

**INFORME 10/2019, DE 17 DE ABRIL, DE LA COMISIÓN PERMANENTE
DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.****OBJETO: NATURALEZA JURÍDICA DEL CENTRO SANITARIO Y DE LA
FUNDACIÓN ONKOLOGIKOA FUNDAZIOA A LA LUZ DE LA
LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO****I.- ANTECEDENTES.**

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, contempla la posibilidad de establecer convenios de vinculación con determinados centros privados, de forma que se someterían a un régimen muy similar al de los públicos, integrándose en la estructura sanitaria pública, manteniendo eso sí las entidades vinculadas la titularidad privada de las instalaciones y de las relaciones laborales de su personal.

El Decreto 82/1989, de 4 de abril, regulaba el marco de dichos convenios de vinculación para los centros sanitarios privados sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Posteriormente, la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, en su artículo 30, regula las relaciones jurídicas con las instituciones privadas para la provisión de servicios sanitarios.

Dicha regulación no hace referencia a los convenios de vinculación, por lo que tras muchos años de vicisitudes, se elaboró el Decreto 127/2018, de 4 de setiembre, sobre requisitos y procedimientos para la suscripción de convenios específicos de vinculación con centros sanitarios de titularidad privada, sin ánimo de lucro, para la provisión de servicios sanitarios (Decreto 127/2018, en adelante), que derogó el Decreto 82/1989 arriba mencionado.

A la luz del Decreto 127/2018, el 27 de diciembre de 2018 el entonces Consejero de Salud por un lado y el representante de la Fundación Onkológicoa Fundazioa, suscribieron con fecha 27 de diciembre de 2018 el correspondiente convenio de vinculación al Dpto. Salud del centro sanitario Onkológicoa perteneciente a dicha Fundación, para la provisión de servicios sanitarios. En adelante, denominaremos a dicho acuerdo de voluntades, el convenio de vinculación.

Con fecha 5 de marzo de 2019, se recibe en esta Junta Asesora solicitud de informe formulada por el Director General de Osakidetza sobre el carácter de sector público de la fundación a efectos de contratación pública, y en caso de que no forme parte de dicho sector, posibilidad de que Osakidetza pueda "adquirir en los expedientes de adquisición centralizada o declarados estratégicos por el Ente Público, aquellos suministros que precisen los pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi que vayan a ser atendidos en el centro vinculado atendiendo a los principios de igualdad en la prestación y economía de costes" y posibilidad de que Osakidetza pueda "acordar la realización conjunta de contrataciones específicas" con la fundación "no necesariamente relacionadas con lo dispuesto en el artículo 31 LCSP".

Dándose la circunstancia de que la solicitud de informe alude a que la acompañan ciertos documentos que realmente no han sido recibidos por esta Junta, se reclaman a Osakidetza, que los remite vía correo electrónico entre los días 14 de marzo y 11 de abril de 2019. Es desde esta última fecha desde la que comienza a contar el plazo de treinta días que existe para emitir este informe.

II.- COMPETENCIA PARA EMITIR EL INFORME

Según dispone el artículo 27.c) del Decreto 116/2016, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene entre sus funciones consultivas la de "Informar las cuestiones que en materia de contratación pública sometan a su consideración las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante petición escrita formulada por los Directores o Directoras de los Departamentos del Gobierno Vasco que tengan encomendada la gestión de la contratación o por los representantes legales de las demás entidades del sector público".

Así pues, por tratarse de una cuestión en materia de contratación pública de un ente público de Derecho Privado del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

y habiéndose remitido por su Director General, entra dentro de dicho apartado c) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio.

Conforme a la letra c) del apartado 2 del artículo 30 del Decreto 116/2016 arriba mencionado, la competencia para emitir este informe es de la Comisión Permanente de la Junta Asesora.

III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En primer lugar, conviene señalar que ha de distinguirse la figura de la fundación de la del centro sanitario Onkologikoa (en adelante, el centro sanitario), ya que es con los centros sanitarios con los que se pueden suscribir los convenios de vinculación a la luz del Decreto 127/2018.

Sin embargo, el convenio de vinculación que nos ocupa se suscribió por el representante de la fundación, a la que pertenece el centro, y respecto a aquélla y éste plantea las cuestiones Osakidetza, por lo que no existiendo regulación específica del centro sanitario, nos atendremos a los estatutos de la fundación, el texto del convenio y la regulación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Del mismo modo, no hay que perder de vista el Decreto 100/2018, de 3 de julio, de las organizaciones sanitarias integradas del ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud (Decreto 100/2018, en adelante), el Acuerdo del Consejo de Administración de Osakidetza/Servicio Vasco de Salud de 5 de febrero de 2019, por el que expresa su posición favorable a la constitución de la Unidad de Gestión Clínica de Radioterapia y Oncohematología de Gipuzkoa y se modifica la relación de organizaciones de servicios del ente público Osakidetza, y por último el informe jurídico de 7 de febrero de 2019 relativo al sistema de contratación de bienes y servicios por el centro sanitario Onkologikoa y su financiación tras la formalización del convenio de vinculación.

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, sobre si la fundación tiene la consideración de entidad del sector público a efectos de contratación pública, ha de

consultarse en primer lugar para determinarlo el artículo 3, apartado 1, de la LCSP y los estatutos de la fundación.

La letra e) de dicho apartado dice que formar parte del sector público a los efectos de la propia LCSP:

“e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

- 1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.
- 2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.
- 3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.”

Dado que de acuerdo con los estatutos, la constitución inicial de la fundación es de carácter privado, siendo sus recursos su dotación inicial, los que obtenga con convenios públicos o privados, los de la Obra Social de determinada fundación bancaria, los derivados de sus actividades y servicios prestados, y los derivados de su patrimonio y futuros actos jurídicos, y hasta la fecha así se han mantenido, siendo sus ingresos mayoritarios no procedentes del sector público y correspondiendo la mayoría de los derechos de voto de su patronato a los miembros de la fundación bancaria de referencia, no cumple ninguno de los requisitos para entenderse incluida en la letra e) antedicha.

La propia OCE (Oficina de Control Económico del Gobierno Vasco), en relación con la suscripción de los convenios de vinculación, se ha pronunciado en los siguientes términos:

“... no nos encontramos ante un nuevo sujeto del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, ni se plantea un contrato de la LCSP, ni una relación de carácter subvencional que permita aplicar, al menos, el régimen al que se someten los diversos gastos contemplados”.

Cabe examinar sin embargo en segundo lugar la letra j) del mismo apartado 1 del artículo 3 LCSP sobre entidades integrantes del sector público a los efectos de dicha ley:

“j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.”

La fundación que nos ocupa, tras la suscripción del convenio de vinculación, se encuentra financiada prácticamente en su totalidad por el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de modo que SÓLO A LOS EFECTOS DE SU SOMETIMIENTO A LA LCSP en sus actuaciones de contratación externa debe considerarse como “sector público”.

Y consecuencia de ello, en relación al tema que nos ocupa y a la posible consideración de la fundación como poder adjudicador, merece una atención especial el apartado 3 del propio artículo 3, que dice así:

“3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

- a) Las Administraciones Públicas.
- b) Las fundaciones públicas.
- c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.”

Dado que ya hemos determinado que no nos encontramos ante una fundación pública, si bien de acuerdo con sus estatutos sí se trata obviamente de una entidad con fines

de interés general (su artículo 3 así lo recoge, ya que es su fin el establecimiento de un centro de tratamiento de cáncer para la prestación de los servicios más avanzados relativos a esta enfermedad, promoviendo así “la mejora de la calidad de vida y la salud de los ciudadanos”), y que es una organización constituida sin ánimo de lucro (artículo 1 de los estatutos), hemos de fijarnos en la letra d) del artículo 3.3 de la LCSP.

Se cumple el requisito de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y ha de examinarse si se cumple alguno de los restantes requisitos de la letra para poder considerar a la fundación, y por ende al centro vinculado, como poder adjudicador.

Para ello, analizamos el régimen de financiación de las actividades del centro vinculado, según el artículo 12 del Decreto 127/2018, que ha plasmado el convenio en su cláusula octava:

“Octava.– Financiación y facturación.

1.– Anualmente, antes de la finalización del mes de septiembre, el Órgano rector aprobará el presupuesto de financiación del centro sanitario Onkologikoa para el ejercicio siguiente en el que se concretará la cartera de servicios, el volumen de la actividad prevista para cada una de las prestaciones y los costes estimados para cada una de ellas.

2.– El Departamento de Salud financiará el coste anual de los recursos humanos y materiales necesarios para la prestación de la asistencia sanitaria por el centro sanitario Onkologikoa, previsto en el presupuesto anual del correspondiente ejercicio, con exclusión de aquellos gastos derivados de la asistencia sanitaria que se preste en régimen privado y de las amortizaciones de las inversiones.

[...]

5.– La aportación financiera pública que recibirá el centro sanitario Onkologikoa para la financiación del presente convenio durante el ejercicio 2019 asciende a la cantidad de veintitres millones ochocientos veinticinco mil (23.875.000) euros.”

Según el el informe jurídico sobre el sistema de contratación y financiación del centro sanitario tras el convenio de vinculación suscrito entre el Dpto. Salud y la fundación, informe de Auditoria de 2017, conforme al presupuesto liquidado de 2016 presentado, dichos costes suponen la práctica totalidad de los costes de explotación.

Así, y de acuerdo con dicho informe, "el Departamento de Salud, a través de Osakidetza financia y garantiza la viabilidad del centro sanitario Onkologikoa (y, por ende de la Fundación Okologikoa Fundatzioa) mediante la asunción de costes de explotación y no por la compra de actividad."

Ello conlleva que la financiación a la explotación, que es la práctica totalidad del gasto de la actividad de la fundación, es financiación pública cuestión determinante para analizar el carácter de la entidad como poder adjudicador en su caso.

Así pues, sólo con el cumplimiento de este requisito, debemos concluir que la fundación es poder adjudicador de acuerdo con lo preceptuado en la letra d) del apartado 3 del artículo 3 LCSP.

El régimen a aplicar a los poderes adjudicadores no administraciones públicas está recogido en los artículos 316 y siguientes de la LCSP ("Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas"):

"Artículo 316. Régimen jurídico.

Los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas se regirán por las normas del presente Título.

Artículo 317. Preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada.

La preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada que concierten los poderes adjudicadores a que se refiere el presente Título se regirán por las normas establecidas en las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II de esta Ley.

Artículo 318. Adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada.

En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones:

- a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.
- b) Los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.225.000 euros y los

contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 209.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168.

Artículo 319. Efectos y extinción.

1. Los efectos y extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de derecho privado. No obstante lo anterior, le será aplicable lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato; 214 a 217 sobre cesión y subcontratación; y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243.

Asimismo, en los casos en que la modificación del contrato no estuviera prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre que su importe sea igual o superior a 6.000.000 de euros y la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, fuera superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, será necesaria la autorización del Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela de la entidad contratante, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

2. En estos contratos será en todo caso causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 así como la recogida en la letra i) del artículo 211.

A los contratos de concesión de obras y concesión de servicios les será de aplicación las causas de resolución establecidas en los artículos 279 y 294, para cada uno de ellos. No obstante lo anterior, el rescate de la obra o el servicio, la supresión de su explotación así como el secuestro o intervención de los mismos, se tendrá que acordar por el Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador.

Artículo 320. De la responsabilidad del contratista por defectos o errores del proyecto.

En los contratos de servicios consistentes en la elaboración íntegra de un proyecto de obra, se exigirá la responsabilidad del contratista por defectos o errores del proyecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 314.”

Resuelta de esta manera la primera de las cuestiones planteadas en la solicitud de informe, no procede responder a la segunda y tercera, ya que eran formuladas sólo en caso de que la fundación no tuviera la consideración de entidad del sector público. Más bien al contrario, no cabe duda de que Osakidetza podrá adquirir en los expedientes de contratación que estime oportunos los suministros necesarios para los pacientes del Sistema Santiario de Euskadi que vayan a ser atendidos en el centro vinculado, atendiendo a los imprescindibles principios de igualdad de trato al paciente y al de economía de costes, ya que finalmente de un modo u otro deberá sufragarlos el Dpto. Salud.

Del mismo modo, como con cualquier poder adjudicador, podrá Osakidetza acordar la realización conjunta de contrataciones específicas con la fundación de acuerdo con el apartado 2 del artículo 31 LCSP. Nunca podrá ser considerado sin embargo el centro ni la fundación medio propio personificado a los efectos de los artículos siguientes. La cuestión de si la realización conjunta de contrataciones puede referirse a las que estén “no necesariamente relacionadas con lo dispuesto en el artículo 31 LCSP” debería precisarse con mayor detalle para poder responderse adecuadamente.

IV.- CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las observaciones vertidas por esta Junta y la Oficina de Control Económico en sus informes sobre el Decreto 127/2018 y el Convenio de vinculación suscrito entre el Dpto. Salud y la Fundación Onkologikoa Fundazioa, y con ellas las imprecisiones que surgen de las bicefalías fundación/centro y patronato/órgano rector, es difícil pronunciarse sobre cualquier aspecto relativo a esta vinculación.

Sí parece claro que la fundación y con ella el centro cuyo funcionamiento constituye su objeto deben considerarse –y ello únicamente a efectos de la LCSP- sector público y poder adjudicador no administración pública, al menos mientras se mantenga su régimen actual de vinculación. Si se tratase de una organización sanitaria al uso con el paso del tiempo, debería aplicársele el mismo tratamiento y régimen jurídico que a éstas a efectos de la contratación pública.

Osakidetza puede adquirir los suministros que estime oportunos para el tratamiento de los pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi que vayan a ser atendidos en el centro vinculado, obviamente conforme a la normativa de contratación pública que le es de aplicación, como ente público de derecho privado, hoy en día equiparado como tal a las administraciones públicas en lo referente a la LCSP.