artículo 9 del Real Decreto. En cualquier caso, las tres posibilidades anteriores van destinadas, en todos los supuestos, a garantizar unas adecuadas instalaciones para prestar la correspondiente asistencia sanitaria, y la celebración de este tipo de convenios, en base al artículo 4 de la LCSP, no se encontrarían excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP.

Ante esa posible contradicción entre las previsiones de la LCSP y el Real Decreto 1630/2011, se consulta la opinión de esa Junta Consultiva acerca del alcance y aplicación de la normativa de contratación a los supuestos en que una Mutua suscriba un acuerdo de colaboración con otra Mutua o un convenio de colaboración con la Administración pública sanitaria para garantizar unas adecuadas instalaciones para prestar la correspondiente asistencia sanitaria a los trabajadores cubiertos por esa Entidad.

2. Sobre la duración de los conciertos que celebran las Mutuas con medios privados.

El párrafo tercero del artículo 11 del Real Decreto 1630/2011, establece que:

“(...) La vigencia de dichos conciertos no podrá superar el periodo de dos años cuando la prestación de servicios se realice en centros hospitalarios, o de un año en el resto de los supuestos, y podrán prorrogarse expresamente por igual periodo, por acuerdo de la junta directiva, en el caso de persistir las circunstancias señaladas en el párrafo anterior.”

En cuanto a esta previsión sobre la vigencia de los conciertos, debe tenerse en cuenta que en base al artículo 8 de la LCSP, este tipo de conciertos tendrían la naturaleza de contrato de gestión de servicios públicos, y ateniéndonos a las previsiones del artículo 278, letra c), tendrían una duración máxima de diez años.

Independientemente de la consideración anterior sobre la duración de los contratos de gestión de servicios públicos, en el caso de que se pudiese considerar que los conciertos que celebran las Mutuas con medios privados para prestar asistencia sanitaria deban tener la consideración de un mero contrato de servicios, la duración máxima de los mismos, ateniéndonos al artículo 303 de la LCSP sería de cuatro años.

En base a las contradicciones anteriores, sería conveniente que esa Junta se pronunciase sobre si las previsiones recogidas en el artículo 11 del Real Decreto 1630/2011 sobre la vigencia de los conciertos a suscribir con medios privados, se ajusta a la legalidad prevista en el Real Decreto Legislativo 3/2011.

3. Sobre la aplicación de los principios que rigen la normativa de contratación del Sector Público.

El artículo 1 de la LCSP establece los principios bajo los que la Ley regula la contratación del sector público. Concretamente este artículo establece en primer lugar el principio de acceso a las licitaciones, además de los principios de publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos:

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. (...)”

Por su parte el artículo 12 del Real Decreto 1630/2011, establece los requisitos de los medios sanitarios y recuperadores privados para concertar con las Mutuas. Concretamente, los centros sanitarios privados, ya se trate de personas jurídicas o de personas físicas, han de reunir las siguientes condiciones:

- a. Disponer de medios propios, materiales y personales, para llevar a cabo los servicios objeto del concierto.
- b. Contar con la debida autorización de funcionamiento y acreditación de suficiencia y adecuación de medios por parte de la autoridad sanitaria competente de la comunidad autónoma y hallarse inscrito en el registro de entidades sanitarias autorizadas de dicha comunidad autónoma.
- c. Hallarse inscrito en el correspondiente registro que se llevará a estos efectos en la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.
- d. No tener ningún tipo de vinculación o relación comercial, financiera o de cualquier otra clase, con empresas representadas en la junta directiva de la mutua, con el representante de las mismas, con el director gerente o cualquier otra persona que ejerza funciones de dirección ejecutiva en la mutua.
- e. Acreditar un volumen de facturación por prestaciones satisfechas en los tres años precedentes a la formalización del concierto superior a la facturación estimada por las prestaciones objeto del contrato.

En relación a la aplicación de los principios rectores de la contratación pública, resultaría necesario determinar si los mismos se verían o no quebrantados por la previsión de la letra e); así como el artículo 139 de la LCSP que lleva por título principios de igualdad y transparencia al establecer que *“los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”*.

En una primera lectura se podría pensar que estos principios sólo son de aplicación a los candidatos y licitadores, pero que sucede con los que no son ni licitadores ni candidatos, pero están interesados en participar en el correspondiente concurso. A este colectivo, igualmente deben de aplicarse estos principios del artículo 139 de la LCSP, puesto que de modo contrario no tendría sentido el principio de libertad de acceso a las licitaciones. Concretamente la Directiva 2004/18/CE, establece los principios de adjudicación de los contratos estableciendo que *“los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia”*.

En este punto, habría que plantearse si mediante Real Decreto se pueden establecer una serie de restricciones a la competencia, de modo que se limite la libertad de acceso a las licitaciones a

operadores económicos que no cumplan con los cinco requisitos establecidos en el artículo 12 del Real Decreto 1630/2011 y específicamente el requisito e).

Hay que tener en cuenta que los requisitos de los medios sanitarios y recuperadores privados para concertar con las Mutuas no están establecidos en una norma con rango de Ley, sino en un Real Decreto, por lo que no se cumpliría el rango normativo exigido en nuestra legislación. En este sentido, el artículo 12.3 de la LDC establece que *“La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”*.

Por todo lo anterior, de cara a garantizar la adecuada seguridad jurídica en la actuación a desarrollar por las Mutuas, se considera de interés conocer el criterio de esa Junta Consultiva sobre si la aplicación del artículo 12 del Real Decreto 1630/2011, en el que se establecen los requisitos de los medios sanitarios y recuperadores privados para concertar con las Mutuas, estaría creando una barrera de acceso a los posibles licitadores, contraria a las previsiones recogidas en la LCSP, y por lo tanto, creando un obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de la prestación de servicios sanitarios.

SOLICITA

Que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991 que regula su régimen orgánico y funcional, se pronuncie sobre las cuestiones planteadas, dando contestación a la presente consulta formulada a la misma a través de la representación ostentada por quien la suscribe, en nombre del Sector de Mutuas de Accidentes de Trabajo, a fin de que, esa Junta en virtud de las competencias que le han sido conferidas por los artículos 2.4 y 17 del citado Real Decreto, dicte las recomendaciones e instrucciones que considere oportunas al respecto, en orden a dotar de seguridad jurídica a la actividad contractual de estas entidades, y a resolver las dudas existentes en el sector que afectan a la intensidad y especialidades de la aplicación a las mismas de los preceptos de la mencionada Ley de Contratos del Sector Público.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa formulando una consulta respecto a la compatibilidad de determinados preceptos del Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, referidos a los concertos a celebras por las Mutuas para la prestación de la asistencia sanitaria, con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. Sobre este particular, cabe advertir que el citado Real Decreto 1630/2011, fue aprobado por el Consejo de Ministros, de acuerdo con el Consejo de Estado.

Dicho Órgano Consultivo, en su dictamen de 13 de octubre de 2011, sin perjuicio de formular observaciones concretas, se ha pronunciado en sentido favorable a la elevación del proyecto al Consejo de Ministros para su aprobación.

En particular, y respecto a las cuestiones planteadas en relación con la compatibilidad de la regulación propuesta con lo dispuesto en la legislación de Contratos del Sector Público, ha entrado en su análisis, señalando lo siguiente:

a) Con carácter general, señala:

“III. El Proyecto cuenta con suficiente base normativa pues, además de las habilitaciones específicas para cuestiones concretas que existen en el ordenamiento, existe una habilitación general en el artículo 5.2.a), en relación con la disposición final séptima, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad social (LGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

También cabe destacar la habilitación contenida en el artículo 71.5 de la LGSS, respecto de los artículos 16 y siguientes del Proyecto.

En definitiva, se considera que el Proyecto cuenta con suficiente habilitación normativa y que el rango elegido -real decreto- es el adecuado.”

b) Respecto al orden que establece respecto al empleo de diferentes medios, en su considerando V:

“(…) Por su parte, el Proyecto establece un sistema de utilización exclusiva y excluyente que en grado descendente abarca desde el empleo de los propios medios (artículos 3 y 4), pasando por la colaboración intermutual (artículos 5 a 7) y la celebración de convenios con las Administraciones públicas sanitarias o de acuerdos con las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (artículos 8 y 9), hasta la celebración de conciertos con medios privados (artículos 10 a 15).

Esta ordenación en círculos concéntricos de la actividad mutual contrasta con lo establecido en el artículo 12 del Reglamento de 1995, en el que, además de lo ya señalado, se prevé que "las mutuas podrán concertar la utilización de sus instalaciones y servicios sanitarios y recuperadores por parte de otras mutuas y de las administraciones públicas sanitarias, así como por las entidades gestoras de la Seguridad Social, con arreglo a lo dispuesto, en cuanto sea de aplicación, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre". Es decir, que esta posibilidad no exige como condición sine qua non la carencia o insuficiencia de recursos propios, en los términos del artículo 12.3 del Reglamento.

Se advierte así, en definitiva, una de las principales finalidades del Proyecto, consistente en la ordenación de la actividad mutual, ahora desde la perspectiva de la determinación de las posibilidades a su alcance para la prestación de sus servicios con medios propios o ajenos. Como señalara el Consejo de Estado en los dictámenes números 657/2005 y 1.672/2009, es admisible que por vía reglamentaria se desarrolle la potestad de dirección y tutela que el Ministerio de Trabajo e Inmigración ostenta sobre las mutuas. Esa potestad puede manifestarse en la modificación de los mecanismos de actuación de las mutuas, a fin de mejorar su gestión y su actividad como entidades de colaboración con el sistema de Seguridad Social. (...)

c) En relación con el régimen jurídico de los conciertos y las especialidades que establece respecto al TRLCSP, señala, en V:

“... Quiere ahora destacarse que este tipo de contratos se ha convertido, tras la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en el único contrato al alcance de las mutuas para la gestión de la prestación sanitaria y recuperadora. En concreto, dicha Ley 2/2011 procedió a la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), cuyo artículo 8 ("contrato de gestión de servicios públicos") pasó a disponer lo siguiente: “...”

Las modulaciones que al régimen de este tipo de contratos establece el vigente Reglamento de colaboración y las que pretende introducir el Proyecto están amparadas en las posibilidades que admite el legislador (así, en materia de duración de los conciertos que celebran las mutuas, las limitaciones que introduce el artículo 10 del Proyecto pueden considerarse permitidas por el artículo 254 de la LCSP).”

d) En particular, y respecto a los requisitos exigidos a los sujetos privados, el mismo considerando V establece:

“En relación con los requisitos de los sujetos privados, a los efectos de poder celebrar conciertos con las mutuas, la letra e) del artículo 11 exige la acreditación de "un volumen de facturación por servicios a terceros en los tres años precedentes superior a la facturación estimada por los servicios a prestar a la mutua".

Sobre ello ha de indicarse, de un lado, que la referencia al volumen de facturación guarda cierta similitud con lo establecido en los artículos 64 y 67 de la LCSP en materia de solvencia de los contratistas, pero no queda claro en el

Proyecto quiénes son esos "terceros" -pues si ya existe un concierto, también podrán ser otras mutuas-, ni el momento a partir del cual han de contarse esos tres años precedentes. Y de otra parte, no se considera adecuada la expresión "por los servicios a prestar a la mutua", ya que por medio del concierto se acuerda que el centro sanitario privado preste el servicio a aquellos trabajadores a los que no puede atender la mutua, a la que no se presta servicio. Se sugiere que en esta letra e), y en consonancia en la letra a) del artículo 11, se sustituya la referencia a los servicios por otra a las prestaciones que realizará las prestaciones objeto del contrato."

3. A la vista del análisis que realiza el Consejo de Estado sobre la compatibilidad del Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, procede asumir el contenido del dictamen en estos puntos por esta Junta Consultiva a los efectos de dar respuesta a la consulta planteada.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa comparte los argumentos expuestos en el dictamen del Consejo de Estado sobre los preceptos objeto de consulta del Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, referidos a los conciertos a celebrar por las Mutuas para la prestación de la asistencia sanitaria, que se asumen como propios.