

¿SIRVE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS? ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LOS CONTRATOS SOBRE SERVICIOS Y BIENES SANITARIOS ⁶⁷

*Mariano López Benítez
Prof. Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Córdoba*

I. Consideraciones preliminares

1. Introducción

¿Sirve la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la contratación de los servicios sanitarios? La respuesta a esta cuestión demanda, por un lado, discriminar las heterogéneas realidades que se esconden detrás de la expresión, aparentemente común, de servicios sanitarios; por otro lado, la pregunta apunta directamente al marco de relaciones entre la normativa sanitaria y las normas que disciplinan la contratación pública, cuestión ésta última que suscita otra pregunta ulterior: la de si es posible -en estos momentos- regir la contratación de los servicios sanitarios allende las previsiones de la Ley de Contratos.

De cara a facilitar el correcto encuadre de todas estas cuestiones, y antes de proceder al análisis de las distintas realidades que se esconden bajo el nominatim común de servicios sanitarios, conviene recordar que, hasta la década de los años ochenta, y en virtud de lo prevenido en la Disposición transitoria 1ª del Reglamento de Contratos del Estado, la legislación de contratos del Estado sólo se aplicaba a las Entidades gestoras de la Seguridad Social "en defecto de sus normas administrativas especiales" y "para resolver las dudas y lagunas que aquéllas puedan contener en materia de contratación". Fue la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989 la que culminó de modo definitivo el proceso de plena sujeción de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la

Seguridad Social a la normativa común de contratación pública, hito que hay que juzgar particularmente relevante si tomamos nota de que la Ley General de Sanidad se había producido con anterioridad. Esta plena sujeción no ha sido desvirtuada posteriormente ni por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ni por el reciente Texto Refundido de 16 de junio de 2000, que, estableciendo para las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social algunas especialidades de carácter predominantemente orgánico, confirman su sometimiento general a la normativa de contratación pública¹.

Ahora bien, esta sujeción general de la contratación de los servicios sanitarios a la legislación general de contratos precisa de ulteriores matices, referidos tanto a las particularidades que la contratación de los diversos servicios sanitarios presenta, como al balance de poderes entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de contratación y en materia de sanidad pública, contraste de competencias que nos proporcionará la medida exacta sobre la capacidad que los legisladores autonómicos tienen de alterar o modular el panorama trazado por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Delimitación del objeto: la heterogénea realidad de los servicios y bienes sanitarios

¿A qué nos referimos cuando hablamos de servicios sanitarios? Haciendo abstracción en esta sede de la vertiente organizativa que alude a las entidades y organiza-

⁶⁷ Ponencia presentada en el marco del IX Congreso Juristas de la Salud celebrado en Sevilla en noviembre de 2000

ciones que prestan los servicios sanitarios -aspecto que sólo nos interesará en este trabajo en la medida en que se mezcle o resulte decisivo de cara a aclarar el ámbito de aplicación de la legislación de contratos y de sanidad-, cuando empleamos el término "servicios sanitarios" aludimos a su acepción más sustancialista. Desde esta perspectiva, entendemos los servicios sanitarios como las prestaciones sanitarias que se realizan a los particulares, esto es, las prestaciones propiamente asistenciales. Lo que ocurre es que para cubrir esta prestación, que constituye la razón de ser del servicio público sanitario, hacen falta unos medios y hacen falta igualmente otras prestaciones instrumentales que permiten que aquél cometido principal se verifique. Esta diversidad de realidades resulta, en nuestra opinión, extremadamente funcional para delimitar el objeto del presente trabajo, porque, cuando se alude a la contratación de los servicios sanitarios, se apela, en puridad, no sólo a lo que sería la contratación de la gestión de la asistencia sanitaria pública (núcleo más íntimo del derecho a la salud), sino a la contratación también de ciertas prestaciones y a la adquisición de ciertos bienes complementarios de aquélla y a la contratación, en fin, de determinadas prestaciones instrumentales, que aunque alejadas de aquél círculo primigenio, se reputan esenciales para la buena marcha y el funcionamiento de los establecimientos sanitarios.

Atendiendo a estas consideraciones, cabe decir que la contratación de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria en sentido estricto ha discurrido tradicionalmente a través de los cauces del contrato de gestión de servicios públicos, valiéndose, en unos primeros momentos y casi en exclusiva, de la figura de los conciertos administrativos. Más tarde, de la mano de la legislación específicamente sanitaria, el legislador estatal y los legisladores autonómicos han enriquecido este marco con nuevas modalidades de contratación, cuya compatibilidad con la legislación de contratación pública hemos de abordar a continuación.

Por su parte, la contratación de los servicios sanitarios que hemos denominado complementarios, tales como el transporte sanitario, los medios diagnósticos, o el suministro de oxígeno y otros tratamientos en el domicilio de pacientes, se han valido también de las fórmulas del concierto sanitario (especialmente, cuando éste empieza a interpretarse perdiendo la nota de la globalidad de la prestación sanitaria), pero también en algunos casos de los cauces del contrato de servicio.

Del mismo modo, la Administración sanitaria precisa de ciertos bienes que resultan imprescindibles para el desarrollo de su giro o tráfico característico. La adquisición de estos bienes, que sigue la vía del contrato de suministro, aunque no supone, en puridad, una prestación

de servicios sanitarios, guardan con ésta una íntima relación y presentan una complejidad propia que justifican su atención en este trabajo.

Finalmente, la contratación de los servicios sanitarios puramente instrumentales, cual es el caso de los servicios de limpieza y mantenimiento de los hospitales o de los servicios de restauración, hallan hoy sitio en el ámbito del contrato de servicios.

Lo que acabamos de exponer conforma a grandes trazos la tipología contractual tradicionalmente seguida para la gestión y adquisición de los diversos servicios sanitarios, anteriormente caracterizados. Sin embargo, este esquema precisa en la actualidad ser replanteado a la luz tanto de la legislación de contratos como de la legislación sanitaria.

II. La contratación de los servicios propiamente sanitarios

1. La técnica del concierto

A) Su parca regulación en el Derecho español

Factores diversos que no es del caso reseñar han determinado que hasta tiempos relativamente recientes la gestión de los servicios sanitarios propiamente dichos, esto es, de la asistencia sanitaria pública, haya seguido predominantemente los títulos de la gestión directa. Sólo de manera complementaria o subsidiaria se recurrió a la fórmula del conciertoⁱⁱ. Del concierto sorprende, sin embargo, la parca regulación de la que ha sido objeto y que contrasta ciertamente con su profusa utilización en determinados ámbitos, como es el caso de la sanidad o de la educación. Es verdad que el concierto estaba previsto como modalidad de gestión de los servicios públicos, amén de en la normativa local, en los arts. 66.3 y 205 de la LCE y del RCEⁱⁱⁱ, respectivamente, y en el art. 104 de la Ley General de la Seguridad Social (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo)^{iv}; pero es verdad también que estas previsiones resultaban demasiado genéricas, ya que se limitaban poco más que a prever la figura, y a definirla. De esta manera, se ha dicho con razón que "de facto, el concierto sanitario se ha desenvuelto por cauces ajenos a los establecidos en la legislación sobre contratación administrativa"^v, puesto que el único desarrollo que se hizo, en el ámbito sanitario, de las previsiones de la LCE y de la LGSS correspondió a la Resolución de la Secretaría de Estado para la Sanidad de 11 de abril de 1980, resolución que venía a remarcar el carácter subsidiario que presentaba el recurso a esta técnica.

Con posterioridad, la legislación de contratos sigue limitándose a prever la figura del concierto como moda-

lidad de la contratación de la gestión de los servicios públicos [art. 156 c) del TRLCAP], fijando su duración, de manera un tanto ambigua, en diez años [art. 157 c) del TRLCAP]. Por su parte, el art. 90 de la LGS ha avanzado más, pues incorpora ciertas determinaciones de interés.

B) El concierto sanitario en sentido estricto debe limitarse a la contratación con personas y entidades privadas

La LGS, que insiste en el carácter subsidiario de esta modalidad de gestión del servicio sanitario, establece de forma muy clara que el concierto se realiza siempre con entidades y personas privadas, como demuestra no sólo su encuadramiento en el Título IV de la LGS (*De las actividades sanitarias privadas*), sino también las importantes alusiones que en el art. 90 se contienen, tanto cuando enfatiza que las Administraciones Públicas Sanitarias podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios *con medios ajenos a ellas*, como cuando prioriza la utilización de recursos sanitarios *propios*^{vi}. Y esta idea de que el concierto sanitario se traba siempre con personas y entidades privadas tiene importancia porque no es infrecuente que normas sectoriales permitan a la Administración Pública la conclusión de conciertos con otras entidades públicas. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de los servicios locales; pero así ocurre igualmente en la propia LGS, en la que el art. 104.3 prevé la perfección de conciertos entre las Instituciones sanitarias y las Universidades para garantizar la docencia práctica de la Medicina y de la Enfermería. La misma posibilidad de concertar con entidades públicas la fija, en el ámbito de las prestaciones sanitarias, el art 199 de la LGSS (RDLeg. 1/1994, de 20 de junio)^{vii}. Aun así, la intención de la LGS es, en nuestra opinión, muy clara en el sentido de que la figura del concierto *rectius sensu* quede reservada a los que se concluyan con entidades y personas privadas^{viii}.

Esta previsión parece además coherente con lo que establece la propia legislación de contratos, ya que ésta no oculta su intención de que todos los acuerdos entre Administraciones y entes públicos se canalicen a través de la vía de los convenios [art. 3.1 c) del TRLCAP], idea en la que abunda el art. 154.2 del TRLCAP, aunque planteando algunos problemas específicos a los que más adelante nos referiremos.

C) La sujeción de los conciertos a la legislación de contratos y el alcance de la excepción contenida en el art. 154.2 del TRLCAP

Los conciertos sanitarios se suscriben, por tanto, con personas y entidades privadas, y en tanto que se configuren como una modalidad del contrato de gestión indirecta

del servicio público sanitario, se sujetan, en consecuencia, plenamente a la legislación de contratos. Admitido esto, hay que dar cabida, sin embargo, a la cuestión de dónde ponemos la frontera de lo público y de lo privado en lo que se refiere a entidades. El tema, como se sabe, no es baladí y guarda relación con la excepción prevista en el art. 154.2 del TRLCAP:

"No serán aplicables las disposiciones de este Título [el relativo al contrato de gestión de servicios públicos] a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la *creación* de Entidades de Derecho Público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma *se atribuya* a una sociedad de Derecho Privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma"

a) La exclusión en favor de entidades y sociedades de capital íntegramente público

La excepción cobra sentido, en lo que respecta a las entidades públicas, en el hecho de que, encuadradas dentro de la denominada Administración institucional, constituyen un reflejo de la potestad organizatoria, por lo que será la norma de creación (que, en el ámbito de la Administración General del Estado tendrá que ser una Ley, art. 61 de la LOFAGE) la que le atribuya la gestión de ese servicio y pormenorice los detalles de su régimen de prestación, razón por la que no tendría sentido, una vez creada la entidad, la conclusión con ésta de un contrato de gestión del servicio público^{ix}. Cosa distinta es la posterior actividad de esta entidad que, cuando contrate con terceros la gestión de prestaciones sanitarias, sí precisará sujetarse a las previsiones de la legislación de contratos, ya veremos con qué alcance.

Igual sucede con las sociedades de Derecho Privado, con respecto a las cuales la vigente legislación de contratos ha operado un cambio importante, pues, conviene reparar en que el art. 154.2 del TRLCAP supone en este punto una vuelta a los orígenes, es decir, un retorno a lo que establecía el art. 62.2 de la vieja Ley de Contratos del Estado, que, como se recordara, excluía del ámbito de aplicación del contrato de gestión de servicios públicos a los que se gestionasen mediante la creación de entidades de derecho público o mediante su encomienda a una Sociedad de Derecho Privado cuyo capital fuese en su totalidad propiedad del Estado o de un ente público. El art. 155.2 de la LCAP alteró ésta última previsión, extendiendo este régimen de excepción a aquellas sociedades en que fuese *mayoritaria* la participación de la Administración o de un ente público, extensión que desapareció en la nueva redacción que dio al art. 155.2 de la LCAP la

Ley 53/1999, de 28 de diciembre y que ha hecho suya, como era, por otra parte, lógico, el art. 154.2 del vigente TRLCAP.

Las sociedades de capital íntegramente público, a las que se les atribuya la gestión de los servicios sanitarios, tampoco tendrán, en consecuencia, que recurrir ni a la fórmula del concierto, ni a cualesquiera otra modalidad del contrato de gestión de servicios públicos. Será igualmente su norma de creación y sus respectivos Estatutos los que cubran los extremos referidos al régimen de la prestación. Por otra parte, los recelos que, desde ciertas posiciones ideológicas, pudieran reprocharse a la creación y atribución a estas sociedades de la gestión de un servicio público al margen de las fórmulas que se requieren para los privados, se disipan desde el punto y hora en que estas sociedades, sin ser Administraciones Públicas, son instrumentos de la acción administrativa y desde este prisma representan también una mera opción organizativa. Al mismo tiempo, no hay que olvidar la configuración de la sanidad como un verdadero servicio público y el protagonismo principal -y no meramente complementario o subsidiario- del que se dota a la iniciativa pública en este ámbito.

b) La excepción consagrada por el art. 154.2 del TRLCAP y las nuevas formas de gestión sanitaria

Ahora bien, retomando el hilo de nuestro discurso, cabe preguntarse si las nuevas fórmulas de gestión sanitaria que han ido apareciendo por ministerio de la legislación estatal y autonómica se benefician igualmente de esta excepción que consagra el art. 154.2 del TRLCAP. Así sucede, desde luego, con las recientísimas fundaciones públicas sanitarias (art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre), pues, en puridad, representan una simple adaptación de las entidades públicas empresariales al ámbito sanitario. Su conceptualización como organismos públicos las reconduce con facilidad, utilizando los cánones interpretativos de la LOFAGE, a la noción de entidad pública que emplea el mencionado art. 154.2 del TRLCAP. Lo mismo puede decirse con las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, pues su posición es homologable a estos efectos con las de las sociedades estatales de capital exclusivamente público^x. Mas, ¿qué puede decirse de las sociedades estatales cuyo capital sea *sólo* mayoritariamente público? ¿Quedan excepcionadas igualmente las disposiciones del TRLCAP referidas al contrato de gestión de servicios públicos para atribuir o encomendar a estas sociedades de capital mixto la gestión de servicios sanitarios?

c) Criterios para la resolución del conflicto entre la legislación sanitaria y la legislación de contratos

En este punto se plantea una importante antinomia entre la legislación de contratos y la legislación sanitaria, porque el art. 54 del RD 29/2000, de 14 de enero, homologa aparentemente el régimen de las sociedades estatales "que se constituyan para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria", juzgando, en principio, indiferente el dato de que en su capital sea *mayoritaria o única* la participación del Instituto Nacional de la Salud. Como fácilmente se advierte, el Reglamento vuelve a las previsiones de la LCAP, pero resulta contradictorio con la legislación de contratos actual. Pensamos que la resolución de este conflicto de normas no debe resolverse valiéndose de los criterios tradicionales de que la norma posterior deroga a la norma anterior o de que la norma superior abroga a la inferior, aunque la aplicación de ambos criterios condujese en este caso a la misma solución, esto es, la supremacía de la legislación de contratos sobre la sanitaria. Por el contrario, la resolución de este conflicto apunta a un problema de mayor altura y enjundia y que planea sobre todo el marco de relaciones entre la legislación contractual y la normativa sanitaria: ¿cuál de estas legislaciones prevalece sobre la otra?

Es mérito del Prof. VILLAR PALASI habernos advertido de la insuficiencia que los criterios tradicionalmente empleados para la ordenación del sistema de fuentes presentan para resolver todos los casos de conflictos internormativos. A él se debe igualmente la conceptualización de la teoría de los grupos normativos, grupos en los que hay que incardinar, de acuerdo con su finalidad y su campo de acción, las distintas normas y disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, es claro que, en el supuesto que nos ocupa, nos hallaríamos, en puridad, más que ante un conflicto internormativo ante un problema de qué grupo normativo resulta aplicable si el de la contratación pública, cuya norma de cabecera es en este momento el TRLCAP, o si el de sanidad, cuya norma principal es la Ley General de Sanidad. La solución a esta aparente antinomia pasa, en nuestra opinión, por darle primacía al grupo normativo de la legislación de contratos, puesto que las normas, integradas en el grupo normativo de la sanidad, no son suficientes para contradecir aquél, ya que carecen de los presupuestos básicos para que tal efecto se produjese: la isonomía y la isometría. Naturalmente, la afirmación anterior no empece a que el propio grupo normativo de contratos excepcione en ciertos puntos su aplicación y *remita o reenvíe* su regulación al ordenamiento sanitario. Mas esta excepción no se produce aquí; antes bien, ya hemos dado noticia de cómo, durante la

década de los ochenta, se va produciendo un paulatino proceso de sujeción de los contratos sanitarios al marco común de la legislación de contratos del Estado, sometimiento que es ya pleno en la vigente normativa de contratación de las Administraciones Públicas, salvo las especialidades que ésta sienta en favor de las disposiciones sanitarias.

En consecuencia, creemos que, en la atribución de la gestión sanitaria a sociedades de capital mayoritariamente público, resultan *sensu contrario* aplicables las disposiciones específicas del contrato de gestión de servicios públicos. La solución de la legislación de contratos resulta además coherente con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico que conciben como gestión indirecta la gestión de un servicio mediante sociedades cuyo capital no pertenezcan en exclusiva a una Administración o entidad pública, y, en particular, con el art. 156 d) del TRLCAP^{xi}.

La solución alcanzada es extrapolable también al ámbito de las Comunidades Autónomas no sólo porque el art. 154.2 del TRLCAP tenga carácter básico y, en consecuencia, constituya un límite a los legisladores regionales, sino porque ni siquiera entra, dentro de las capacidades de éstos, la posibilidad de alterar o expandir dicha determinación básica uniendo las competencias que ostentan sobre sanidad (art. 149.1.16 CE) y contratación administrativa (art. 149.1.18 CE).

D) La regulación del concierto y las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de contratos y de sanidad

Precisamente, éste último aspecto nos va a servir para advertir, en cambio, que los legisladores autonómicos sí están llamados a desplegar una importante labor a la hora de desarrollar las escasas previsiones que, sobre las modalidades de gestión indirecta del servicio público sanitario, bosquejan tanto el TRLCAP como la LGS. En otro lugar hemos expuesto, a propósito de las relaciones entre la legislación de contratos y la del procedimiento administrativo común, que las competencias sobre contratación administrativa revisten un carácter instrumental o adjetivo y que asumen, por tanto, una relación de medio a fin con las materias sobre las que se proyectan^{xii}. Trasladado al supuesto que nos ocupa, lo anterior significa que a los legisladores autonómicos cumple una importante labor de definición y desarrollo de las modalidades de contratación en el ámbito sanitario, tarea en la que sólo van a encontrar los frenos que suponen las escasas determinaciones básicas contenidas al respecto en la LGS y en el TRLCAP. Siendo esto así, y centrándonos en este momento en la figura del concierto sanitario, cabe decir que los legisladores autonómicos tienen en sus manos

acabar con esa cierta orfandad normativa de la que ha venido tradicionalmente rodeada la figura. Al respecto, ha de notarse que las determinaciones que incorpora el TRLCAP se constriñen a definirlos genéricamente y a enfatizar su sometimiento, en todo caso, al ámbito de la legislación de contratos^{xiii}, legislación que -conviene advertirlo- no es sólo la estatal, sino la que legítimamente pueden abordar ya las Comunidades Autónomas y que puede asumir incluso la forma de una legislación específica de contratos sanitarios, uniendo las competencias que muchas Comunidades Autónomas poseen en ambos campos^{xiv}.

En esta línea, el art. 90.4 de la LGS emplaza también a dicha labor cuando señala que "las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias fijarán los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos". Entre esos requisitos y condiciones mínimas a los que se refieren los restantes apartados del art. 90 están, sin duda, la nota de la complementariedad o subsidiariedad del concierto a la que ya hemos aludido y la reserva de la modalidad del concierto a los contratos que se concluyan efectivamente con entidades y personas privadas, quedando asimiladas a éstas, como hemos visto, las sociedades de economía mixta, concepto que, tras el TRLCAP, parece abrazar también las sociedades estatales o autonómicas cuyo capital, aun siendo mayoritariamente público, no lo sea en exclusiva.

E) ¿Conciertos con entidades públicas actuando bajo veste privada?

No obstante lo dicho, aún hay que plantearse si podrían concertarse los servicios sanitarios con Administraciones y entidades públicas que actuasen bajo *veste* privada, esto es, como si fuesen particulares. Tal posibilidad podría pensarse más que para concertar los servicios hospitalarios en su globalidad para contratar ciertos servicios particulares o especializados, y no tendría, en principio, porqué limitarse a Administraciones y entidades públicas de su ámbito territorial o de su zona geográfica de influencia. Es verdad que estos supuestos no quedan amparados por la norma de excepción del art. 154.2 del TRLCAP, que se refiere, según hemos visto, a supuestos de atribución o asignación normativa y no a supuestos negociados; sin embargo, sí podrían caer, en nuestra opinión, plenamente dentro del supuesto de no sujeción a la legislación de contratos de los convenios de colaboración entre entidades públicas consagrados en el art. 3. 1.c) del TRLCAP y que, según doctrina reiterada de la Junta Consultiva de Contratación, no tienen las cortapisas objetivas de los convenios que se celebran con entidades y personas sometidas al Derecho Privado^{xv}.

2. La utilización del procedimiento negociado en los contratos de gestión de servicios públicos.

A) El art. 159.2-f) del TRLCAP

El problema que acabamos de plantear podría haber quedado resuelto en los términos expuestos si no fuese por la complejidad que, al respecto, introduce el art. 159.2 f) del TRLCAP, previsión que, por lo demás, tiene su origen en un añadido incrustado por el art. 72 de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 1997 (Ley 13/1996, de 30 de diciembre). Señala, en efecto, el art. 159.2 f) del TRLCAP, que podrá utilizarse el procedimiento negociado, entre otros, en el supuesto de:

"Los (?) relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un Convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley"

B) Las contrataciones derivadas de un convenio de colaboración interadministrativo

El precepto transcrito no es, desde luego, un dechado de claridad^{xvi} y mezcla, valiéndose de un censurable utilitarismo, realidades muy diversas. En lo que ahora nos interesa, el precepto confirma la imposibilidad de utilizar la técnica del concierto para regular los acuerdos de prestación sanitaria entre Administraciones y entidades públicas, confirmando consiguientemente la fórmula del convenio de colaboración. Sin embargo, a partir de este dato cierto afloran las dudas. Hay quien entiende, pensando en las encomiendas de gestión sanitaria que se le hacen a las entidades locales, que lo que el art. 159.2 f) del TRLCAP reconoce es que "esos convenios de colaboración con las entidades locales titulares de centros sanitarios son contratos de gestión de servicios públicos, no un negocio jurídico excluido del art. 3. 1. c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas^{xvii}". Ahora bien, si se repara detenidamente en el mencionado art. 159.2 f) del TRLCAP, se observa que los que pueden seguir las formas del procedimiento negociado son los contratos *derivados* de un convenio de colaboración, que son a los que, en definitiva, se les reputa contratos de gestión de servicios públicos. El convenio de colaboración puede, sin embargo, tener por objeto la atribución o encomienda de la prestación sanitaria, sin perder, por las razones anteriormente expuestas, su condición de convenio de colaboración excluido del ámbito de aplicación del TRLCAP. Incluso, dando un paso más, podría pensarse

que ésta última interpretación dependerá del grado de concreción al que se haya llegado en el convenio de colaboración, pues pudiera ser que en éste se hayan previsto hasta los últimos detalles, haciendo innecesaria la posterior conclusión de contratos derivados del convenio, por seguir la terminología empleada por la Ley.

La interpretación que sustentamos proporciona además una mayor coherencia al resto del precepto, pues aproximaría este supuesto al de los contratos marco, aunque con algunas diferencias. Cuando se formulan en términos demasiado genéricos, los convenios de colaboración asumen la misma función que los contratos-marco: ser una suerte de contratos normativos que sirven de cuadro para la conclusión de una futura serie de contratos. No obstante, se separan en un punto importante: el procedimiento para la conclusión de un contrato-marco está plenamente sujeto a la legislación de contratos (de ahí, la previsión final del precepto) y lo está, porque la figura del contrato-marco está pensada para la creación de un marco de relaciones contractuales estables entre la Administración y los privados, lo que obliga a asegurar la publicidad y la concurrencia. Los convenios de colaboración, a los que se refiere el art. 159.2 f) del TRLCAP, juegan el mismo papel, pero con una notable diferencia: como sólo rigen las relaciones de colaboración entre Administraciones pueden concluirse al margen de las previsiones de la legislación de contratos, pues, en principio, no quebrantan las reglas de la publicidad y de la concurrencia habida cuenta del carácter de servicio público que tiene la sanidad y del papel complementario o subsidiario que cubre a este respecto la sanidad privada.

C) La conclusión de conciertos por procedimiento negociado sin publicidad

El art. 159.2 f) del TRLCAP contiene también, como hemos visto, una previsión específica para los conciertos, aunque lo haga empleando un censurable circunloquio. A través de éste creemos que lo que dicho precepto permite es que se recurra a las formas del procedimiento negociado cuando por razones fácticas resulte imposible promover un proceso de concurrencia real, lo que haría absurdo e inútil seguir los rigurosos y retardatarios trámites del procedimiento abierto y del concurso. Naturalmente, esta situación se dará más fácilmente con respecto a la concertación global, por ejemplo, de un hospital o de un centro sanitario, que con respecto a la concertación de un servicio sanitario de carácter complementario, como podría ser, por ejemplo, el transporte de enfermos^{xviii}.

D) Las contrataciones derivadas de un contrato o acuerdo-marco

a) La naturaleza de los contratos-marco

Otra cuestión última plantea el art. 159.2 f) del TRLCAP. Es la que alude a la previsión de los contratos-marco y a las relaciones que éstos pueden tener con los conciertos sanitarios. Señala, en efecto, aquél precepto que podrán seguirse las formas del procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos *derivados* de un contrato marco, "siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley". La figura del contrato marco conforma una novedad y constituye de alguna manera una gran incógnita, como la misma Junta Consultiva de Contratación ha confesado. En el TRLCAP sólo hay referencias al contrato marco cuando se regula el contrato de suministro [arts. 182.1), y 183.1], previsión que lucía ya en la primitiva redacción de la LCAP. Fuera del TRLCAP, alude a los contratos o acuerdos marco la Ley de Contratación para los sectores excluidos (art. 6 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre). Por lo demás, hay que reseñar que la escasísima doctrina que, hasta el momento, ha abordado la realidad de los acuerdos-marco lo ha hecho un tanto de pasada y haciendo patentes sus recelos hacia la misma, recelos, por cierto, que contrastan con el decidido impulso que, desde las instancias comunitarias, parece querer darse a dicha figura.

De los escasos datos que el ordenamiento, tanto nacional como comunitario, proporcionan de cara a la caracterización de los contratos o acuerdos-marco, si puede afirmarse con cierta seguridad su carácter de contrato normativo, en el sentido más puramente civilista del término. Es decir, el contrato marco se mueve dentro de la funcionalidad típica de los contratos normativos. Su objeto no es la conclusión ya de un contrato de asistencia sanitaria, sino "determinar el contenido normativo de futuros contratos constitutivos de obligaciones" en que dos o más sujetos entren a formar parte^{xix}. El contrato marco como contrato normativo asegura, pues, la conclusión de futuros contratos, pero, por sí mismo, no genera más derechos y obligaciones que los de la eventual celebración de futuros contratos y los de conformar el contenido de éstos de acuerdo con las cláusulas y estipulaciones que previamente han resultado pactadas en el contrato marco.

Desde el punto de vista de la contratación administrativa, la adopción de la fórmula del contrato marco simplifica enormemente los procedimientos de contratación, particularmente en lo que se refiere a las fases de preparación y adjudicación de los sucesivos contratos, ya que, si, por un lado, tenemos ya seleccionado al contratista, por el otro, tenemos también preconfigurado el

contenido contractual, lo que agiliza extraordinariamente la confección del expediente de contratación. Precisamente, es ésta previa selección de los contratistas la que suscita, como vimos la crítica de la doctrina que se ha ocupado del tema, y la que determina, en consecuencia, que la legislación de contratos exija que, para la conclusión de un contrato-marco, se sigan las normas de la normativa de contratación^{xx}. Así las cosas, se comprenderá que los contratos-marco guarden muchas similitudes con las formas de adquisición centralizada que, desde hace ya tiempo, hemos conocido en el ámbito del contrato de suministros, aunque resulten también notables sus diferencias.

b) ¿Existen los contratos marco la exclusividad en favor de un solo contratante?

Dos cuestiones queremos tratar someramente antes de dar por concluido este apartado de los contratos-marco. En principio, la figura resulta aplicable a todas las modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos, aunque quizá tenga mayor virtualidad en relación con los conciertos que en relación, por ejemplo, a la concesión. Centrados, por tanto, en el concierto, las dos cuestiones que pretendemos abordar aluden, por una parte, a si el acuerdo marco impone o no la cláusula de exclusividad a favor de un solo empresario, y, por otra, a si el contrato marco, tal concebido, se confundiría con la exigencias de la homologación que, en el ámbito sanitario, se requiere a los centros privados para poder concertar con la Administración.

La Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998 y el art. 6 de la Ley que regula los procedimientos de contratación en los sectores excluidos parecen no exigir la exclusividad en favor de un solo contratista^{xxi}. Exclusividad que, en cambio, sí resulta aconsejable -y, en nuestra opinión, exigible- con respecto a las contrataciones centralizadas de suministros. La razón que explica esta diferencia de trato entre dos modalidades que, como hemos dicho, guardan tantas similitudes, se conectan a la distinta funcionalidad que poseen los concursos para la determinación del tipo y los acuerdos marco. Aquéllos no son, en puridad, contratos normativos, sino verdaderos contratos en los que ya se selecciona un adjudicatario que vendrá obligado a concluir y suministrar las diversas peticiones de bienes que desde ese momento se le puedan ir dirigiendo; los acuerdos marco, en cambio, sólo prefiguran el contenido de futuros contratos y efectúan una selección de los posibles contratistas, aunque no creemos que exista, por parte de éstos, ni siquiera una verdadera obligación de concluir el contrato derivado, lo que justificaría el que se incluyesen varios posibles candidatos para asegurarse, en su caso, la Administración aquella conclusión. En cualquier caso, el número de selecciona-

dos tampoco debe ser muy elevado, pues, entonces, se correría el riesgo de que el acuerdo marco, se convirtiese en un budo expediente para elegir, después, libremente entre el rosario de posibles contratistas seleccionados^{xxiii}. De la misma forma, estimamos que en el expediente de contratación del contrato derivado debe quedar debidamente justificado porqué se escoge a uno de entre los posibles candidatos.

c) Las relaciones entre los contratos-marco y las homologaciones requeridas para poder concertar con la Administración sanitaria

Resta que nos preguntemos sobre qué relaciones se establecen entre el contrato-marco y el requisito de la homologación exigido con carácter general a los centros sanitarios privados para poder concertar con la Administración la prestación de los servicios sanitarios. El art. 90.5 de la LGS establece, en efecto, que "los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones Públicas sanitarias deberán ser previamente homologados por aquéllos, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que podrá ser revisado periódicamente". Fácilmente se constata que este precepto concibe la homologación como un *príus* con respecto a la concertación, un requisito de capacidad que los hospitales y centros privados deben reunir para poder convertirse en contratistas de la Administración sanitaria. Desde esta perspectiva, y puesto que en el ámbito del contrato de gestión de servicios públicos no es exigida la clasificación de los contratistas, a pesar de lo que en otro sentido pudiera deducirse de algunas normas^{xxiii}, la homologación sanitaria viene de alguna forma a realizar en el ámbito de la concertación sanitaria el papel que en el contrato de obras y en los de consultaría y asistencia y de servicios cumple el requisito de la clasificación de los contratistas^{xxiv}. Por ello, siendo el contrato-marco un contrato -de carácter normativo, pero contrato, al fin y al cabo- los centros sanitarios privados que se incorporen al ámbito objetivo de dicho contrato-marco precisarán igualmente de su previa homologación, ya que la conclusión del contrato-marco los convierte en potenciales prestadores del servicio público sanitario.

III. La contratación del resto de servicios sanitarios y de los suministros

1. La contratación de los servicios sanitarios complementarios, ¿contratos de gestión de servicios o contratos de servicios?

La contratación del resto de servicios sanitarios precisa, como expusimos al inicio de este trabajo, distinguir entre los que allí denominábamos servicios complementarios e instrumentales. La contratación de los primeros

no plantea especiales problemas, pues, en su mayoría, dichos contratos resultan reconducidos a las técnicas ya conocidas de la gestión indirecta de servicios públicos y, fundamentalmente, del concierto. Sólo se suscitan problemas particulares en relación con determinadas prestaciones que parecen poder encontrar acomodo en el marco del contrato de servicios, en cuyo caso las cuestiones que afloran resultan muy similares en su formulación y resolución a las que, a continuación, vamos a abordar con respecto a los llamados servicios instrumentales. De todos modos, antes de pasar a ese análisis, sólo queremos advertir de que las incertidumbres que sobre el particular han surgido, devienen en gran parte de la inteligencia de normas de funcionalidad muy reducida, cuales son las que clasifican a los contratistas en el ámbito del mencionado contrato de servicio o en el de asistencia, razón por la que la Junta Consultiva ha relativizado en alguna ocasión su alcance.

2. La contratación de servicios instrumentales y de bienes imprescindibles para el funcionamiento de la actividad sanitaria

A) Las contrataciones centralizadas de bienes y servicios

a) Caracterización de la figura.

Centrándonos ya en los servicios instrumentales, las cuestiones que, dentro del estrecho margen de este trabajo, pretendemos abordar pueden ser tratadas conjuntamente con las relativas a la contratación de suministros que se juzgan imprescindibles para la buena marcha de los centros y servicios asistenciales. En concreto, queremos incidir sobre el tema de las contrataciones centralizadas de servicios y de suministros, previstas en los arts. 199 y 183 del TRLCAP, respectivamente, pues la regulación de aquéllas remite a las normas y principios acuñadas para los segundos.

El art. 199 del TRLCAP regula, en efecto, la contratación centralizada de servicios en los siguientes términos:

"Los contratos de servicios podrán ser declarados de contratación centralizada en la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 183. 1"

El precepto, como decimos, remite a las normas que regulan la contratación centralizada de suministros (art. 183 del TRLCAP), remisión que tiene su explicación en el hecho de que ha sido precisamente en el

ámbito de los suministros en donde primero (e, incluso, antes de que la legislación de contratos la previese expresamente) ha surgido esta modalidad de contratación^{xxv}.

La dinámica de la contratación centralizada es, por lo demás, muy simple, e, incluso, a partir de la LCAP, tiende a hacerse uniforme en el Estado y las Comunidades Autónomas. En síntesis, comprende dos fases: los concursos para la determinación del tipo y las contrataciones derivadas de dichos concursos que se pueden verificar siguiendo los cauces del procedimiento negociado sin publicidad [arts. 182.g) y 210 f) del TRLCAP]. Previamente a la celebración de los concursos para la determinación del tipo, resulta precisa la llamada declaración de uniformidad de los bienes y servicios de utilización común.

El recurso a estas técnicas de contratación centralizada responde sustancialmente a una serie de razones de variada índole. En primer lugar, la contratación centralizada pretende coordinar las diversas compras de bienes y servicios idénticos que realiza la Administración, mitigando los perniciosos efectos de la *atomización* orgánica; en un segundo término, persigue también racionalizar el trabajo administrativo, simplificando y agilizando los procedimientos contractuales; y, por último, la contratación centralizada busca reforzar la posición de la Administración como comprador^{xxvi}. La conjunción de todos estos factores es lo que hace que las modalidades de contratación centralizada hayan ido paulatinamente ganando terreno en todas las Administraciones Públicas y estén impulsando reacciones positivas en el plano de la legislación, como muestra, por ejemplo, el Anteproyecto del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que en estos momentos se elabora. En el ámbito sanitario, el mismo INSALUD ha explicitado recientemente su voluntad favorable a esta política común de compras^{xxvii}.

b) Las contrataciones centralizadas de bienes y servicios desde la perspectiva de las nuevas formas de gestión sanitaria

Ahora bien, desde la perspectiva que en este trabajo nos ocupa, ¿sirve la regulación contenida en el TRLCAP para las adquisiciones centralizadas de bienes y servicios que se verifican en el ámbito sanitario?

El primer corsé con el que podríamos toparnos es de orden organizativo. El art. 182 g), segundo párrafo, establece que para la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, *Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social* y demás entidades públicas estatales, la declaración de uniformidad de los bienes de utilización común se hará por la Dirección General de

Patrimonio, previsión que pudiera ir en contra de la autonomía de gestión que orienta las recientes reformas de las entidades sanitarias. Este entendimiento resulta, no obstante, mitigado por varios factores:

- ♦ El carácter no básico de este párrafo del art. 182 g) del TRLCAP determina lógicamente que esta previsión no pueda operar con respecto a las Comunidades Autónomas que tienen transferida la gestión asistencial^{xxviii}. Aún más, en nuestra opinión, no puede operar ni siquiera supletoriamente como criterio de inspiración para los legisladores autonómicos. Tratándose como se trata de una previsión eminentemente organizativa cualquier determinación, directa o indirecta, de la legislación del Estado se hallaría viciada de inconstitucionalidad.

- ♦ Pero es que, incluso, en el ámbito de la gestión asistencias del Estado, este precepto permite su excepción, porque, según el mismo precepto, "cuando se trate de bienes de utilización específica por los servicios de un determinado Departamento ministerial", la declaración de uniformidad competirá ejercerla a éste, requiriendo sólo el informe previo de la mencionada Dirección General de Patrimonio. Por nuestra parte, pensamos que esta dispensa es aplicable al ámbito sanitario, ya que, centrada esta modalidad de contratación en la procura de los bienes que conforman la infraestructura ontológica de la organización administrativa, es claro que la realidad material sanitaria requerirá de unos bienes que son también de utilización común por los servicios específicos de una determinada rama de la Administración^{xxix}.

La especialidad organizativa en favor de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social se consagra además, siquiera con carácter transitorio, para todo el proceso posterior de contratación centralizada (DT 4ª del TRLCAP).

Las precisiones de carácter organizativo, que acabamos de hacer, nos colocan ya en situación de abordar una última reflexión de carácter más general a propósito de los procedimientos de contratación centralizada de bienes y servicios sanitarios: ¿resulta coherente la estructura con la que actualmente aparecen dibujados dichos procedimientos con los intentos acometidos por las últimas reformas legislativas de agilizar y darle autonomía a la gestión sanitaria? ¿Es, realmente, funcional el sistema de adquisición centralizada que diseña el TRLCAP? Se ha dicho, en alguna ocasión, que un hospital es *un pequeño mundo*, afirmación que gana enteros en el caso de los macrohospitales o ciudades sanitarias. Los últimos hitos legislativos han tratado de reconocer esta realidad propiciando la creación o conversión de centros hospitalarios o asistenciales en nuevas formas de gestión que se ordenen mediante "criterios de descentra-

lización y autonomía" que "se ejercerán conforme a las características que le sean propias a cada una de las formas de gestión que adopten los centros sanitarios" y que comprende aspectos tales como "el desarrollo de su estructura organizativa; el desarrollo y gestión de los planes de calidad total del centro; la elaboración y aplicación de las normas internas de funcionamiento; la gestión de sus recursos económicos con arreglo a principios de economía, celeridad y eficacia; la gestión de su tesorería y patrimonio y de sus recursos humanos" (arts. 11 y 12 del RD 29/2000, de 14 de enero).

Pues bien, si se quiere ser coherente con estos *nuevos principios* de la gestión sanitaria, el ámbito de la contratación centralizada tendrá que ser redimensionado, en el sentido de que todo el proceso se adecue a la nueva realidad organizativa que está surgiendo y a la que, inevitablemente, nos guste o no, nos vemos abocados^{xxx}; efecto que se conseguirá apurando las virtudes de la desconcentración en el seno de cada organización. De la misma forma, será preciso igualmente que se flexibilice el contenido de los pliegos que rigen estas contrataciones, proceso en el que ya da importantes avances el Anteproyecto de Reglamento sobre el que, en estos momentos, se trabaja.

B) Los servicios y trabajos repetitivos

El art. 210 e) del TRLCAP contempla, en el ámbito del contrato de servicios, otra posibilidad más de valerse de las formas del procedimiento negociado: nos referimos a la posibilidad de contratar por procedimiento negociado sin publicidad "la repetición de estudios, servicios o trabajos similares a otros adjudicados por procedimiento abierto o restringido, siempre que los primeros se hayan incluido en el anuncio del citado procedimiento abierto o restringido y computado su importe para fijar la cuantía total del contrato".

Esta figura, que tiene también su correlato en el contrato de obras, guarda una cierta similitud con el acuerdo marco de que anteriormente hemos hablado, más aún después de la configuración que a éste se ha dado, por ejemplo, por la Ley de Contratación en sectores excluidos y que obliga, como se sabe, a fijar el precio global. Sin embargo, hay, en nuestra opinión, alguna diferencia: la fundamental, aparte de otras que no podemos obviamente abordar en este estudio^{xxxi}, es que aquí no estamos ante un simple contrato normativo, aquí hay ya un servicio primero que se ha contratado y que, efectivamente, se ha hecho.

IV. La legislación de contratos de las Administraciones Públicas y la habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud

El sistema descrito quedaría incompleto si no valorásemos una última circunstancia. Hasta el momento, hemos hablado del carácter administrativo o no de los contratos que se concluyen con los particulares en el genérico campo de los servicios sanitarios. Ahora bien, en este análisis hemos dejado fija una constante que ha operado a modo de premisa de todas las consideraciones efectuadas. Esta premisa ha sido la de entender que las entidades que concluían tales contratos con los particulares estaban plenamente sujetas a la legislación de contratos. Dicho de otra manera, hemos entendido que eran poderes adjudicadores en el sentido más estricto del término. Sin embargo, sabemos de las últimas reformas que en el ámbito de las formas de gestión se han producido recientemente y que han venido a introducir importantes factores de análisis. Sin entrar, desde luego, en todo el vasto conjunto de problemas que estas reformas introducen, sí queremos, no obstante, conocer el alcance que, a nuestro juicio, despiertan sobre la contratación administrativa.

1. La regulación vigente

El artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, establece, en su apartado 2º, que "*la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad*". El contenido de la previsión es tan ambiguo que, para empezar, no se sabe bien si se está refiriendo a las formas que pueden seguirse para atribuir o encomendar a las nuevas entidades emergentes la prestación y gestión de los servicios sanitarios o si, por el contrario, está refiriéndose a las formas que estas nuevas entidades nacidas de la reforma pueden escoger para, a su vez, encomendar o atribuir la prestación y gestión de los servicios sanitarios. Si éste segundo es el sentido que ha querido darse al mencionado precepto, la fórmula tiene que ser completada con lo que establece, en desarrollo de esta Ley, el art. 111.7 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, a propósito del régimen de contratación de las fundaciones públicas sanitarias:

"El régimen de contratación respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre competencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas".

Más explícito y detallado, el RD 29/2000, de 14 de enero, que constituye, según su Exposición de Motivos, "desarrollo obligado de la Ley 15/1997, de 25 de abril, y desarrollo necesario del artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre", detalla pormenorizadamente el régimen de contratación de cada una de las entidades que ahora aparecen en escena en el ágora sanitario. Así, para *las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994*, el art. 43 precisa que,

"...ajustarán su actividad contractual al Derecho Civil y Mercantil y estarán sujetas a los principios de publicidad y concurrencia, salvo en los casos no exigidos en la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas".

... Para los *consorcios sanitarios*, el art. 51 especifica que,

"...ajustarán su actividad contractual a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas"

... Para las *sociedades estatales*, el art. 59 repite lo dicho para las fundaciones, es decir, que,

"...ajustarán su actividad contractual al Derecho Civil y Mercantil y estarán sujetas a los principios de publicidad y concurrencia, salvo en los casos no exigidos en la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas".

... Finalmente, para las *fundaciones públicas sanitarias*, el art. 72 concreta que,

"La contratación de las fundaciones públicas sanitarias respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas".

2. Sujeción plena a la legislación de contratos para los consorcios y para las fundaciones públicas sanitarias: atención particular a los contratos y negocios excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP que concluyan éstas últimas entidades

El esquema, que traza el Reglamento de 14 de enero de 2000, describe, a nuestro juicio, dos supuestos de sujeción plena a la legislación de contratos y dos supuestos, en cambio, de sujeción mínima (o, probablemente, de simple huida, por plantearlo en términos más reales) a la legislación de contratos. La sujeción plena

rige, desde luego, para los consorcios, porque constituyen un ejemplo de las "entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas... que [satisfacen] específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil" (art. 1.3 del TRLCAP); interés éste que, como hemos expuesto en otras sedes, no hay que identificar con el trasnochado afán de lucro, sino con el despliegue *en el mercado* de una actividad en régimen de concurrencia paritaria con los particulares^{xxxii}. Esta opinión se confirma, por lo demás, con la plena sujeción al ordenamiento administrativo que preconiza el art. 47 del Reglamento, lo que haría absurdo consagrar una *vía de fuga* exclusivamente para el ámbito de la contratación.

De la misma forma, y a pesar de la ambigüedad empleada por el art. 72 del Reglamento, creemos también que rige una sujeción plena a la legislación de contratos para las llamadas fundaciones públicas sanitarias. En primer lugar, porque no hay que olvidar que una de las finalidades -confesadas- de la reforma es, precisamente, adaptar el régimen jurídico de las entidades públicas empresariales de la LOFAGE a la esfera de la sanidad, homologación que exige someterlas al mismo régimen de contratación que ostentan aquéllas entidades y que se sintetiza, en virtud del art. 1.3 del TRLCAP, en una sujeción plena a la legislación de contratos cuando concluyan con terceros contratos y negocios que objetivamente caigan dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos^{xxxiii}. Fuera de este ámbito objetivo, creemos que el Reglamento suaviza para las fundaciones públicas sanitarias los rigores existentes para las entidades públicas empresariales, toda vez que éstas han de respetar, cuando confluyan, por ejemplo, contratos privados, las normas del TRLCAP y de sus disposiciones de desarrollo en lo que afecta a la preparación y adjudicación de dichos contratos privados (art. 9.1 del TRLCAP). Pensamos que esta interpretación que sustentamos es la que explica la expresión inicial del art. 72 del Reglamento ("la contratación ... respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia"). Cuestión diferente es la de si esta suavización del régimen de los contratos objetivamente no sujetos a la legislación de contratos, resulta compatible con ésta, tesis que debe resolverse, a nuestro juicio, en sentido afirmativo, ya que el propio art. 9.1 del TRLCAP establece aquella sujeción plena de los llamados actos separables "en defecto de normas administrativas específicas", lo que da pie para pensar en que estas normas específicas pueden ser también las sanitarias sin que, por ello, se altere la virtualidad de los criterios que ordenan las relaciones entre ambos grupos normativos.

3. El régimen de contratación de las fundaciones y de las sociedades estatales

Finalmente, el régimen de contratación de las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994 y de las sociedades estatales son bien distintos. Los arts. 43 y 59 del Reglamento enganchan dicho régimen a lo previsto en la Disposición adicional sexta del TRLCAP, aunque con una notable salvedad: mientras que esta Disposición sólo habla de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación pública, el art. 54.1 del Reglamento de 14 de enero de 2000 conceptúa, según vimos, como sociedades estatales también aquéllas en las que el capital social es exclusivamente público. No obstante, pensamos que en este punto, y a diferencia de cuanto dijimos a propósito del análisis de las específicas normas del contrato de gestión de servicios públicos, el matiz carece de relieve y debe prevalecer la noción de organismo de Derecho público que sienta el art. 1.3 del TRLCAP y en el que no cabe, desde luego, ninguna de estas dos entidades^{xxxiv}.

V. Breve reflexión final

Ciertamente, por éste último flanco, que acabamos de abordar, se desangran gran parte de las garantías establecidas por la legislación de contratos, lo que obligará también en el campo de la sanidad a abrir el mismo debate que el recurso a entidades formalmente privadas ha suscitado ya en otros ámbitos de la contratación públi-

ca^{xxxv} Por eso, la respuesta a la pregunta que planteábamos al inicio de este trabajo consiste cabalmente en la formulación de otra pregunta: admitido que la legislación de contratos nace con una voluntad omnímoda de regular toda la contratación pública, cualesquiera que sea el ámbito en el que ésta se desarrolle, ¿es posible y legítimo alterar aquélla voluntad creando entidades cuya sujeción a la legislación de contratos es más tenue y relajada, pero que realizan sin embargo la misma actividad contractual que las entidades sujetas? La respuesta a esta segunda cuestión escapa, desgraciadamente, a nuestras limitadas posibilidades y demanda valorar muchos principios y reglas, entre los cuales no son precisamente los menores el mismo campo de aplicación del Derecho Administrativo o las relaciones entre el principio de legalidad y la eficacia.

Ahora bien, lo que sí cabe es la posibilidad de que, al hilo de las peculiares relaciones que rigen entre la normativa de contratación y la sanitaria, que los legisladores autonómicos profundicen, sin desvirtuar el sentido y las finalidades de la legislación de contratos, en las particularidades que ofrece la contratación de los servicios sanitarios, opción que, personalmente, juzgo más adecuado que la adulteración de instituciones jurídicas ya muy consolidadas o que los, a veces, irreflexivos movimientos de huida.

ⁱ De carácter predominantemente orgánico son las distintas referencias que en el articulado del TRLCAP se realiza a las Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad. Así, Arts. 12.1 (órganos de contratación); 48 (competencia del Consejo de Ministros para la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas particulares); 49 (informe del Servicio Jurídico en el procedimiento de aprobación de pliegos de cláusulas administrativas particulares); 51 (competencia del Consejo de Ministros para la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales); 59.2 (informe del Servicio Jurídico para el ejercicio de las prerrogativas administrativas de la contratación); 72.1 a) (tramitación de emergencia, dación de cuenta al Consejo de Ministros); 81 (composición de la Mesa de contratación); 117.1 a) (competencia para la formalización de contratos en el extranjero); 141 (procedimiento negociado para los contratos de obras declarados secretos); 159.2. c) (procedimiento negociado para los contratos de gestión de servicios declarados secretos); 177.2 (cuantías a partir de las cuales deben publicar los anuncios de suministros en el DOCE); 182 g) y h) (procedimiento negociado sin publicidad en el contrato de suministro); 183.1 (competencia para declarar la adquisición centralizada de bienes); 195 (autorización para la fabricación de bienes muebles); 199 (competencia para la contratación centralizada de servicios); 210 f) y g) (procedimiento negociado sin publicidad en el contrato de servicios); Dad 3º, 1 (competencia para la adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información); Dad 13ª (sustitución de Letrados en la Mesa de contratación) y DT 4ª (Competencias en materia de suministros de bienes de utilización común por la Administración).

Dado el carácter orgánico de todas estas determinaciones, es fácilmente comprensible que no tengan carácter básico y que no muestren tampoco aptitud, a pesar de lo que pudiera deducirse de la Disposición final 1ª, 1 del TRLCAP, para comportarse como preceptos supletorios (cfr. nuestro trabajo *La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: su entronque con el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación*, en la obra dirigida por F.A. Castillo Blanco, *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, CEMCI, Granada, 1996, pp. 1 y ss.

ⁱⁱ Así, J. PEMAN GAVIN, *Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio)*, en la obra colectiva *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio 1996*, Civitas, Madrid, 1996, p. 296. Sobre la evolución de la Sanidad en España y su situación presente resulta de gran utilidad la lectura del Informe contenido en la obra colectiva coordinada por Santiago Muñoz Machado, José Luis García Delgado y Luis González Seara, *Las estructuras del bienestar. Derecho, Economía y Sociedad en España*, Escuela Libre Editorial y Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 217-294

ⁱⁱⁱ El RGCE subrayaba, por cierto, ese matiz de subsidiariedad al que hemos aludido, puesto que el recurso a la modalidad del concierto se condicionaba, por un lado, temporalmente -plazo no superior a ocho años, salvo que el Gobierno autorizara expresamente otra cosa- y, por otro lado, a que el concierto "convenga" a la Administración "para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público"

^{iv} Texto, por cierto, que planteaba algunos problemas en orden a una correcta caracterización conceptual del concierto, pues decía que "la asistencia en régimen de internado se hará efectiva en las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social o

mediante concierto y en aplicación del principio legal de coordinación hospitalaria, en las clínicas, sanatorios y establecimientos de análoga naturaleza de la Organización sindical o de carácter público o privado. Reglamentariamente se regulará el régimen de concierto, especialmente de los que se formalicen por la Entidad Gestora con las Facultades de Medicina".

^v J. PEMAN, *Hacia nuevas formas...*, cit., p.297, nota 6

^{vi} Aparte de otras menciones, si cabe más claras, en otros preceptos de la LGS, como los arts. 93 y 94 que hablan expresamente de conciertos con centros sanitarios privados y de centros privados concertados.

^{vii} En nuestra opinión, lo previsto por la LGSS no desvirtúa las afirmaciones de la LGS. En primer lugar, no hay que olvidar el alcance refundidor de la normativa de la seguridad social anterior que tiene esta norma, lo que explica que su capacidad de maniobra fuese muy limitada. Pero es que, en segundo lugar, la LGS posee con respecto a la LGSS en estos aspectos una superioridad funcional que impide que jueguen criterios de ordenación del sistema de fuentes, como el de la norma posterior.

^{viii} Lo que afirmamos en el texto no queda contradicho por la existencia de los llamados *conciertos singulares* que pueden concluirse con entidades privadas y públicas y que encontraron su plasmación normativa en el art. 6 de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 12 de mayo de 1989, que establecía lo siguiente:

"1º Previa autorización del Secretario general de Asistencia Sanitaria, el Instituto Nacional de la Salud podrá suscribir conciertos singulares con entidades públicas o benéfico-privadas, en orden al establecimiento de un régimen de funcionamiento programado y plenamente coordinado con el de los Centros sanitarios públicos, en el marco de una planificación sectorial.

2º. Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos específicos de costes efectivos por día de estancia, urgencias, consultas y demás servicios especiales a concertar, pudiéndose prefiar en el concierto, en su caso, una financiación global anual calculada en función de dichos costes y de los objetivos previstos de prestación de servicios asistenciales, revisable mediante una liquidación final del ejercicio que tenga en cuenta el grado de cumplimiento de dichos objetivos y su valoración según los módulos económicos convenidos.

3º. La Dirección General de Programación Económico-Financiera, a propuesta, en su caso, del Instituto Nacional de la Salud, fijará las normas de procedimiento, habilitación presupuestaria y condiciones técnicas y económicas de contratación, así como los requisitos que han de reunir los Centros hospitalarios, objeto del concierto singular.

4º. Los mencionados conciertos singulares tendrán una duración máxima de cinco años. Estos conciertos deberán adaptarse a la normativa que con carácter general se promulgue en desarrollo de los preceptos contenidos en la Ley General de Sanidad".

Pensamos que, pese a la equívoca denominación ("conciertos singulares"), o no estamos ante verdaderos conciertos en sentido estricto, sino ante los convenios singulares de vinculación a los que se refiere el art. 67.2 de la LGS, o ante lo que estamos es ante un supuesto en que la Administración o entidad pública que concierta con la Administración sanitaria no

aparece bajo veste pública, sino como persona privada, en cuyo caso sí que podríamos estar ante un auténtico concierto. De todas formas, nos inclinamos más por la primera opción y ello por dos razones: primero, porque, como más adelante afirmamos en el texto, la manera más normal de relacionarse entre sí las Administraciones Públicas no son los contratos, y en segundo lugar, porque si se examina el contenido de los conciertos que se signaron al socaire de esta normativa se comprobará fácilmente que ante lo que estamos es ante una verdadera integración o adscripción del hospital público en cuestión. Así lo ve, por ejemplo, J.M^a RODRIGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 192-194, *passim*, quien se ha ocupado de estudiar con detenimiento el Convenio que, en aplicación de la transcrita Orden de 12 de mayo de 1989, suscribieron el 13 de diciembre de 1989 el INSALUD y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y, en cuya virtud el Hospital General de Asturias dejaba de ser gestionado por la Comunidad Autónoma para integrarse en la estructura administrativa del INSALUD. Como afirma RODRIGUEZ DE SANTIAGO, "en el clausulado se pone de manifiesto que más que de un convenio para coordinar la actuación de dos centros hospitalarios públicos se está pactando la integración del hospital de la Comunidad Autónoma en el ámbito de la gestión administrativa del INSALUD, y ello a pesar de que la Comunidad Autónoma continúa siendo, formalmente, titular de la propiedad del inmueble y de las relaciones con el personal del centro hospitalario" (p. 192). Por ello, sigue diciendo, "sería ilusorio hablar, a la vista de lo expuesto, de una simple coordinación y no, más bien, de una integración temporal del hospital en la estructura administrativa del INSALUD, aunque sea sin la titularidad del inmueble y de las relaciones laborales y funcionariales", circunstancia ésta última que le hace dudar de la naturaleza de estos convenios: "...no debe ser posible que por convenio -que, en este caso, no parece que pueda tener otra naturaleza que la de un *contrato* (subrayado del autor)- celebrado entre dos partes (el INSALUD y la Comunidad Autónoma se afecte *in peius* a derechos de terceros (el mencionado personal), para los que el contrato es *res inter alios acta*" (p. 193).

Estas últimas dudas que, en orden a la conceptualización de estos conciertos singulares (rectamente, según la LGS, convenios), posiblemente podrían abonar la idea, anteriormente expresada, de que, en puridad, en estos convenios de adscripción o de integración, las entidades públicas que los suscriben con la Administración sanitaria competente, lo hacen en calidad de personas privadas y, por tanto, sin rodearse de las prerrogativas que caracterizan la posición y el estatus de la Administración Pública. Esta manera de entender el problema de los denominados convenios o conciertos singulares reforzaría los argumentos de quienes estiman estos convenios como verdaderos contratos de gestión de servicios públicos (así, F.J. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 103-107). Sin embargo, el procedimiento que, en estos casos, se sigue nos inclina más a pensar que estamos, como afirma A. MENENDEZ REXACH (*Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario*, en el Libro de Ponencias del III Congreso Derecho y Salud, Pamplona, 1995, pp. 73 a 93), ante actos administrativos necesitados de aceptación (postura a la que se adscribe también J.L. GOMEZ DE HITA, *Formas jurídicas de la organización sanitaria. Derecho público y Derecho privado*

en la provisión pública de servicios sanitarios, EASP, Granada, 2000, p. 323).

^{ix} Cosa diferente es que tengan que concluir después el denominado contrato-programa previsto en el 59.2 de la LOFAGE

^x Aunque, en puridad, pesan las dudas sobre si puede hablarse, con respecto a este tipo de fundaciones, de titularidad del capital en los términos que se exponen más adelante.

^{xi} En este aspecto, hay que reseñar de todas formas cómo tradicionalmente ha existido una antinomia entre la legislación local y la legislación general. En la legislación local, se distingue entre "sociedades mercantiles", cuyo capital debe ser íntegramente titularidad de la Corporación Local, y que constituyen una modalidad de gestión directa de los servicios públicos [arts. 85.3. c) de la LRBRL; 103.1 del TRRL y 89 del RSCL] y "sociedades de capital mixto". Por su parte, en el ámbito de la legislación general, el carácter de sociedades estatales se le ha atribuido sólo a aquellas sociedades mercantiles en las que la Administración General del Estado, o sus Organismos Públicos cuentan con una participación mayoritaria (art. 6.1 a) de la LGP] (por todos, cfr. L.M. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 11^a ed., 2000, p. 279). La reforma, por tanto, que en este punto ha operado el art. 154.2 del TRLCAP ha restringido el concepto de sociedad estatal, al menos, a los efectos de poder rehuir las formas de la gestión indirecta de los servicios públicos, pues ahora, las sociedades estatales con capital mayoritariamente público quedan homologadas a las sociedades de economía mixta, a las que se refiere el art. 156. d) del TRLCAP como modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos, forzando consiguientemente el propio concepto de sociedad de economía mixta que, como explica J.A. SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Ceura, Madrid, 2000, II, 2^a ed., p. 330, "tiene como rasgo fundamental el que la participación administrativa en el accionariado tiene que ser necesariamente minoritaria o compartida al 50%, ya que si su cuota es mayoritaria, estaríamos en el supuesto (...) de una sociedad instrumental con la que no cabe concluir un contrato de gestión de servicios"

^{xii} *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas*, Barcelona, 2000, pp. 176-181. Sobre la distribución de competencias específicamente en materia de sanidad, véase J. TORNOS MAS, *Aspectos constitucionales y distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, en la obra I Congreso de Derecho y Salud, Comunidad de Madrid, Madrid, 1993, pp. 19 y ss, así como el trabajo de S. MUÑOZ MACHADO contenido en el mismo volumen *La organización de los sistemas de salud*, pp. 35 y ss.

^{xiii} Dentro de la parquedad que los textos legales muestran a la hora de trazar el régimen jurídico del concierto en general (y no ya sólo del sanitario), resulta muy significativa la regulación abordada por el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña (Decreto 179/1995, de 13 de junio). Su art. 273 preceptúa taxativamente que "serán de aplicación al contrato del concierto las normas de contratación administrativa", además de las contenidas en la sección 1^a (disposiciones generales) del capítulo III (gestión indirecta), sección en la que se regula, entre otros aspectos, el contenido de los pliegos (art. 232), la formación y contenido del expediente de contratación (art. 234), el si-

nalagma contractual (arts. 235 a 240) y los modos de extinción (art. 241).

En la misma línea abunda la Junta Consultiva de Contratación (Informe 37/1995, de 24 de octubre, cdo. 4º) cuando afirma que "el término *conciertos* a los que se alude en los preceptos reseñados no resulta incompatible, sino plenamente congruente con el de contrato de gestión de servicios públicos".

^{xiv} Casi simultáneamente a la promulgación de la LCAP, la Ley del Parlamento de Cataluña 11/1995, de 29 de septiembre, abordó una modificación parcial de la Ley de Ordenación Sanitaria (Ley 15/1990, de 15 de julio). En lo que ahora nos interesa, el art. 8 de aquella Ley introdujo en la Ley de Ordenación Sanitaria una nueva disposición adicional 11ª, que dice: «Tomando como marco de referencia la legislación sobre contratos de las administraciones públicas, el Consejo Ejecutivo debe regular mediante un Decreto los requisitos, alcance, procedimiento y sistemas de selección para el establecimiento de los contratos de gestión de servicios sanitarios y sociosanitarios en régimen de concierto, que deben ajustarse con carácter general a los principios de publicidad y concurrencia, teniendo en cuenta las previsiones del Plan de Salud de Cataluña y las normas específicas de ordenación de dichos servicios». Esta disposición se completa con la nueva redacción que la Ley 11/1995 da al art. 4 de la Ley de Ordenación Sanitaria y que, en materia de contratación, dice lo siguiente: "La contratación del Servicio Catalán de la Salud debe ajustarse a las previsiones de la legislación sobre contratos de las administraciones públicas. Sin embargo, los contratos de gestión de servicios sanitarios y sociosanitarios en régimen de concierto se rigen por sus normas específicas".

Para J.PEMAN GAVIN, *Nuevas formas de gestión...*, cit., p. 319, esta reforma significa que, aunque el concierto sanitario se conceptúa inequívocamente como una modalidad del contrato administrativo de gestión de servicios públicos", la Ley "exceptúa expresamente a estos contratos de la aplicación de la legislación general de contratos de las Administraciones Públicas y remite para su regulación a unas normas específicas a aprobar por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad". Por nuestra parte, aparte de las dudas que nos ofrece esta remisión incondicionada que se hace al Reglamento para que regule los conciertos sanitarios (*vid.* Lo que al respecto decimos en *Contrato administrativo de suministro...*, cit., pp. 172 y 173), no comparamos esta idea de que los contratos de concierto sanitario se configuren como una suerte de contrato administrativo especial; antes bien, creemos que esa vinculación que la Ley catalana hace al "marco de referencia" de la legislación de contratos constituye algo más que un parámetro interpretativo (una especie de modelo para el legislador autonómico). En puridad, pensamos que lo que quiere decir la Ley catalana con el empleo de esta ambigua expresión no es algo muy distinto de lo que preconizamos en el texto, esto es, que las normas de la Ley de Contratos que disciplinan el contrato de gestión de servicios públicos y que poseen carácter básico conforman el punto de partida y el límite que no pueden traspasar los legisladores autonómicos en su legítima regulación de los conciertos sanitarios.

Daría ciertamente fundamento para pensar que estamos ante unos contratos administrativos especiales, la equívoca y problemática expresión con que acaba la mencionada disposición adicional 11ª: "ajustándose con carácter general a los principios de publicidad y concurrencia", pues, en nuestra opinión,

no es que tengan que ajustarse a tales principios (incluso, en puridad, para los contratos administrativos especiales, el art. 8. 1 del TRLCAP requiere más: su adjudicación de conformidad con lo dispuesto en el Libro I de dicho texto), es que, siendo una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, deben respetar el marco íntegro que la legislación de contratos diseña para este contrato administrativo típico.

^{xv} "...con carácter reiterado y uniforme viene sosteniendo esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que *la forma normal de relacionarse las Administraciones Públicas, los Organismos Autónomos y los Entes Públicos sujetos en su concepto de órganos de contratación a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes a la legislación de contratos del Estado, es la vía del convenio de colaboración hoy prevista en el apartado 1, c) del artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, sólo excepcionalmente, cuando una de las partes que entran en relación sea un Ente Público, podrá acudir a la celebración de un verdadero y propio contrato sujeto a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sujeción que por dicción expresa del citado artículo 3, no se produce en el caso del convenio de colaboración*" (Informe 68/1996, de 18 de diciembre, cdo. 2º).

Por otra parte, en lo que respecta al distinto ámbito objetivo que pueden poseer los convenios según se concluyan entre entidades públicas o entre éstas y particulares, la Junta Consultiva de Contratación afirma que los convenios que se celebren "con entes públicos, a diferencia de los convenios de colaboración con particulares, pueden tener por objeto el de los contratos regulados por la Ley de Contratos del Estado o por normas administrativas especiales" (Informe 8/1989, de 4 de abril, cdo. 3º; en el mismo sentido, el 15/1989, de 18 de julio).

^{xvi} Para empezar, ni se entiende bien el principio, ni se entiende bien el final. No se entiende el principio, porque no se sabe con certeza a qué se alude exactamente con el empleo de la expresión "los relativos". Parece que con el recurso a esta locución pretende aludirse a los contratos; de todos modos conviene notar que los efectos que tal entendimiento produce son muy distintos para cada uno de los supuestos que en el mencionado precepto se contienen. Tampoco constituye un modelo en su parte final, aunque sólo tiene algún sentido si el inciso último se constriñe a los contratos marco

^{xvii} F.J. VILLAR ROJAS, *La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.- ¿Hacia la desregulación de la sanidad pública?*, DS 6 (2), 1998, p. 84.

^{xviii} Cfr. F.J. VILLAR ROJAS, *op. cit.*, p. 83

^{xix} M. GARCIA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969, p. 138

^{xx} Exigencia que ha sido enfatizada por la Junta Consultiva de Contratación en su Informe 10/1995, de 8 de junio. Aunque no se trataba de un acuerdo marco de los que venimos hablando, esto es, de los relativos a la gestión de servicios públicos, sino a los contratos-marco que se prevén en el ámbito del contrato de suministro, sí guarda un extraordinario interés por la inspiración que éste ha surtido en la inclusión posterior de aquella figura. En *el Informe* en cuestión se demandaba el dictamen de la Junta Consultiva en orden a calificar el borrador de un denominado Acuerdo-marco que se proponían concluir el Ministerio de Sanidad y Consumo, en nombre y representación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional

de Salud, y la Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica (Farmaindustria), por el que se regulaban las adquisiciones directas a los laboratorios de las especialidades farmacéuticas por los centros e instituciones hospitalarias del Sistema Nacional de Salud. La Junta Consultiva, tras afirmar la legitimidad de la figura genérica del Acuerdo-marco con el Derecho comunitario y la LCAP (cdo 2º), concluye que, en el caso concreto que se le somete, "el proyecto de Acuerdo-marco está en contradicción con los principios y reglas concretas de la utilización del procedimiento negociado que se recogen en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", pues "aun cuando se habla de un Acuerdo marco, su contenido no coincide con el supuesto previsto en el apartado f) del artículo 183 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues este supuesto exige una previa adjudicación con sujeción a las normas de la Ley, es decir, mediante concurso, del propio acuerdo o contrato marco, para que las adjudicaciones posteriores puedan realizarse por utilización del procedimiento negociado (contratación directa)" (cdo. 3º)

^{xxi} Los contratos que se adjudiquen por alguno de los procedimientos previstos en la presente Ley -dice el art. 6 de la Ley de Contratación en sectores excluidos- podrán adoptar la forma de acuerdos marco, celebrados entre alguna de las entidades contratantes enumeradas en el art. 2 y *uno o varios empresarios*". Por su parte, la citada Comunicación de la Comisión enfatiza que "los contratos marco deben ser objeto de una publicación con una información objetiva y transparente. Tras la presentación de las candidaturas, podrían elaborarse listas de posibles adjudicatarios. Para evitar la compartimentación de los mercados, las listas deberían tener una duración limitada o estar abiertas de forma permanente" (epígrafe 2.1.2.3)

^{xxii} Riesgo del que advierte F.J. VILLAR ROJAS, *La Ley de habilitación...*, cit., p. 85

^{xxiii} El Informe de la Junta Consultiva de Contratación 37/1995, de 24 de octubre, que versa sobre la naturaleza jurídica de los contratos que celebra el INSALUD para las prestaciones sanitarias a los beneficiarios de la Seguridad Social, así lo ha afirmado con rotundidad en su cdo. 5º: "... ha de indicarse que, según resulta del art. 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a diferencia de lo que sucede en los contratos de obras y en los de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, en los contratos de gestión de servicios públicos no resulta exigible el requisito de la clasificación de contratistas, por lo que cierta confusión que pudiera derivarse de la Orden de 24 de noviembre de 1982, redactada nuevamente por Orden de 30 de enero de 1991 y de la Resolución de 17 de mayo de 1991, de la Dirección General de Patrimonio del Estado sobre criterios para la clasificación de empresas consultoras y de servicios, en cuanto mencionan expresamente los servicios sanitarios en general y los servicios de transporte en ambulancia, en particular, debe considerarse superada por los criterios resultantes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como norma posterior y de superior rango a las reseñadas".

El Anteproyecto de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 11 de julio de 2000 continúa, de todos modos, sembrando importantes dudas con respecto no sólo a la clasificación de las empresas que prestan servicios sanitarios, sino incluso sobre la misma

conceptuación del tipo de contrato administrativo en que es encasillable su prestación. El art. 37, que establece los grupos y subgrupos de clasificación en los contratos de servicios, incluye en el grupo 23 ("servicios cualificados") las actividades médicas y sanitarias (subgrupo 1), y los servicios de esterilización del material sanitario (subgrupo 4), lo que significaría atraer ambos hacia el ámbito del contrato de servicios, circunstancia que si no causa excesivos problemas con respecto al segundo por tratarse de una actividad instrumental a la actividad propiamente sanitaria, sí causa, en cambio, notables quebrantos en torno a lo que hayamos de entender incluido en el epígrafe "actividades médicas y sanitarias", pues posiblemente podría atraer hacia el campo del contrato de servicios esas fórmulas de gestión indirecta de los servicios sanitarios que se realizan a través de cooperativas laborales y que han ido surgiendo al hilo de las recientes reformas organizativas que en materia de sanidad se están produciendo tanto a nivel estatal como autonómico. En esta misma línea de crítica, el mencionado art. 37 del Anteproyecto cataloga como subgrupo 1 del grupo 27 ("servicios de transporte"), *el traslado de enfermos por cualquier medio de transporte*, modalidad que, al menos en lo que respecta al transporte en ambulancia, se había venido considerando como un contrato de gestión de servicios públicos.

^{xxiv} Como equivalentes lo entiende J.L. GOMEZ DE HITTA, *Formas jurídicas de la organización sanitaria...*, cit. P. 320. En general, sobre el papel que cumple la clasificación de los contratistas en el Derecho de la contratación pública, véase la obra de H. GOSALBEZ PEQUEÑO, *El Contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

Por otra parte, como cuenta LI. BOHIGAS, *La acreditación de hospitales: un paso hacia la liberalización del mercado hospitalario español* en la obra coordinada por G. López i Casanovas y D. Rodríguez Palenzuela, *La regulación de los servicios sanitarios en España*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 113-116, *passim*, la necesidad de esta homologación respondió, en sus orígenes, a una situación de carencia de centros propios que obligó al entonces Instituto Nacional de Previsión a utilizar en determinados ámbitos territoriales (particularmente, en Cataluña) la concertación con centros privados y públicos como fórmula predominante para la atención de los beneficiarios de la Seguridad Social.

Hay que notar, no obstante, que la palabra "homologación" posee un significado anfibológico en la LGS, ya que si el art. 90.5 lo utiliza en el sentido comentado en el texto, el art. 66.1, segundo párrafo, lo emplea en otro sentido diferente, en el de la necesidad de obtener una acreditación de que el hospital reúne unas condiciones técnicas homologables para quedar vinculados, mediante un convenio singular, con la Red de Hospitales Públicos.

^{xxv} Debemos notar, no obstante, que la Ley de Bases de Contratos del Estado preveía la extensión de la figura no sólo a la adquisición de bienes muebles, sino también a la adquisición de servicios. Sin embargo, la LCE no recogió tal extensión. Sobre este tema y la evolución legislativa de las adquisiciones centralizadas véase nuestra obra *Contrato administrativo de suministro...*, cit., pp. 83-86.

^{xxvi} Un análisis detenido de dichas ventajas, en nuestro libro *Contrato administrativo...*, cit., pp. 88-108.

^{xxvii} En efecto, en una "Nota de Prensa" de 7 de marzo de 2000 (<http://www.msc.es/insalud>), se afirma que "el INSALUD ha definido una política de compras para todos sus centros que

promueve la utilización de mecanismos de agrupación de adquisiciones para bienes y servicios comunes o de uso común, lo que consigue abaratar los costes. Así, durante 1999 se realizaron compras comunes por valor de 15.600 millones de pesetas en gasóleo, informática, gestión de residuos, talonarios de receta y electromedicina. En cuanto a las compras por adopción de tipo (concursos en los que se fija el precio máximo) referidas a tiras reactivas, gases medicinales o dializadores, entre otras cosas, el gasto fue de 9.000 millones de pesetas en 1999.

La compra de bienes y servicios no sólo ha racionalizado el gasto público, sino que ha afectado positivamente a la calidad del producto final, y a la eficacia de los procesos asistenciales. Esta nueva estrategia de compras mejora también la profesionalización y la participación del personal sanitario en esta tarea.

Las medidas de este Plan se dividen en tres etapas. En la primera de ellas, se establecen las medidas previas; es decir, se definen los bienes y servicios y se planifican y programan las compras. A continuación se lleva a cabo la contratación, esto es, los procedimientos de adquisición con el criterio básico de primar al actitud corporativa en las compras que incluye las compras corporativas (común, por adopción del tipo o por acuerdos o convenios) y la compra individual. Finalmente, se realizan los mecanismos de control y seguimiento de compras (...)

La estrategia de compras del INSALUD ha fijado unos criterios para su ejecución: -La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; -La autonomía de gestión de los centros; -La planificación; -El funcionamiento como corporación"

^{xxxviii} Sobre este proceso, vid. J.PEMAN GAVIN, *Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la Ley General de Sanidad.- balance y perspectivas*, DS nº 7 (2), 1999, p. 11.

^{xxxix} Así lo sostenemos en *Contrato administrativo de suministro...*, cit., pp. 116-118. Fuera ya del ámbito de la contratación centralizada este argumento en favor de la especialidad lo refuerza la Disposición adicional 3ª del TRLCAP, que alude expresamente, junto al Ministerio de Defensa, a las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social. Por cierto, sobre el contenido de esta Disposición hay que advertir que la remisión que contiene al art. 183 lo es a la numeración que el tratamiento de información tenía en la LCAP, no a la que tiene en el TRLCAP, errata que s.e.u.o no ha sido aún corregida.

^{xxx} Naturalmente, todo ello, sin perjuicio de las adhesiones que, mediante convenio, podrán hacerse a los sistemas de contratación centralizada de otras Administraciones o entidades. La Disposición adicional 10ª del TRLCAP da pasos en este sentido, aunque, a nuestro juicio, no los suficientes, ya que contempla exclusivamente adhesiones totales o parciales a los procedimientos de contratación centralizada de Administraciones de carácter territorial.

^{xxxi} Sobre ellas, vid. *nuestro Contrato administrativo de suministro...*, cit., pp. 135-138. De interés es el trabajo de I. PEREZ VICENTE, *Aspectos organizativos de la Sanidad en la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Administración de Andalucía nº 37 (1999)

^{xxxii} Véase nuestro trabajo *Los poderes adjudicatarios en el Derecho comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Noticias de la Unión Europea nº 136 (1996), pp. 58-60

^{xxxiii} Coincidimos en este punto parcialmente con M. VAQUER CABALLERIA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública, La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 123 y 124, cuya interpretación del art. 111.7 de la Ley 50/1998, aunque le lleva también a declarar la sujeción plena de los contratos administrativos de este tipo de fundaciones a la legislación de contratos, no se plantea el problema de los contratos que concluyan estas entidades y que objetivamente no tengan que estar sujetos al TRLCAP, por ejemplo, porque sean contratos privados.

^{xxxiv} Como sintetiza M. VAQUER, *Fundaciones públicas...*, cit., pp. 115-122, *passim*, lo que la Dad. 6ª de la LCAP (ahora del TRLCAP) fija es, por un lado, *una sujeción excepcional y principal*, porque "deben acomodar su contratación a los genéricos principios de publicidad y concurrencia previstos en la LCAP [...que], todo lo más, nos informan de qué cabe entender por publicidad y concurrencia y sirven, a nuestros efectos, como un *standard de seguridad*, pues no puede exigirse a las empresas públicas más que a las Administraciones Públicas" (p. 116); por otro lado, se trata además de una *sujeción parcial*, en el sentido de que "la disposición adicional 6ª no sujeta a las empresas públicas a los principios propios de la contratación pública en general, sino sólo a los de publicidad y concurrencia. En todo lo demás, no implícitamente incluido en ellos, como capacidad y facultades de las partes, constitución de garantías, procedimiento, efectos y extinción del contrato, rige el Derecho común" (p. 119).

La idoneidad de las fundaciones para gestionar servicios sanitarios ha recibido recientemente críticas muy severas por parte de un sector de la doctrina. Especialmente crítico se muestra J.L. PIÑAR MAÑAS, *Tercer sector, sector público y fundaciones*, ponencia presentada al XIII Congreso italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Salamanca los días 8 a 10 de octubre de 2000, quien considera que la Ley 15/1997 ha alterado el régimen establecido por el RD-Ley de 1996, pues, determinando que la gestión y administración de los centros, servicios, etc., podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de *cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho*, está procediendo a desfigurar a estas fundaciones, "pues las empresas públicas (...) pueden considerarse de titularidad pública y los consorcios pueden considerarse de naturaleza pública. Pero las Fundaciones de la Ley 30/1994 ni son una cosa ni la otra" (...), de modo que "sin entrar ahora en la bondad o no de atribuir a Fundaciones la gestión de los hospitales públicos, hay que decir que hoy por hoy y con el artículo único de dicha Ley en la mano no es posible atribuir a Fundaciones (de la Ley 30/1994) la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de asistencia sanitaria o sociosanitarla en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. Hacerlo tras su entrada en vigor (el mismo día de su publicación en el BOE) es teóricamente ilegal. Haberlo hecho conforme al Real Decreto ley 10/1996, sin embargo, no lo era. Y quiero resaltar que no estamos ante un simple error técnico (bastaría con haber dicho que la gestión podrá llevarse a cabo a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública o constituidos por entes públicos), sino ante un error, y de bulto, conceptual: la ley quiere (o parece querer) considerar a las fundaciones hospitalarias como entidades públicas, cuando no lo son ; o como entidades de la Administración, de la que no son" (pp. 34-37, *passim*).

^{xxxv} Al respecto, cfr. los trabajos de J.L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, *¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)*, RAP nº 144 (1997), especialmente pp. 51, 54, 56 y 70; E. MALARET i GARCIA, *Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas* y G.ARIÑO y M. SASTRE BECEIRO, *La concesión de obra y servicio para la realización de obras hidráulicas*, trabajos éstos últimos contenidos en la obra coordinada por A. Embid Irujo, *El nuevo derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 97-144 y 145-170, respectivamente.