



## **INFORME 7/2018, DE 11 DE ABRIL, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

### **OBJETO: PROYECTO DE DECRETO SOBRE PROCEDIMIENTO PARA LA SUSCRIPCIÓN DE CONVENIOS ESPECÍFICOS DE VINCULACIÓN ENTRE OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD Y LOS CENTROS SANITARIOS DE TITULARIDAD PRIVADA, SIN ÁNIMO DE LUCRO**

#### **I.- ANTECEDENTES.**

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, (en adelante, LGS) 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 82/89, de 4 de abril, regula 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, (LOSE, en adelante) 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 el Decreto 82/1989 continuaría en vigor, pero la configuración del sistema sanitario que establece la propia LOSE hace que el contenido del Decreto deba reconsiderarse.

Es por ello que se ha elaborado el borrador del proyecto de Decreto que ahora nos ocupa, y que esta Junta pasa a informar.

#### **II. – CONSIDERACIONES PREVIAS.**

##### **COMPETENCIA PARA EMITIR INFORME.**

El artículo 11 de la Ley 8/2003 de 22 de diciembre de elaboración de disposiciones de carácter general, dicta que los informes preceptivos y los

dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen las disposiciones que regulan dicho trámite.

La Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el proyecto de la norma de referencia, por tener ésta incidencia sobre la contratación pública, en base a lo dispuesto en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dado que se trata de un proyecto de disposición que no tiene por objeto la creación de entidades del sector público ni la regulación de las estructuras orgánicas y funcionales de las entidades de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que demandaría la intervención de la Comisión Permanente (si bien de la lectura del texto se desprende que los convenios para cuya suscripción establece el procedimiento podrían afectar a dichas estructuras), de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 116/2016, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora.

### **III. – CONTENIDO.**

El proyecto de Decreto consta de veinte artículos, una Disposición adicional, una transitoria, una derogatoria y otra final.

### **IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

La LGS dice en sus artículos 66 y 67:

“Artículo sesenta y seis

1. Formará parte de la política sanitaria de todas las Administraciones Públicas la creación de una red integrada de hospitales del sector público.

Los hospitales generales del sector privado que lo soliciten serán vinculados al Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con un protocolo definido, siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades

asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten.

2. Los protocolos serán objeto de revisión periódica.

3. El sector privado vinculado mantendrá la titularidad de centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la titularidad de las relaciones laborales del personal que en ellos preste sus servicios.

Artículo sesenta y siete

1. La vinculación a la red pública de los hospitales a que se refiere el artículo anterior se realizará mediante convenios singulares.

2. El Convenio establecerá los derechos y obligaciones recíprocas en cuanto a duración, prórroga, suspensión temporal, extinción definitiva del mismo, régimen económico, número de camas hospitalarias y demás condiciones de prestación de la asistencia sanitaria, de acuerdo con las disposiciones que se dicten para el desarrollo de esta Ley. El régimen de jornada de los hospitales a que se refiere este apartado será el mismo que el de los hospitales públicos de análoga naturaleza en el correspondiente ámbito territorial.

3. En cada Convenio que se establezca de acuerdo con los apartados anteriores, quedará asegurado que la atención sanitaria prestada por hospitales privados a los usuarios del Sistema Sanitario se imparte en condiciones de gratuidad, por lo que las actividades sanitarias de dicho hospital no podrán tener carácter lucrativo.

El cobro de cualquier cantidad a los enfermos en concepto de atenciones no sanitarias, cualquiera que sea la naturaleza de éstas, podrá ser establecido si previamente son autorizados por la Administración Sanitaria correspondiente el concepto y la cuantía que por él se pretende cobrar.

4. Serán causas de denuncia del Convenio por parte de la Administración Sanitaria competente las siguientes:

a) Prestar atención sanitaria objeto de Convenio contraviniendo el principio de gratuidad.

b) Establecer sin autorización servicios complementarios no sanitarios o percibir por ellos cantidades no autorizadas.

c) Infringir las normas relativas a la jornada y al horario del personal del hospital establecidas en el apartado 2.

d) Infringir con carácter grave la legislación laboral de la Seguridad Social o fiscal.

e) Lesionar los derechos establecidos en los artículos 16, 18, 20 y 22 de la Constitución cuando así se determine por Sentencia.

f) Cualesquiera otras que se deriven de las obligaciones establecidas en la presente Ley.

5. Los hospitales privados vinculados con el Sistema Nacional de la Salud estarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos, aplicando criterios homogéneos y previamente reglados.”

El Decreto 82/89, de 4 de abril, por el que se regula el marco al que deben ajustarse los convenios de vinculación que suscriban los Centros Sanitarios del sector privado sin ánimo de lucro establece para la Comunidad Autónoma de Euskadi dicho marco, y entiende esta figura “comprendida en el art. 23 de la Ley 10/83, de 19 de Mayo, de Servicio Vasco de Salud/Osakidetza”. El Decreto reflexiona sobre que las previsiones de la Ley 10/83 “superan lo que es un simple concierto y se sitúan en la esfera de lo que los arts. 66 y 67 de la Ley General de Sanidad denominan convenios de vinculación y de los denominados convenios de colaboración en el art. 2.7 de la Ley de Contratos del Estado”.

Las dos leyes mencionadas en dicha reflexión están derogadas (la primera sustituida por la LOSE y la segunda por 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-), pero ha de examinarse si los principios que subyacen en las leyes que vienen ocupando ahora su lugar, y el propio texto de éstas, permiten sustentar la figura de los convenios de vinculación, y si concretamente permiten hacerlo con el procedimiento que regula el proyecto de Decreto que nos ocupa.

Así, la LOSE, en su artículo 30, al regular las “Relaciones jurídicas con instituciones privadas para la provisión de servicios sanitarios”, marca lo siguiente:

“1. Las relaciones entre el Departamento competente en materia de sanidad y cualquier entidad privada para la provisión de servicios sanitarios se instrumentalizarán, previa homologación, de acuerdo con lo que al respecto establecen la legislación general básica y la presente ley.

2. El concierto sanitario podrá celebrarse tras tener en cuenta la utilización óptima de los recursos públicos. Además de las cláusulas de derechos y obligaciones recíprocas de las partes, en cada concierto sanitario quedará asegurado el respeto a los derechos instrumentales y complementarios de los usuarios referidos en la presente ley, por cuyo cumplimiento velará la Administración.

3. Los centros privados concertados estarán obligados a cumplir los extremos mínimos fijados para los servicios públicos en el artículo 19.2 de esta ley, además de aquellas obligaciones derivadas de otras normas legales.”

En primer lugar, destaca de dicho artículo que las relaciones con cualquier entidad privada para la provisión de servicios sanitarios se establecerán entre dicha entidad y “el Departamento competente en materia de sanidad”, por lo que no parece correcto que sea Osakidetza quien suscriba los convenios, como establece el título y el contenido del proyecto de Decreto. Sin ser competencia de esta Junta Asesora, se remite su consideración a quien competa, para poder emitir este informe como favorable obviando dicha cuestión.

Pero lo que a esta Junta ocupa en mayor medida es el concepto de la “previa homologación”, según la LOSE, y si viene adecuadamente desarrollada en el proyecto de Decreto, donde no se menciona como tal pero se habla de los requisitos de vinculación, de manera que si está perfectamente regulada y se desprende que abarcará a todos los centros que potencialmente pueden ser homologados, no entrarían los procedimientos de contratación pública en este proceso, mientras que de otro modo sí deberían seguirse. Además, y aunque el resto del artículo 30 se centra en la figura del concierto sanitario, hace referencia a varias cuestiones que entroncan con los principios de la LCSP, como veremos más abajo. Así, exige “tener en cuenta la utilización óptima de los recursos públicos”, “el respeto a los derechos instrumentales y complementarios de los usuarios [...], por cuyo cumplimiento velará la Administración” y “cumplir los extremos mínimos fijados para los servicios públicos fijados en el artículo 19.2 de esta Ley”.

Dicho 19.2, que trata de la figura del contrato-programa, marca unas pautas que no deben ignorarse en la configuración del servicio que ha de prestarse a la ciudadanía:

“2. El contrato-programa tendrá la naturaleza jurídica de un convenio de carácter especial, suscrito por el representante legal de la organización de provisión de servicios sanitarios correspondiente, en el que se concretarán, en relación con la actividad y financiación con cargo a los créditos presupuestarios públicos, los siguientes extremos mínimos:

a) Estimación del volumen global de actividad y previsión de las contingencias sanitarias objeto de cobertura.

b) Determinación cuantificable y periódica de los requisitos de calidad que deberán cumplir los servicios sanitarios.

c) Estimación finalista sobre cobertura económica de la actividad consignada con cargo a los créditos presupuestarios, periodicidad de los pagos y documentación justificativa para la realización de los mismos.

d) Requisitos y procedimiento de control y auditoría sanitaria.

e) Los niveles de responsabilidad que adquieren las partes en cuanto a las revisiones, adaptaciones y demás incidencias que se susciten en la aplicación del convenio.”

Así, respecto a la utilización óptima de los recursos públicos, la Orden de 8 de marzo de 2018, del Consejero de Salud, por la que se inicia el procedimiento de elaboración del Decreto que nos ocupa, exige incorporar al expediente la memoria de reducción de cargas, imprescindible para justificar la conveniencia de la utilización de esta figura, máxime cuando los conciertos sanitarios ya permiten la adecuada utilización de los recursos públicos y reducción de cargas paralela.

Y el respeto a los derechos de las personas usuarias, si bien viene defendido a lo largo del proyecto de Decreto a través de los principios de gratuidad (art. 17.e)), igualdad (2.2 17.e)), y subsidiariedad, complementariedad, optimización y coordinación en la utilización de los recursos públicos y privados (2.2) queda luego algo desdibujado por la falta de exigencia de unas condiciones mínimas (unos baremos) de calidad, eficacia y eficiencia del servicio y de “homologación”, en los artículos 7 y 8. Llama también la atención el hecho de que las necesidades asistenciales no cubiertas sólo aparecen una vez se ha formulado la solicitud por el centro que desea vincularse, y no a la inversa. Lo adecuado parece el lanzamiento de un procedimiento de “homologación”, o selección en igualdad de condiciones de todos los centros adecuados para el propósito concreto en cada caso, detalladamente pormenorizado, ya que de lo contrario seguimos hablando en términos de licitación pública (o quizá de subvención, aspecto éste que no compete a esta Junta examinar). Si la homologación se configura en otra norma o estuviera previamente llevada a cabo, convendría mencionarlo en el Decreto.

Todo ello entronca con los principios que presiden la legislación actual en todos los ámbitos, y entre ellos los de la contratación pública, que recoge el apartado 1 del artículo 1 de la LCSP: “libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad

presupuestaria y control del gasto, el principio de integridad, 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” (si bien este último término viene conceptualizado a lo largo de la Ley como la mejor relación calidad/precio, en sentido amplio).

Si, de acuerdo con el art. 6 de la propia LCSP, los convenios quedan excluidos de esta Ley, con todo lo que ello significa de la elusión de los principios mencionados en el art. 1.1, habrán de constituir un supuesto absolutamente excepcional y debidamente reglado si lo que subyace en ellos es una vinculación que conlleva el empleo de determinados fondos públicos por entes de titularidad privada que prestan servicios sanitarios, por más que la autorización genérica para celebrarlos devenga de la existencia de una Ley, la LGS, que además, es ya antigua, más de 30 años, y no casa adecuadamente con los principios de transparencia e igualdad que presiden la legislación actual en todos los ámbitos.

Así las cosas, para que el proyecto de Decreto pudiera prosperar de un modo acorde con todos los principios mencionados, quizá convendría empezar por la modificación de su título recogiendo la anterior observación de a quién correspondería suscribirlos, y más que el “procedimiento” únicamente, el procedimiento y requisitos, ya que estos deberían cobrar un protagonismo que no tienen en el texto, y ser mucho más claros, desarrollados, vinculados a la eficiencia de los recursos públicos y al control del gasto según expondremos a continuación, o bien hacer referencia a que se trata en su caso de centros previamente homologados de acuerdo con otra norma.

Por un lado, debe dejarse claro si hay centros que no podrían solicitar la vinculación y por qué, y tratar de que puedan optar todos los que reúnan los requisitos mínimos, y en igualdad de condiciones.

Por otro, deben configurarse mucho más nítidamente las circunstancias excepcionales en que se podría recurrir a esta figura en detrimento de los conciertos sanitarios (cuya revisión como contrato de servicios o de concesión de servicios, en función de la transferencia de riesgo no procede en este informe), delimitando claramente qué necesidades, con qué horizonte temporal, y por qué motivos, no pueden cubrirse por los medios existentes en el sector público. Esto no



concuera bien con la duración de los convenios que se propone (cinco años, prorrogables tácitamente por periodos de un año, sin horizonte temporal máximo) ni con la máxima de los contratos de servicios de prestación sucesiva (cinco años máximo, incluyendo todas sus prórrogas, salvo mayor período de recuperación de las inversiones, lo que no debería ser el caso). En cualquier caso, debe quedar claro cómo se dan a conocer esas necesidades a los centros interesados, a través de qué instrumentos, cómo se difunden, etc.

Seguidamente, debería configurarse con exactitud en qué consiste la integración organizativa y operativa en la red asistencial pública que preside la vinculación, qué implica ese "régimen de organización y funcionamiento similar al de los centros de titularidad pública" que menciona el proyecto. Y es que incluye el "régimen de control financiero, de gestión, ..., de garantía de derechos similar a los centros de titularidad pública", y eso a los efectos que informa esta Junta supondría la consideración de los centros vinculados prácticamente como poderes adjudicadores. La letra j) del apartado 1 del art. 3 de la LCSP sin embargo tampoco permitiría conceptualarlos como tales, pero si han de contratar (y letras 14.2.i), 16.2.d) y h), así como 17.l) del Decreto así se lo autoriza), deberían al menos someterse a los principios y procedimientos (por tanto, a la normativa de contratación del sector público) con un encaje cuando menos complicado dentro de dicho sector, si la titularidad del centro y de las relaciones laborales con el personal se va a mantener en manos privadas (arts. 4 y 5 del Decreto proyectado). El dictamen de Función Pública que pueda pronunciarse sobre estas cuestiones y sobre el desplazamiento temporal de trabajadores entre centro vinculado y Osakidetza, junto con el resto de puntos de la letra j) del art. 17, quizá permita regular mejor ese encaje que someta a requisitos relativos a la contratación pública a esos centros. También las áreas de Patrimonio y Seguros de la Dirección de Patrimonio y Contratación del Dpto. de Hacienda y Economía del Gobierno Vasco podrán informar sobre las repercusiones de las inversiones y responsabilidad derivadas de los contratos que suscriban los centros en función del carácter público de todos o parte de sus fondos, y del nivel de integración en la Administración que presida sus relaciones con terceros.

Se prevé la incorporación al borrador de Decreto de un párrafo del siguiente tenor: "Toda adquisición de bienes y servicios cuya financiación se realice, total o parcialmente, con cargo a la aportación del departamento de Salud, se ajustará a los principios de la contratación pública, especialmente a los de libertad de acceso, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato, integridad,



eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, adquisición de bienes y contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, salvaguarda de la libre competencia y selección de la mejor oferta en su relación calidad/precio”.

Para finalizar, entre las causas de extinción del convenio se citan –art 19, número 2) del segundo párrafo- “Las infracciones, calificadas como graves, en materia de legislación fiscal, social, laboral y del régimen de incompatibilidades”. Entendemos que también deberían incluirse las de contratación pública, en línea con la anterior mención realizada a la necesidad de que los centros vinculados se atengan cuando menos a los principios si no a la normativa de contratación pública, al menos en la contratación de cualquier prestación que revierta en el servicio asistencial del que traiga causa el concreto convenio, y en las relaciones que pudieran tener si contratasen con cualquier Administración.

#### **V.- CONCLUSIONES.**

Dicho todo ello, se informa favorablemente el proyecto de Decreto, teniendo en cuenta las mejoras del texto que se proponen.