



**Informe 34/13, de 21 de marzo de 2014, “Naturaleza jurídica de determinados servicios hospitalarios y del contrato en que se engloban así como responsabilidad derivada.”**

**Clasificación de informes: 2. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. 2.1.2. Contratos de gestión de servicios públicos. 2.1.5. Contratos de servicios.**

## ANTECEDENTES

El Director General de Tributos dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando se emita informe en los siguientes términos:

*“Con fecha 21 de mayo de 2013, tuvo entrada en esta Dirección General un escrito por el que se formula una consulta sobre la calificación de un determinado contrato suscrito con el Servicio Madrileño de Salud, a efectos de su tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido.*

*Dado que para poder resolver esta consulta y otras que pudieran formularse en un futuro, es necesario delimitar previamente la naturaleza de dicho contrato, así como las obligaciones derivadas del mismo para las partes, en particular si la entidad adjudicataria del contrato asume la responsabilidad médica del tratamiento, es por lo que, en virtud de lo previsto en el artículo 299 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se solicita informe de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, con el ruego de que en la contestación se haga constar la referencia “Expediente”.*

*El informe 37/95, de 24 de octubre de 1995, emitido por la Junta de Contratación Administrativa se pronunció sobre un tema similar, si bien se desconoce si han cambiado las condiciones del acuerdo contractual.*

*Se acompañan fotocopia de la consulta y demás documentación anexa.”*

A los efectos del presente Informe, se transcribe la información relevante de la totalidad del expediente remitido:

*“(..).*

*Primero.- Antecedentes: descripción y evolución de la actividad*

*2.Las terapias respiratorias domiciliarias (en adelante TRD) son definidas como aquellos tratamientos orientados al mantenimiento de un correcto estado ventilatorio de los pacientes, a la mejora de su esperanza de vida y a la disminución de las estancias hospitalarias (Orden de 3 de marzo de 1999, del Ministerio de Sanidad y Consumo, BOE nº 62 de 13 de marzo).*

*Tal y como brevemente se expone a continuación, se trata de terapias que se aplican en enfermos diagnosticados por médicos especialistas, cobrando su correcta aplicación una importancia decisiva para su supervivencia, hecho por el cual no resulta viable su prestación sin la necesaria supervisión clínico-sanitaria permanente.*

*La necesidad de encontrar eficiencias en la gestión de la sanidad pública mediante la disminución de las estancia media hospitalaria ha propiciado en el pasado reciente un extraordinario desarrollo de modalidades de atención sanitaria fuera del ámbito estrictamente hospitalario, tales como la hospitalización a domicilio, centros de día, gestión telemonitorizada de pacientes crónicos, etc.*

*Las TRDs no han sido ajenas a este desarrollo, transformando una actividad fundamentalmente centrada en la provisión de soluciones terapéuticas en un servicio de gestión sanitaria del paciente respiratorio y de su patología, incorporando supervisión y control sanitario, resultando actualmente una prestación con una notable carga asistencial que corre a cargo fundamentalmente de profesionales sanitarios.*

*En efecto, la atención domiciliaria es una opción asistencial para aquellos enfermos que requieren ingreso hospitalario, pero cuyos cuidados médicos y de enfermería se proporcionan en el domicilio.*

*Los principales objetivos de este tipo de asistencia se pueden resumir como sigue:*

- Mejorar la calidad de vida del enfermo, prestándole asistencia similar en su entorno familiar y favoreciendo su reinserción precoz al ambiente que le es habitual.*
- Mejorar la educación sanitaria del enfermo y su entorno familiar y social.*
- Promover la interconexión entre asistencia hospitalaria y extrahospitalaria, de modo que el paciente nunca se encuentre desatendido.*
- Ayudar a racionalizar los recursos hospitalarios en el sentido de lograr una mejor redistribución de los mismos.*

*3. En concreto y de acuerdo con la normativa sanitaria reguladora de dichas terapias, se pueden extraer las siguientes características concurrentes en las TRD:*



i) Son prestaciones sanitarias básicas incluidas en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre.

ii) Son procesos y prestaciones sanitarias que, en ausencia del servicio prestado por las empresas concertadas, necesariamente serían realizadas en el ámbito hospitalario.

iii) Responden a situaciones clínicas concretas de los pacientes debidamente diagnosticadas y prescritas de manera individualizada por médicos especialistas o unidades especializadas que determina el Instituto Nacional de Salud o los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

iv) Constituyen una continuación y prolongación de la atención hospitalaria

v) Permiten, en definitiva, hacer completa y efectiva la asistencia sanitaria y el tratamiento de las enfermedades a que responden.

4. En la actualidad son las Comunidades Autónomas, excepto para la ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, Analista de Sistemas que contratan esta prestación mediante la convocatoria de contratos de gestión de servicio público, bajo un marco contractual único e indivisible que engloba las diferentes prestaciones asistenciales.

En definitiva, se trata de un contrato en virtud del cual una empresa asume la responsabilidad de un servicio sanitario que los servicios de salud públicos tienen la obligación de prestar en su calidad de garantes de la salud de los pacientes. Si este servicio no fuera prestado por empresas concertadas, debería ser la Administración la que lo hiciera con sus propios medios.

En este sentido, la práctica totalidad de los últimos concursos autonómicos relativos a este servicio han sido calificados como contratos de gestión de servicio público.

(...).

5. La Ley de Contratos del Sector Público dispone que los pliegos de cláusulas administrativas particulares contendrán la definición del objeto del contrato con expresión de la codificación CPA, recogida en el Reglamento (CE) nº 451/2008, vigente desde el 4 de junio de 2008. Cuando el contrato sea de importe igual o superior a los umbrales comunitarios, los pliegos y el anuncio de licitación deberán indicar además la codificación correspondiente a la nomenclatura del Vocabulario Común de Contratos (CPV) de la Comisión Europea, recogida en el Reglamento (CE) nº 213/2008 de la Comisión.

En este sentido, los CPA y CPV que figuran en los citados expedientes de contratación son los siguientes:

.- Cataluña:

Código CPA: 85.14.1 "Otros servicios sanitarios"

Código CPV: 85111700-7 "Servicios de oxigenoterapia"

.- Comunidad de Madrid:

Código CPA: 86.22.19 "Otros servicios de medicina especializada"

Código CPV: 85140000-2 "Servicios diversos de salud"

.- Andalucía - Hospital Torrecárdenas:

Código CPA: 86.22.1. "Servicios de medicina especializada"

Código 85111700-7 "Servicios de oxigenoterapia"

.- Comunidad Valenciana:

Código CPA: No figura

Código CPV: 85140000-2 "Servicios diversos de salud"

Como se puede apreciar, resulta de interés insistir en que la propia terminología administrativa hace referencia en todos los casos al concepto "servicio" (servicio público).

6. Como añadido, todos los pliegos citados hacen referencia al carácter "servicio" de la prestación. Así por ejemplo:

i) En el punto 5.1 de cuadro resumen de los pliegos del Expte. 407/2012 correspondiente al Hospital Torrecárdenas de Almería, al referir a la necesidad e idoneidad de la contratación establecen "La necesidad que se satisface es la prestación de una adecuada atención sanitaria a los pacientes atendidos por el Servicio Andaluz de Salud en el área de cobertura del presente expediente. Este contrato es necesario para la realización del tratamiento de las terapias respiratorias domiciliarias a los pacientes del Servicio Andaluz de Salud,



*con carácter complementario de los servicios propios. Esta es una prestación incluida en la cartera de servicios común es del Sistema Nacional de Salud establecida por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre.”*

*ii) En el punto 1 “Objeto del Contrato” del pliego de prescripciones técnicas del Expte. 66/2013 de la Conselleria de Sanitat de la Comunidad Valenciana, se establece que “El avance en el conocimiento científico de estos procesos en los últimos años y la verificación de su utilidad ha generado un aumento exponencial en el uso de estas terapias y su potencialidad en campos como el tratamiento de la apnea obstructiva del sueño, en el cual se ha mostrado muy eficaz. En otras patologías y, sobre todo, en el tratamiento y mantenimiento establece pacientes crónicos a domicilio, cabe maximizar la utilización de los recursos disponibles ubicando el mejor recurso en el sitio adecuado a fin de adaptar los servicios clínico-terapéuticos existentes y mejorar de esta forma la eficiencia en su tratamiento”.*

*7. Los pliegos de condiciones de dichos concursos públicos establecen ciertas características comunes y asunciones, alguna de las cuales se mencionan a continuación:*

*i) Los servicios a prestar por el licitador consisten en un conjunto de terapias que forman parte de la asistencia sanitaria, y en coordinación con todos sus estamentos, atención primaria y especializada.*

*ii) Deben ser prestado y/o supervisados por profesionales en posesión de la titulación y formación específica requerida en cada caso. En todos los casos, se precisa la existencia de personal sanitario para la realización el servicio.*

*A título de ejemplo, reproducimos íntegramente el apartado “Bloque C: Recursos Humanos. Requisitos mínimos” del Expte. C.A. Terapias respiratorias domiciliarias 2011 de la Comunidad de Madrid. Como se observa, solamente se establecen requisitos específicos de recursos humanos para el personal sanitario que interviene en la prestación.*

*“Bloque C: Recursos Humanos  
Requisitos Mínimos*

*1- La empresa dispondrá de un número suficiente de personal sanitario: médicos, enfermeras, fisioterapeutas, auxiliares de enfermería, para mantener los estándares de calidad del servicio y de la atención domiciliaria, tanto en lo que respecta al número de visitas domiciliarias exigidas, como en los indicadores a recoger, etc., este personal estará debidamente formado en la materia.*

*2- Al momento de la licitación, la empresa deberá acreditar la disponibilidad, de al menos, un médico, un DUE y un fisioterapeuta y presentará un proyecto de cuantificación y distribución de los recursos humanos necesarios para el cumplimiento de los recogido en el punto 1 de este apartado.*

*3- Cada centro prescriptor contará con el menos un DUE y un fisioterapeuta asignados por la empresa, que se identificará en el momento de la firma del contrato.*

*4- El personal sanitario de la empresa adjudicataria deberá de haber completado un programa de formación encaminando al conocimiento de los equipos, las técnicas, el adiestramiento de los pacientes y detección de los cuidados necesarios. Este programa deberá de ser conocido por el servicio prescriptor.*

*5- El personal sanitario especializado de la empresa deberá colaborar a nivel hospitalario en el adiestramiento, instalación, y seguimiento de las TRD, bajo las directrices del Servicio de Neumología. Estas actividades se desarrollarán en el propio domicilio del paciente o en el ámbito hospitalario bajo la forma de sesiones grupales, aulas de formación o consultas individualizadas.*

*6- El personal sanitario y técnico realizará las actividades definidas en los apartados del bloque B- Prestación de Servicios”*

*iii) Los protocolos de tratamiento incluidos en los pliegos establecen la obligación de que el personal sanitario de las empresas que presten estos servicios lleven a cabo un seguimiento de los pacientes 24 horas al día y todos los días año.*

*8. La práctica totalidad de los concursos recientes califican estos servicios como servicios sanitarios exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA o Impuesto en adelante) conforme el artículo 20.uno.2º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, “Ley del IVA”). En particular, así ha ocurrido en los cuatro últimos expedientes convocados por los*



*servicios de salud de Madrid, Cataluña, Andalucía y Comunidad Valenciana. Estas cuatro comunidades autónomas acumulan una población de más de 27,6 millones de habitantes y representan más del 58% de la población española.*

*9. Con el fin de que ese Centro directivo disponga de todos los elementos necesarios para contestar a la consulta que se plantea, se procede a continuación a una breve descripción de los fundamentales que componen las denominadas TRDs que son convocadas bajo un marco contractual único e indivisible (no se convocan terapias de manera aislada)*

## *I. Oxigenoterapia*

*La oxigenoterapia crónica domiciliaria (OCD) consiste facilitar al paciente el acceso de oxígeno para uso continuo en su domicilio, estando indicada para pacientes con hipoxemia crónica, que desarrollan la denominada Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica (EPOC) y que presentan alguna de las siguientes circunstancias:*

- Hipertensión arterial pulmonar*
- Poliglobulia con hematocrito superior al 55%*
- Cor pulmonar crónico.*
- Trastornos del ritmo cardiaco.*

*Existen diferentes modalidades de prestación del tratamiento de oxigenoterapia:*

- Oxigenoterapia crónica con cilindros de oxígeno: este tratamiento consiste en presar el servicio de oxigenoterapia mediante cilindros de oxígeno junto con los accesorios necesarios para su utilización, que permiten al paciente disponer en su domicilio del flujo de oxígeno necesario para el tratamiento de su enfermedad.*
- Oxigenoterapia con concentradores: este tratamiento consiste en la prestación del servicio de oxigenoterapia mediante el uso de concentradores de oxígeno como fuente del mismo.*
- Oxigenoterapia con oxígeno líquido: en este caso la prestación del tratamiento tiene lugar mediante la utilización de sistemas de oxígeno líquido.*

*Para cualquiera de las terapias anteriormente descritas, el tratamiento domiciliario de oxigenoterapia crónica lleva asociado un proceso de seguimiento en el domicilio del paciente a lo largo del tiempo.*

*Previamente, ha de realizarse una instalación de los equipos, que debe ser realizada por el personal sanitario aportado por los socios FENIN. Para proceder a la misma, el personal de enfermería y medicina tendrá acceso a la información clínica del paciente que sea necesaria para poder instaurar el tratamiento.*

*Este personal sanitario será el encargado de asegurar el correcto establecimiento del tratamiento en el domicilio del paciente, su formación, educación acerca de la terapia y hábitos saludables, adherencia al tratamiento, ...*

*El tratamiento OCD también incluye la recomendación de realizar diferentes test diagnósticos durante la prestación del mismo. A título de ejemplo, periódicamente el personal sanitario debe realizar oximetrías domiciliarias para poder determinar la adaptación y la eficacia del tratamiento.*

*Dado el carácter discapacitante de enfermedades como la EPOC (con severas limitaciones de movilidad y calidad de vida para los pacientes), las empresas prestatarias vienen obligadas a realizar programas de apoyo psicológico para los pacientes que, naturalmente, son desarrollados por psicólogos, también considerados Personal sanitario*

## *II. Ventilación mecánica*

*La ventilación mecánica domiciliaria (VMD) se define como una técnica de soporte ventilatorio a largo plazo para pacientes que, en situación estable, presentan una Insuficiencia Respiratoria Crónica (IRC), con situaciones clínicas de síndrome de hipoventilación*



central, enfermedades neuromusculares con afectación respiratoria, enfermedades restrictivas de la caja torácica, y en pacientes con EPOC o bronquiectasias.

Esta técnica debe de ser instaurada por personal sanitario especializado. Se puede realizar en el hospital o en el domicilio del paciente, dependiendo del tipo de ventilación y el estado clínico del paciente. De hecho, en la mayoría de los casos, el tratamiento se inicia en el hospital hasta que se consigue una determinada estabilidad en el tratamiento del paciente, momento a partir del cual se traslada la prestación al domicilio.

Los pacientes ventilodependientes necesitan estar tratados o bien en un centro hospitalario o bien en su domicilio bajo esta modalidad de prestación.

Durante la puesta en marcha del tratamiento, el personal sanitario especializado procede a realizar la educación del paciente y de sus familiares / cuidadores.

Posteriormente, se programa un calendario protocolizado de visitas de seguimiento periódico en el domicilio del paciente, para comprobar que se está realizando el tratamiento correctamente, para suministrar los materiales que sea necesario reemplazar y realizar la evaluación clínica de evolución del paciente. Estos informes son compartidos con los médicos prescriptores y se incluyen en la historia clínica de los pacientes.

### III. Tratamiento del síndrome de apneas-hipoapneas del sueño.

El síndrome de apneas-hipoapneas durante el sueño (SAHS) está caracterizado por episodios repetidos de obstrucción de la vía aérea superior, y puede derivar en el desarrollo de hipertensión arterial, enfermedades cardiovasculares y enfermedades cerebrovasculares.

El diagnóstico de este síndrome se realiza mediante el uso de sistemas de registro poligráfico que puede ser cardio-respiratorio o además añadir señales neurológicas. Las empresas prestadoras del servicio llevan a cabo con frecuencia este tipo de pruebas diagnósticas en el domicilio del paciente.

El tratamiento del SAHS se lleva a cabo mediante la aplicación de presión positiva continua en la vía aérea, pudiendo utilizar diferentes fuentes de presión que van desde la CPAP (un nivel fijo de presión) hasta la BPAP (dos niveles fijos de presión) pasando por AutoCPAP (nivel de presión ajustable a las necesidades del paciente).

El tratamiento se instaura, se gestiona y se controla por personal sanitario especializado. Los resultados de la terapia se incorporan a la historia clínica de los pacientes para su consulta por el médico prescriptor. En estos informes se comprueba la eficacia del tratamiento mediante la monitorización de los síntomas del paciente, y sus variables clínicas.

### IV. Aerosolterapia o tratamiento domiciliario con nebulizadores

La aerosolterapia es un tratamiento basado en la administración de sustancias en forma de aerosol por vía inhalatoria, con el objetivo de obtener concentraciones de sus principios activos en el aparato respiratorio. En línea con las terapias anteriormente descritas, el servicio consiste en desarrollar domiciliariamente el tratamiento prescrito por el médico de referencia, formando al paciente, gestionando sus dudas e incidencias, controlando su adaptación y adherencia al tratamiento, e informando y documentando estas variables para que estén a disposición del médico en la historia clínica del paciente.

10. Como puede desprenderse claramente de las descripciones aportadas anteriormente, las TRD implican necesariamente asistencia sanitaria y la exigencia de la participación de dichas actividades de profesionales sanitarios. Obviamente, en la prestación global de estos servicios (que reiteramos, se convocan bajo un mismo expediente que engloba las diversas actividades asistenciales), en algún punto interviene personal no sanitario (por ejemplo personal de atención telefónica, logística o el personal de administración de la empresa), que ejercen una labor auxiliar de la prestación principal que es el tratamiento del paciente. A título de ejemplo, nos referimos de nuevo en este punto al reciente concurso de Madrid que, al referirse a los requisitos mínimos de los recursos humanos que debe aportar la empresa adjudicataria, exclusivamente refiere al personal sanitario que realiza el servicio.



11. El propio sistema de facturación de la prestación gira en torno al paciente. No existe facturación individualizada por procesos (formación, atención telefónica, o consumo de fungible...) sino que la facturación refiere al número de pacientes o población tratada.

Desde que recientemente la Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica (SEPAR) publicó en los “Archivos de Bronconeumología” unos estándares de calidad en la prestación del servicio de Terapias Respiratorias Domiciliarias, la prestación del mismo goza de similares características en todas las comunidades autónomas. Los nuevos concursos convocados a partir de entonces han sido convocando calificando las TRDs como servicios sanitarios exentos.

(...)

Como servicio sanitario complejo, entendiéndose que el elemento principal de la actividad es la prestación de un servicio médico semejante al que puede recibirse en un hospital, pero prestado en el propio domicilio del paciente, la prestación de la TDR por los socios de la consultante, esto es, la oxigenoterapia, aerosolterapia, tratamiento del síndrome de apneas-hipoapneas del sueño y la ventilación mecánica, podrían resultar exentas de acuerdo con lo establecido por el artículo 20.Uno.2º y/o de la Ley del IVA, (...).

En la contestación del año 2011, la DGT alude al Informe 37/95 de 24 de octubre de 1995, emitido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre “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”, en el que se concluye:

1. Que los contratos que celebra el Insalud para la prestación a los beneficiarios de la Seguridad Social de los servicios de Litotricia renal, Resonancia nuclear magnética, Hemodiálisis extra-hospitalaria 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.

Es decir, el citado informe no niega el carácter de gestión de servicios públicos de la Oxigenoterapia domiciliaria, sino que considera que tal carácter no concurre cuando no se comprenda prestación sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social, algo que, como ya ha tenido ocasión de manifestar la Consultante, no sucede en la actualidad, por cuanto las terapias respiratorias domiciliarias son prestaciones sanitarias básicas incluidas en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, siendo importante a este respecto recordar, tal y como ya ha expuesto la Consultante anteriormente, que la práctica totalidad de los concursos autonómicos relativos a este servicio han sido calificados como contratos de gestión de servicio público.

Además, resulta conveniente aclarar que el citado informe es de fecha 1995, previo por tanto a la Orden de 3 de marzo de 1999 para la regulación de las técnicas de terapia respiratoria a domicilio en el Sistema Nacional de Salud, que por otro lado, se refiere en su exposición a la Ley General de Sanidad del año 1986, y que parece no haberse tenido en cuenta por este Órgano en sus interpretaciones, en la medida en que la citada normativa expresamente considera que la asistencia sanitaria especializada incluye la hospitalización y la asistencia domiciliaria, siendo ésta continuación de la atención hospitalaria cuando existen razones específicas que lo aconsejen para hacer completa y efectiva la asistencia sanitaria.

(...).”

## CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. La consulta plantea dos cuestiones, la primera relativa a la tipificación jurídica de un determinado contrato (del que se nos remite la documentación contractual) y la segunda relativa a si deriva del mismo la obligación del contratista de asumir la responsabilidad médica del tratamiento.

2. Se trata de un contrato adjudicado por el Servicio Madrileño de Salud de la Comunidad Autónoma de Madrid, que tiene por objeto prestaciones de terapia respiratoria a domicilio y otras técnicas de ventilación asistida.

La retribución (para detalle vid apdo. 6) consiste en un precio anual que se fija cada año en función de la población potencialmente usuaria del servicio. Conviene destacar que la fórmula establecida para calcular el precio anual, en



principio, no depende del uso que haga la población protegida del servicio, a salvo de la posibilidad que establece el pliego de modular este precio al alza, con incrementos de un máximo del 4%, cuando el aumento de pacientes usuarios del servicio creen un desequilibrio económico en el contrato. El plazo de duración del contrato es de cuatro años prorrogable a seis.

3. Concretamente debemos determinar si el contrato arriba descrito puede calificarse de contrato de gestión de servicio público o de contrato de servicios. En este sentido la consulta cita el informe de esta Junta Consultiva nº 37/95, de 24 de octubre de 1995, que sentó un criterio de diferenciación claro respecto de contratos similares al que ahora nos ocupa; y a continuación pregunta si este criterio continúa vigente en la actualidad.

4. El contrato concreto que se nos remite está sujeto al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, el cual en su artículo 132 exige la *publicatio* del servicio para que el mismo pueda ser objeto de un contrato de gestión de servicio público.

En este sentido la legislación sectorial aplicable a estas prestaciones establece su carácter de servicio público en sentido estricto. Así se aprecia que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 18.3, considera que la asistencia sanitaria especializada incluye la hospitalización y la asistencia domiciliaria, siendo ésta continuación de la atención hospitalaria cuando existen razones específicas que lo aconsejen para hacer completa y efectiva la asistencia sanitaria. Adicionalmente esta Ley en su artículo 18.4 contempla entre las actuaciones que desarrollarán las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y los órganos competentes en cada caso, la prestación de los productos terapéuticos precisos. Por otra parte, el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, incluye entre las prestaciones complementarias la oxigenoterapia a domicilio (Anexo I, apartado 4). Por último, la Orden de 3 de marzo de 1999 que regula las técnicas de terapia respiratoria a domicilio en el Sistema Nacional de Salud, en su artículo tercero establece que para que las técnicas de terapia respiratoria a domicilio sean financiadas por el Sistema Nacional de Salud según lo previsto en el artículo 2 del Real Decreto 63/1995, de 10 de enero, se deberán tener en cuenta las recomendaciones que se recogen como Anexo I a esta Orden; siendo necesaria, conforme al artículo segundo de la Orden, la previa indicación de estas prestaciones por los Médicos especialistas o Unidades especializadas que determinen el INS o los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos de gestión y competencias.

Así, cabe concluir que las prestaciones relativas a las técnicas de terapia respiratoria a domicilio, conforme la normativa sectorial vigente, entrarían dentro del servicio público de asistencia sanitaria, siempre y cuando vayan precedidas de una indicación médica en los términos ya descritos y se cumplan las recomendaciones que recoge el Anexo I de la Orden de 3 de marzo de 1999.

5. Sin perjuicio de lo anterior conviene destacar que desde que la Junta emitió el informe nº 37/95 que se cita en la consulta se ha producido una evolución de la doctrina del TJUE (entre otras en sus Sentencias de 18 de julio de 2007, Asunto C-382/05; de 13 de noviembre de 2008, Asunto C-437/07; y de 27 de octubre de 2005, Asunto C-234/03, entre otras) en cuanto a la diferenciación entre una concesión de servicios, que en derecho español equivaldría a un contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión, y un contrato de servicios.

Esta Junta Consultiva se ha hecho eco de esta doctrina sentando un criterio coherente con la misma en sus Informes 27/07, 04/08, 65/08, 22/09 y 12/10, entre otros. En ellos este órgano consultivo consideró que la gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que caracterizan la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y éste es asumido por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista, por así decirlo, actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo.

Por tanto hay que distinguir entre la asunción del riesgo de la explotación económica del servicio, que se produce cuando se gestiona siguiendo el régimen de la concesión, y el riesgo general que asume cualquier contratista cuando ejecuta un contrato. El primero depende de una multiplicidad de circunstancias que hacen especialmente incierto el



resultado de la gestión, pues el rendimiento de ésta depende de la propia forma en que el concesionario gestiona el servicio. Por el contrario, en los contratos administrativos en general, el reto asumido por el contratista es el que deriva de las circunstancias imprevistas que afectarían a todo contrato o que resultarían de su propio error de cálculo al hacer su oferta.

En el caso que nos ocupa las condiciones económicas del contrato, de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares del mismo, son las siguientes:

*El régimen económico del contrato se establece sobre un precio de base capitativa, es decir, fijando una cápita por persona y año. Dicha cantidad cubrirá los servicios delimitados dentro del objeto del contrato para la población protegida. Población protegida es el conjunto de personas titulares de Tarjeta Sanitaria de Salud, emitidas por la Comunidad de Madrid, en el ámbito territorial de cada lote en los que se divide el contrato.(...) El importe anual del contrato será el resultado de multiplicar la cápita ofertada por el adjudicatario, con las actualizaciones al alza o a la baja que pudieran corresponder por variaciones del precio al amparo de lo dispuesto en el artículo 87.4 del TRLCSP, por la población ponderada y aplicación del 85% del IPC del Estado.*

El pliego asimismo establece que el abono del precio se efectuará a mes vencido por importe de la doceava parte del valor adjudicado correspondiente a la anualidad de gestión del servicio.

Se incluye una cláusula de variación de precio de la cápita por incremento del volumen medio de pacientes. A partir del incremento del 5% de este volumen medio se prevé un incremento de hasta un 4% complementario en la revisión del precio per cápita (depende de cada prestación).

Adicionalmente el pliego contempla la posibilidad de que se penalice al contratista por ejecución defectuosa del contrato en los siguientes términos: “*si a uno o más de los pacientes en tratamiento según lo establecido en los Pliegos reguladores del contrato, no se le prestase la asistencia debida a juicio de la Inspección Médica, se descontará, de la factura mensual correspondiente, el triple del importe de la asistencia prestada a cada uno de los pacientes afectados*”.

A la vista de estas condiciones económicas esta Junta Consultiva considera que de las mismas resulta una forma de pago del servicio que, en principio (esto es, salvo penalización) depende de los resultados de la gestión que haga el contratista del servicio. El precio, se fija tomando en consideración la población potencialmente usuaria del servicio (salvo incremento en el número de pacientes superior a los umbrales que fija el pliego que oscilan entre el 5% y el 12% del volumen medio de pacientes, según el servicio concreto de que se trate) aunque no varíe en función del uso que la población potencialmente usuaria haga del servicio.

En este mismo sentido recordemos que la Junta Consultiva viene sentando en su doctrina más reciente (*vid supra*) el principio de que, de conformidad con lo establecido en nuestra Ley de Contratos del Sector Público, el requisito esencial exigido para que la modalidad de gestión indirecta del servicio público pueda ser considerada como concesión es que el empresario gestione el servicio a su propio riesgo y ventura. Esta expresión solo puede ser entendida en el sentido de que el empresario asuma el riesgo de pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio, del mismo modo que es consustancia al sistema que perciba los beneficios que deriven de ella. (...) se exige que la cuantía de la retribución del contratista esté directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga el concesionario. En el presente caso existe un riesgo en la actividad realizada por el contratista, por tal motivo, puede calificarse como contrato de gestión de servicio público, en su modalidad de concierto.

6. Respecto de la cuestión relativa a si el contratista asume la responsabilidad médica del tratamiento, el prestador del servicio asume toda la responsabilidad del mismo, entre la que se encuentra la responsabilidad médica del mismo, lo que se evidencia en mayor medida por el hecho de que el riesgo derivado de la gestión de esta terapia es del mismo contratista, al ser un contrato de gestión de servicio público.

## CONCLUSION

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado considera que:



Teniendo en cuenta la doctrina de esta misma Junta Consultiva sobre las características del contrato de gestión de servicio público, según la cual: *“el requisito esencial exigido para que la modalidad de gestión indirecta del servicio público pueda ser considerada como concesión es que el empresario gestione el servicio a su propio riesgo y ventura. Esta expresión solo puede ser entendida en el sentido de que el empresario asuma el riesgo de pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio, del mismo modo que es consustancial al sistema que perciba los beneficios que deriven de ella.”*, se puede afirmar que en este caso existe un riesgo en la actividad realizada por el contratista, lo que aconsejaría la calificación como contrato de gestión de servicio público. También dentro de ese riesgo para el contratista, se encuentra la responsabilidad médica derivada del tratamiento a prestar a los usuarios.