

José Antonio Arratibel Arrondo
Interventor
Oficina de Control Económico
Gobierno Vasco/Eusko Jaurlaritza

Determinación de los elementos jurídicos motivadores en la concertación de prestaciones sanitarias

RESUMEN/ABSTRACT:

El contrato de gestión de servicios público bajo la modalidad de concierto sanitario es una figura ya clásica en la contratación pública. No obstante, sorprende su parca regulación jurídica a caballo entre las normas de contratación y las normas sectoriales sanitarias. Los conciertos sanitario presentan ciertas notas características en relación a conceptos y principios jurídicos específicos tales como la subsidiariedad, complementariedad, temporalidad, ajenidad, reversión de prestaciones sanitarias etc, que han de tenerse en cuenta a la hora de iniciar un expediente. En concreto, el presente trabajo pretende determinar los elementos jurídicos a los que debe responder el órgano de contratación para motivar la necesidad de la contratación teniendo en cuenta la legislación general de contratos, y las normas específicas de la legislación sanitaria.

Management contracts for public services under the format of a sanitary agreement are a classic in public tendering. Nevertheless, the scarce legal regulation thereof is surprising, lying somewhere between rules for tendering and health sector regulations. There are certain characteristics involved in sanitary agreements related to specific legal concepts and principles such as subsidiarity, complementarity, temporality, externality, the reversion of health services etc, which have to be taken into account when drawing up a report. More specifically, the purpose of this study is to determine the legal elements the contracting entity should respond to in order to explain the need for tendering, bearing in mind the general legislation for tenders and the specific regulations of health legislation.

CONCIERTO SANITARIO, MOTIVACION, PRESTACIÓN SERVICIOS SANITARIOS, CATÁLOGO Y CARTERA DE SERVICIOS SANITARIOS
SANITARY AGREEMENT, EXPLANATION, PROVIDING HEALTH SERVICES, HEALTH SERVICE CATALOGUE AND PORTFOLIO

I. INTRODUCCIÓN

La contratación de servicios relacionados con al asistencia sanitaria se ha desarrollado al albur de las necesidades resultantes de la planificación sanitaria y las necesidades coyunturales para hacer frente a la demanda sanitaria. No obstante, nuestra experiencia nos dice que, en ocasiones, unas necesidades y otras se solapan y entremezclan sin que cuestiones aparentemente básicas y previas a la expresión de la voluntad de contratar por el órgano de contratación queden debidamente recogidas en los expedientes de contratación de esta naturaleza.

Me refiero a algunas cuestiones jurídicas que tanto a los gestores de la contratación pública como a los órganos de control se nos han planteado en alguna ocasión. Más en concreto, me refiero a las actuaciones previas a la "preparación de los contratos" administrativos relacionados con la contratación administrativa de prestaciones sanitarias con medios ajenos.

El contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concierto sanitario es una figura ya clásica en la contratación pública. Desde la Ley de Bases de Contratos del estado de 28 de diciembre de 1963 hasta el actual Texto Refundido de 2011, la definición del contrato de gestión de servicios públicos como aquél en cuya virtud una administración pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada ha sido una constante en la regulación de la contratación pública¹.

El concierto sanitario se ha utilizado generosamente mientras su regulación ha sido muy parca. La distintas leyes de Contratos del Estado así como la Ley General de la Seguridad Social han hecho una mera declaración de su existencia. Esto ha llevado a señalar a la doctrina que "de facto, el concierto sanitario se ha desarrollado por cauces ajenos a los establecidos en la legislación sobre contratación administrativa"².

No obstante, constatamos una especificidad de normas en la concertación sanitaria que complementan necesariamente las normas generales de la contratación administrativa. Es sabido que mediante esta modalidad, la administración presta un servicio de su competencia, a través de una entidad privada (hospital privado, centro sanitario concertados etc.), que ya venía prestando el servicio en el ejercicio de su actividad. Los conciertos sanitarios presentan ciertas notas características en relación a conceptos y principios jurídicos específicos tales

como la subsidiariedad, complementariedad, temporalidad, ajenidad, reversión de prestaciones sanitarias etc, que han de tenerse en cuenta a la hora de iniciar un expediente. Todas estas cuestiones han sido escasamente tratadas de forma específica por la doctrina.

Pues bien, estas particularidades de la concertación de servicios sanitarios puestas en relación con el principio de la necesidad de justificación y constancia en la documentación preparatoria del expediente (tanto de la naturaleza y extensión de las necesidades sanitarias a cubrir, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas según las normas que rigen la actividad concertada sanitaria vigentes) provocan en los operadores del derecho cierta inseguridad jurídica. En definitiva, nos encontramos ante la necesidad de asegurar de qué modo ha de justificarse en el expediente la obligación de motivar la necesidad de la contratación de prestaciones sanitarias teniendo en cuenta la legislación general contractual vigente y las normas específicas de la legislación sanitaria.

En algunos casos resulta relativamente sencilla y, tremendamente compleja y difícil en otros. Así, la motivación de la necesidad de iniciar un expediente por un órgano de contratación no entrañará dificultades en los casos tasados para el caso de una situación de emergencia sanitaria dado su carácter temporal (catástrofes sanitarias, epidemias o pandemias etc...).

Otras decisiones se basarán en parámetros objetivos derivados de la planificación elaborada por expertos sanitarios de la salud a largo y medio plazo recogidos en los planes de salud de cada CCAA. Como veremos, la motivación y justificación de la contratación basada en la planificación es la fórmula que objetiviza la necesidad de la contratación de las prestaciones sanitarias (v. gr. necesidad de plazas en hospitales de agudos, comarcas psiquiátricas, media larga estancia, socio-sanitarios etc.).

En otros supuestos, la justificación no obedecerá en su esencia a tales parámetros sino a decisiones más subjetivas de "política sanitaria coyuntural" que revelan, en ocasiones, una carencia estructural de servicios sanitarios en un ámbito geográfico concreto (v.gr. transporte sanitario, pruebas diagnósticas novedosas, procesos quirúrgicos, etc.).

La cuestión que se nos presenta se centra en determinar la forma en que los expedientes de contratación deben dar cumplimiento al principio de la necesidad de justificación y constancia documental para la debida contratación de prestaciones sanitarias.

¹ Martín Martín (2003): "Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias." Fundación Alternativas. Documento de Trabajo 14.

² Peman Gavin, J.: "Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios", en la obra colectiva "Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996. Ed. Civitas, Madrid 1996, pág. 297.

II. LA MOTIVACIÓN EN LA CONCERTACIÓN DE PRESTACIONES SANITARIAS

Hemos señalado que toda concertación de prestaciones sanitarias debe estar motivada en base a dos tipos de normas que regulan la contratación administrativa. En primer lugar, estarán las normas generales sobre qué se debe entender por motivación y/ justificación en toda contratación pública. En segundo lugar, veremos si existen normas específicas que regulan o implementan los requisitos motivadores de este tipo de contrato.

II.1. Motivación general de la concertación

La concertación de prestaciones sanitarias está sujeta a las normas y principios generales de la contratación administrativa. En lo que atañe a nuestro trabajo, destacamos la necesaria articulación mediante la previa tramitación del correspondiente expediente.

El expediente que se inicia por el órgano de contratación debe contener la justificación motivada de la necesidad de celebrar el concierto, de conformidad con los arts 1, 22 y 109 y de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

Para que la concertación de prestaciones sanitarias este debidamente motivada el órgano de contratación debe dejar constancia en el expediente. En concreto, en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. A tal fin, deberá determinar dos aspectos generales:

- La naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse.
- La idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

Por tanto, la primera conclusión que obtenemos hace referencia a la competencia del órgano administrativo: recae en el órgano de contratación la competencia para aportar la documentación que motive la concertación.

La segunda conclusión se refiere al contenido de dicha motivación. La documentación justificativa que conste en el expediente debe acreditar dos cuestiones:

a) Las necesidades asistenciales: mediante la determinación de la naturaleza y extensión de las prestaciones sanitarias que se pretende contratar.

b) La cobertura de las necesidades asistenciales: mediante la determinación de que el objeto de la contratación es el adecuado (idoneidad de su objeto) para hacer frente a las necesidades asistenciales (contenido contractual).

Por otra parte, el art. 132 del TRLCSP dispone una especificidad para los contratos de gestión de servicio público. En concreto, dispone que antes de proceder a la concertación de una prestación de asistencia sanitaria se deberá haber establecido su régimen jurídico. ¿Qué quiere decir esto?

En mi opinión, fundamentalmente que en el expediente debe acreditarse y dejarse constancia de los aspectos jurídicos básicos que deben de regir la relaciones entre la administración pública y las empresas privadas del sector, esto es:



En primer lugar, declare expresamente que la actividad de que se trata (prestaciones ambulatorias, hospitalización, transporte sanitario, prestaciones domiciliarias, etc...) queda asumida por la administración sanitaria respectiva como propia de la misma.

En segundo lugar, atribuya las competencias administrativas, en su caso, como pueden ser en la tramitación de volantes sanitarios, informes médicos, altas, prescripciones, etc...

En tercer lugar, determine el alcance de las prestaciones sanitarias en favor de los beneficiarios del sistema administrado.

Por último, regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio sanitario concertado.

II.2. La Jurisprudencia

La jurisprudencia del tribunal constitucional ha señalado que la motivación es esencial para exteriorizar el fundamento jurídico de la decisión de la administración y para permitir su control. (STC 150/1988).

Por su parte la doctrina del Tribunal Supremo, aunque reconoce que estamos en un ámbito donde reina la casuística, resulta interesantísima la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo del 19 de Febrero del 2013 (rec. 6429/2011) que de forma contundente sienta criterios sobre el momento de motivar y las consecuencias de la falta de motivación en tiempo y forma. También resulta muy expresiva y didáctica de la situación jurisprudencial sobre el alcance de la potestad jurisdiccional ante el vicio de la falta de motivación, es la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo del 31 de Mayo del 2012 (Rec. 3090/2011).

En relación a nuestro trabajo, podemos destacar que cabe la motivación por remisión al expediente y a informes (SSTC 174/87,146/ 90) precisando el Tribunal Supremo que “en el derecho positivo español la motivación puede recogerse en el propio acto, o puede encontrarse en los informes o dictámenes previos cuando el acto administrativo se produzca de conformidad con los mismos que queden incorporados a la resolución (STS del 14 de Septiembre del 2012, rec. 1359/2011). Incluso, requerir la motivación del acto administrativo discrecional es, también, garantía de la interdicción de la arbitrariedad del poder público y su control no es tarea ajena a la función jurisdiccional (art. 106.1 CE).

En definitiva, la administración ha de estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales, de modo más riguroso si su actuación afecta a los derechos fun-

damentales, libertades públicas y valores constitucionales (STC 163/2002).

III. LA MOTIVACIÓN PROPIA DEL SISTEMA CONCERTADO SANITARIO

Una vez determinados estos elementos generales de la motivación de cualquier contrato administrativo vamos a analizar si existen otros elementos jurídicos que determinan la motivación específica de los contratos de gestión de servicio público en su modalidad de conciertos sanitarios.

En efecto, ya hemos adelantado en la introducción que la concertación de servicios sanitarios esta sujeta a la TRLCSP sin perjuicio de que existan normas específicas sectoriales que la regulen más *in extenso*.

El art. 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS) establece que las administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con *medios ajenos* a ellas. A tal fin establece la conditio preprocesal a la que no referíamos más arriba que consiste en que con *carácter previo* a la contratación las distintas administraciones públicas han de tener en cuenta “la utilización optima de sus recursos sanitarios propios”.

Por tanto, la tercera conclusión que obtenemos es que el expediente de contratación debe acreditar el cumplimiento de tres condiciones que se deben producir simultáneamente:

- a) Los conciertos han de tener como objeto la prestación de servicios sanitarios.
- b) La prestación de los servicios sanitarios han de efectuarse con medios ajenos.
- c) Se debe justificar en el expediente, con carácter previo a la contratación, la utilización óptima de los recursos sanitarios propios.

IV. LOS CONCIERTOS HAN DE TENER COMO OBJETO LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

En el *iter* de la elaboración de expedientes de conciertos sanitarios observamos que en el momento de determinar que es lo que se contrata bajo este *nomen juridico* general es muy diverso e, incluso equivoco en muchas ocasiones. Así, mientras observamos que unos conciertos se denominan sanitarios, otros hacen referencia a la contratación de servicios sanitarios, a la asistencia sanitaria, a las prestaciones sanitarias, a la atención sanitaria, e incluso servicios complementarios sanitarios.

El equivoco se extiende incluso al tipo de contrato ya que en muchas ocasiones se pueden confundir con contratos de servicio, por ejemplo contrato de servicios de transporte sanitario.



Surge la duda sobre qué es lo que se puede contratar bajo esta modalidad y que es lo que se contrata: asistencia sanitaria, servicios sanitarios, prestaciones sanitarias, servicios complementarios sanitarios, etc.

Desde un punto estrictamente jurídico hay que señalar que el artículo 43 de la CE utiliza la denominación de “prestaciones y servicios” al reconocer el derecho a la protección de la salud y establecer que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

El art. 199 de la LGSS señala que los organismos de la administración de la Seguridad Social, de acuerdo con sus respectivas competencias, pueden concertar con entidades públicas o privadas, la mera “*prestación de servicios*” administrativos, *sanitarios* o de recuperación profesional.

Por su parte, la LGS señala, en su artículo 3.2, dispone que el acceso y “las prestaciones sanitarias” se realizarán en condiciones de igualdad efectiva. Asimismo, en el artículo 45 indica que el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y “prestaciones sanitarias” que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud. Por contra, en su art. 90 determina que las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden establecer conciertos para la “prestación de servicios sanitarios”. En este mismo sentido, al definir el Plan de Salud, señala que

cuando no es posible para las administraciones públicas sanitarias concertar con terceros la “prestación de atenciones sanitarias”. Por tanto, estricto sensu, el objeto de la contratación mediante la modalidad de concierto ha de ser la prestación de servicios sanitarios.

El Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, se intitulaba sobre ordenación de “prestaciones sanitarias” del Sistema Nacional de Salud. Lo definió como los derechos de los usuarios del sistema sanitario a la protección de la salud al regular, de forma genérica, las “prestaciones facilitadas por el sistema sanitario público”.

Por su parte, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 7.1 utiliza el término de “prestaciones” del Sistema Nacional de Salud. Seguidamente define el concepto de “prestaciones de atención sanitaria” del Sistema Nacional de Salud como los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, de rehabilitación y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos; y señala, por último, las “prestaciones” que comprenderá el catálogo. Su art.8 contempla que las “prestaciones sanitarias” del catálogo se harán efectivas mediante la cartera de servicios comunes que, según prevé el artículo 20, se acordará en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y se aprobará mediante real decreto, teniendo en cuenta en su elaboración la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos

protegidos o de riesgo, las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo. Asimismo, el art. 4.c establece que los ciudadanos tendrán derecho a recibir, por parte del servicio de salud de la comunidad autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia del catálogo de “prestaciones” del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa comunidad autónoma. Por otro lado, el art. 71.1 determina las funciones esenciales en la configuración del SNS sobre las que el Consejo Interterritorial del SNS debatirá y, en su caso, emitirá recomendaciones, recogiendo entre esas funciones, el desarrollo de la cartera de servicios comunes y su actualización, el establecimiento de “prestaciones sanitarias complementarias a las comunes por parte de las comunidades autónomas y el uso tutelado”.

Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Establecer el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

Por tanto, la conclusión que obtenemos es que el término desde un punto de vista formal es el de prestaciones de servicios sanitarios.

IV.1. Régimen jurídico del contenido de las prestaciones

Una vez determinado el nomen jurídico de prestación de servicios sanitarios debemos avanzar en su contenido. ¿Qué se debe entender por contratación o concertación para las prestaciones de servicios sanitarios? ¿Cuáles son esas prestaciones? ¿Son tasadas o quedan al albur de los órganos de contratación de la administración sanitaria?

La doctrina está de acuerdo en señalar que cuando empleamos el término de prestaciones de servicios sanitarios aludimos a su concepción más sustancialista. De esta manera se entiende prestación de servicios sanitarios como las prestaciones sanitarias que se realizan a los particulares, esto es, las prestaciones propiamente asistenciales.

La dificultad se encuentra en determinar si aquellas otras prestaciones no asistenciales directas pero complementarias e unidas a ellas pueden ser objeto de concierto sanitario, tales como: el transporte sanitario, los medios diagnósticos, la oxigenoterapia, la vigilan-

cia, limpieza hospitalaria y/o la hostelería hospitalaria, tratamiento en el domicilio del paciente, aparataje por ejemplo.

Algún autor ha señalado que junto al contenido sustancial de los conciertos sanitarios hacen falta otras prestaciones complementarias e instrumentales que permiten que el contenido sustancial (asistencia sanitaria) de los conciertos se verifiquen. En opinión de López, la contratación de prestaciones sanitarias complementarias se han valido de las formulas de concierto sanitaria, pero también en algunos casos de el contrato de servicios y suministro³.

Y, entonces, ¿que debemos entender desde un punto de vista estrictamente jurídico por prestaciones de servicios sanitarios? ¿Su determinación queda al albur de los órganos de contratación?, o por el contrario, ¿se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico sanitario? Llama la atención que la LGS no incluyen un conjunto delimitado de prestaciones de servicios sanitarios. El art. 151 de la LGS atribuye el derecho a la asistencia sanitaria en abstracto, pero no concreta cuáles son las prestaciones a que efectivamente se tiene derecho. La LGS únicamente establece tres niveles de asistencia : a) Atención primaria, b) Asistencia hospitalaria especializada, c) Por último, posibilidad de acceder a los denominados “servicios de referencia” acreditados por el Ministerio, una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de los servicios especializados de la Comunidad Autónoma de residencia.

La primera concreción la encontramos en el Real Decreto 63/1995 precitado. Concreta el contenido de las prestaciones a que se tiene derecho, subsanando así una de las deficiencias de la Ley General de Sanidad. La consecución de este objetivo se concreta en los tres anexos referidos, respectivamente, a las siguientes materias: a) Prestaciones sanitarias facilitadas directamente por el SNS y financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad (anexo I); b) Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago (anexo II) y c) Prestaciones que no son financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria (anexo III).

Por tanto, en esta norma se dan los antecedentes inmediatos donde se sientan las bases para colmar de contenido jurídico al concepto de prestación de servicios sanitarios. Así se señalaba en aquellas normas que las prestaciones sanitarias comprenden las siguientes modalidades: atención primaria, atención especializada,

³ Lopez Benitez, M.: “¿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”. Revista *Derecho y Salud* (enero-junio 2011) vol. 9, nº 1, págs. 51-52. Ed. Asociación juristas para la salud.

prestaciones farmacéuticas, prestaciones complementarias y los servicios de información y documentación sanitaria.

El concepto de prestación sanitaria se intenta deslindar frente a la atención de “los problemas o situaciones sociales o asistenciales no sanitarias que concurren en las situaciones de enfermedad o pérdida de la salud”, a las que se atribuye la consideración de “atenciones sociales”, debiéndose garantizar la continuidad del servicio a través de la adecuada coordinación por las administraciones públicas correspondientes de los servicios sanitarios y sociales (Disposición Adicional Cuarta). Esta es otra importante contribución a la precisión del concepto de asistencia sanitaria.

Por último, establecía una posible ampliación de contenido de las prestaciones de servicios sanitarios. Esto es, sitien el contenido prestacional delimitado en el Real Decreto se configura como un denominador común a todos los titulares del derecho a la asistencia sanitaria que el Estado garantiza, esta puede ser mejorado o complementado por las Comunidades Autónomas, pero, naturalmente, con cargo a sus propios recursos o mediante el pago de los servicios por los usuarios (Disposición Adicional Quinta).

La segunda concreción la encontramos en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS). En su artículo 5 puesto en relación con el art. 1 se refiere a las prestaciones sanitarias que deben ser objeto de las acciones de coordinación y cooperación de las administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud.

La característica fundamental de esta Ley en relación al concepto de prestación es que en su capítulo I sección I la une indisolublemente dos conceptos: en primer lugar, al concepto de catálogo de prestaciones; y, en segundo lugar, al concepto de cartera común de servicios del SNS.

En efecto, la LCCSNS se refiere a las prestaciones y su ordenación al señalar que el catálogo de prestaciones del SNS tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. El contenido de las prestaciones de atención sanitaria del SNS se pone en relación con los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y

de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos.

El catálogo determina las prestaciones que garantizan los poderes públicos en consonancia con el art. 43 de la CE. Estos son los correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

De igual manera, señala que la cartera común de servicios del SNS es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias. Esta cartera se articula en torno a las siguientes modalidades:

a) Cartera común básica de servicios asistenciales: comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública.

b) Cartera común suplementaria: incluye todas aquellas prestaciones cuya provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario. Incluye las siguientes prestaciones: prestación farmacéutica⁴, prestación ortoprotésica, prestación con productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente (sujeto a prescripción facultativa, por razones clínicas y con un nivel de aportación del usuario acorde al determinado para la prestación farmacéutica).

c) Cartera común de servicios accesorios: incluye todas aquellas actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario.

d) Cartera de servicios complementaria de las comunidades autónomas. Las CCAA pueden aprobar sus respectivas carteras de servicios que debe incluir la cartera común de servicios del SNS en las modalidades básicas de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo. Pueden incorporar en sus carteras de servicios una técnica, tecnología o procedimiento no contemplado en la cartera común de servicios del SNS con la condición que determinen los recursos adicionales necesarios⁵. Su establecimiento en una o varias CCAA no supone que

⁴ La prestación farmacéutica que se registrará por su normativa.

⁵ Las comunidades autónomas deberán destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la cartera común de servicios, siendo preceptiva, para la aprobación de la cartera de servicios complementaria de una comunidad autónoma, la garantía previa de suficiencia financiera de la misma en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria.

se incluyan en la financiación general de las prestaciones del SNS. Las comunidades autónomas asumirán, con cargo a sus propios presupuestos, todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo.

Por último, la tercera concreción la encontramos en Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización. Este Real decreto derogó el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, antes citado, excepto la disposición adicional cuarta en tanto se desarrolla el contenido de la cartera de servicios de atención sociosanitaria⁶.

Señala en su art. 6 que el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprótica, de productos dietéticos y de transporte sanitario se recoge, respectivamente, en siete anexos.

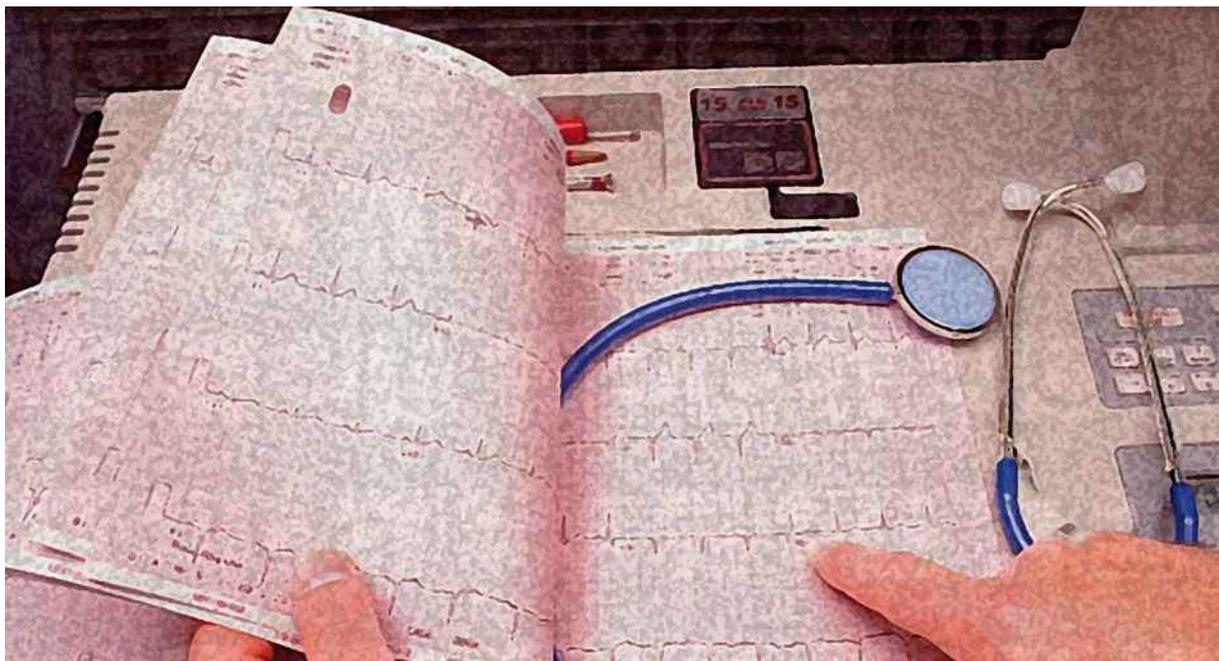
Por su parte el art. 11 determina el contenido genérico de la cartera de servicios complementaria de las CCAA. Esta debe contener, cuando menos, la cartera de servicios comunes del SNS y debe garantizarse a todos los usuarios del mismo y, para lo cual establecerán los recursos adicionales necesarios.

IV.2. Contenido de las prestaciones de servicios comunes

Ya hemos adelantado que el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprótica, de productos dietéticos y de transporte sanitario se recoge, respectivamente, en siete anexos. Veamos, por tanto, en que se materializa las prestaciones.

A) Cartera de servicios comunes de salud pública: la prestación de salud pública es el conjunto de iniciativas organizadas por las administraciones públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población. Es una combinación de ciencias, habilidades y actividades dirigidas al mantenimiento y mejora de la salud de todas las personas a través de acciones colectivas o sociales. Las prestaciones de salud pública se ejercerán con un carácter de integralidad, a partir de las estructuras de salud pública de las administraciones y de la infraestructura de atención primaria del SNS.

Para hacer efectiva esta prestación tiene una doble orientación: a) Orientada al diseño e implantación de políticas de salud, que engloba las siguientes funciones de salud pública: valoración del estado de la salud de la población mediante el análisis de la información obtenida a través de los sistemas de información sanitaria y la vigilancia en salud pública; desarrollo de políticas de



⁶ Esta disposición estableció que la atención a los problemas o situaciones sociales o asistenciales no sanitarias que concurran en las situaciones de enfermedad o pérdida de la salud tendrán la consideración de atenciones sociales, garantizándose en todo caso la continuidad del servicio a través de la adecuada coordinación por las Administraciones públicas correspondientes de los servicios sanitarios y sociales.

salud; seguimiento y evaluación de riesgos para la salud; y la verificación, control e intervención en salud pública en ejercicio de la autoridad sanitaria. b) Orientada directamente al ciudadano: definición de programas para la protección de riesgos para la salud, promoción de la salud y prevención de enfermedades, deficiencias y lesiones. El ámbito de ejecución de estos programas será definido por el Ministerio de Sanidad y Consumo y las comunidades autónomas en función de sus competencias, modelos organizativos y recursos.

B) Cartera de servicios comunes de atención primaria: la atención primaria es el nivel básico e inicial de atención, que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. Comprenderá actividades de promoción de la salud, educación sanitaria, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria, mantenimiento y recuperación de la salud, así como la rehabilitación física y el trabajo social. En concreto comprende: 1. Atención sanitaria a demanda, programada y urgente; tanto en la consulta como en el domicilio del enfermo; 2. Indicación o prescripción y realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos; 3. Actividades en materia de prevención, promoción de la salud, atención familiar y atención comunitaria; 4. Actividades de información y vigilancia en la protección de la salud; 5. Rehabilitación básica; 6. Atenciones y servicios específicos relativos a la mujer, la infancia, la adolescencia, los adultos, la tercera edad, os grupos de riesgo y los enfermos crónicos; 7. Atención paliativa a enfermos terminales; 8. Atención a la salud mental en coordinación con los servicios de atención especializada; 9. Atención a la salud bucodental.

C) Cartera de servicios comunes de atención especializada: la atención especializada garantiza la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquél pueda reintegrarse en dicho nivel. La atención sanitaria especializada comprende: 1. Asistencia especializada en consultas; 2. Asistencia especializada en hospital de día, médico y quirúrgico; 3. Hospitalización en régimen de internamiento; 4. Apoyo a la atención primaria en el alta hospitalaria precoz y, en su caso, hospitalización a domicilio; 5. Indicación o prescripción, y la realización, en su caso, de procedimientos diagnósticos y terapéuticos; 6. Atención paliativa a enfermos terminales; 7. Atención a la salud mental; 8. Rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.

D) Cartera de servicios comunes de prestación de atención de urgencia: es aquella que se presta al paciente en los casos en que su situación clínica obliga a una aten-

ción sanitaria inmediata. Se dispensará tanto en centros sanitarios como fuera de ellos, incluyendo el domicilio del paciente y la atención *in situ*, durante las 24 horas del día, mediante la atención médica y de enfermería, y con la colaboración de otros profesionales.

E) Cartera de servicios comunes de prestación farmacéutica: comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y para la comunidad. Esta prestación se regirá por lo dispuesto en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y demás disposiciones que la desarrollan.

F) Cartera de servicios comunes de prestación ortoprotésica: consiste en la utilización de productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal, o bien modificar, corregir o facilitar su función. Comprenderá los elementos precisos para mejorar la calidad de vida y autonomía del paciente. Esta prestación se facilitará por los servicios de salud o dará lugar a ayudas económicas, en los casos y de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan por parte de las administraciones sanitarias competentes. Se concretan en: 1. Implantes quirúrgicos; 2. Prótesis externas; 3. Sillas de ruedas; 4. Ortesis; 5. Ortoprótisis especiales.

G) Cartera de servicios comunes de prestación con productos dietéticos: la prestación con productos dietéticos comprende la dispensación de los tratamientos dietotéuticos a las personas que padezcan determinados trastornos metabólicos congénitos y la nutrición enteral domiciliaria para pacientes a los que no es posible cubrir sus necesidades nutricionales, a causa de su situación clínica, con alimentos de consumo ordinario. Esta prestación se facilitará por los servicios de salud o dará lugar a ayudas económicas, en los casos y de acuerdo con las normas que se establezcan.

H) Cartera de servicios comunes de prestación de transporte sanitario: consiste en el desplazamiento de enfermos por causas exclusivamente clínicas, cuya situación les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte. Esta prestación se facilitará de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan por las administraciones sanitarias competentes. La cartera de servicios comunes de transporte sanitario incluye el transporte sanitario no asistido, que es el indicado para el traslado especial de enfermos o accidentados que no requieren asistencia técnico-sanitaria en ruta, y el trans-

porte sanitario asistido, para el traslado de enfermos o accidentados que requieren asistencia técnico-sanitaria en ruta.

V. JUSTIFICAR PREVIAMENTE LA UTILIZACIÓN ÓPTIMA DE LOS RECURSOS SANITARIOS PROPIOS

El órgano de contratación con carácter previo al inicio de las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto sanitario debe tener la certeza de cumplir una serie de condiciones preprocesales. A tal fin, el ordenamiento jurídico establece la conditio preprocesal a la que no referíamos más arriba que consiste en que con *carácter previo* a la contratación las distintas administraciones públicas han de tener en cuenta “la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios”.

En la administración sanitaria la identificación de la necesidad de concertar prestaciones sanitarias se produce, fundamentalmente, en dos momentos: en primer lugar, necesidades estructurales derivadas de los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los correspondientes planes de salud (necesidad hospital comarcal, psiquiátrico, sociosanitario...), y en segundo lugar, necesidades coyunturales derivadas de objetivos inmediatos fruto de la necesidad coyuntural y/ política sujetos a condición resolutoria temporal (pruebas diagnósticas por listas de espera, técnica novedosas en espera concurso público...). No somos ajenos, a que en muchas ocasiones las necesidades que hemos identificado como coyunturales se van convirtiendo estructurales por falta de reversión de las prestaciones concertadas (por ausencia financiación pública adecuada, dificultades en incrementar el personal estatutario etc.), de manera que nos encontramos con un tercer genus que podríamos denominar necesidades de concertación pendientes de reversión.

Pero esta condición previa, ¿qué significa?, ¿cuándo se ha de entender previamente? ¿qué órgano es el competente? Vamos a intentar dar respuesta a estos interrogantes.

A) Planificación sanitaria

El art. 90.3 de la LGS establece una importante limitación previa a la concertación sanitaria, esto es, que las administraciones públicas sanitarias no pueden concertar con terceros la prestación de atenciones sanitarias, cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los correspondientes planes de salud. *A sensu* contrario, podemos afirmar que toda concertación ha de ser debidamente justificada en los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los planes de salud de cada CCAA.

Esta condición previa la definiríamos como el conjunto de elementos de juicio técnico-sanitarios de carácter objetivo que constaten la necesidad pública de concertar actividad sanitaria con medios ajenos pero con carácter previo al inicio del propio expediente de contratación. No pueden por tanto estar sujetas a la decisión arbitraria y/o discrecional de cada uno de los órganos de contratación de cada una de las administraciones públicas competentes.

Pero para ello debemos contar con ese elemento objetivador que determine de manera inequívoca la necesidad de justificar previamente la utilización óptima de los recursos sanitarios propios.

En mi opinión, ese elemento objetivador se encuentra en el contenido fijado y aprobado por los distintos planes de salud de las CCA y en su coordinación general en el seno del SNS. Sustento esta opinión en los siguientes postulados:

En primer lugar, de entre esta clasificación efectuada más arriba nos interesa destacar las primeras, esto es, las necesidades de concertación sanitaria estructural derivadas de la planificación sanitaria. No nos referimos, por tanto, a las necesidades puntuales y de ámbito temporal limitado.

Entiendo que es en la identificación de estas necesidades cuando la condición del carácter previo dispuesto en el art. 90 LGS adquiere la máxima virtualidad. Además, la propia LGS refuerza esta idea al señalar que los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los planes de salud podrán ser objeto de concertación con terceros. Por tanto, la concertación ha de adecuarse a la planificación sanitaria, no pudiendo llevarse a efectos cuando pueda estar en contradicción con los planes de salud.

En segundo lugar, en el devenir de las fases y/o *iter* de la contratación de la gestión del servicio las necesidades de concertar prestaciones sanitarias en virtud de los objetivos del plan de salud constituirían lo que hemos denominado las condiciones preprocesales anteriores a la preparación del contrato.

En tercer lugar, el órgano de contratación tiene un elemento motivador/justificador objetivo e inequívoco en los planes de salud ya que: por un lado, le permite cumplir con lo dispuesto en el art. 109 TRLCSP en relación a la tramitación del correspondiente expediente y, por otro, recoger la motivación de manera objetiva en el expediente sobre la necesidad de concertar prestaciones sanitarias concretas.

En cuarto lugar, sería el soporte para determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el concierto, así como para determi-

nar con precisión la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. Todo ello con el fin de su debida constancia en la documentación preparatoria del expediente de contratación, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación, tal como dispones el art. 22 de la 109 TRLCSP.

Por último, y siguiendo la doctrina jurisprudencial antes señalada se refuerza el fundamento motivador del plan de salud como uno de los documentos de referencia al que ha de remitirse el órgano de contratación. Así, cabe la motivación por remisión al expediente y a informes (SSTC 174/87,146/ 90), e incluso la motivación puede recogerse en el propio acto, o puede encontrarse en los informes o dictámenes previos cuando el acto administrativo se produzca de conformidad con los mismos que queden incorporados a la resolución (STS del 14 de Septiembre del 2012).

Por tanto, el plan de salud se convierte en un elemento objetivo de la determinación de las necesidades de concertar prestaciones sanitarias y es el único que cumple con el requisito de la condición temporal preprocesal a la contratación.

B) Subsidiaridad y complementariedad

La concertación de prestaciones sanitarias con centros privados debe responder a los principios de subsidiaridad y complementariedad.

La subsidiaridad significa que en el sistema público sanitario no hay una suficiencia de recursos para determinadas prestaciones sanitarias. Un dispositivo de salud no se puede dimensionar para picos sino para población, en base a la que se establece la oferta y la demanda. Por ejemplo, cuando por el carácter fluctuante de la demanda se precisa derivar a centros concertados para cumplir las normas sobre garantías de espera.

Por el contrario, la complementariedad significa que las prestaciones de la cartera de servicios del SNS-O no se realizan en el sistema público propio sino a través de los centros concertados (por ejemplo, ingresos pacientes crónicos y de media y larga estancia que ordena derivar la autoridad sanitaria)⁷. Por ejemplo, cuando se deriva para la realización de determinadas técnicas no existentes en un sistema de salud.

Para comprender el concepto actual del carácter subsidiario y complementario de concierto sanitario hay que retrotraerse a las normas reguladoras anteriores al actual LGS.

En efecto, el antecedente del concierto regulado por la LGS lo encontramos en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo. Los art. 104 y 209 de regula-

ron de forma genérica conceptos claves de concierto sanitario como la prestación de servicios administrativos, sanitarios, o de recuperación profesional, así como las prestaciones médicas y farmacéuticas. El primero de los artículos citados dispuso expresamente que “la asistencia en régimen de internado, se hará efectiva en las instituciones de la seguridad social o mediante concierto”. El régimen jurídico de los conciertos debía desarrollarse reglamentariamente.

Con posterioridad, el nuevo texto de la LGSS, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio dedicó el art. 199 bajo el título de “gestión” al concierto sanitario. Su disposición derogatoria dispuso la derogación de la anterior LGSS pero exceptuó el art. 104 antes citado. Por tanto, quedó vigente lo referido a la asistencia sanitaria concertada y el mandato de su desarrollo reglamentario. El desarrollo reglamentario se produjo por Resolución de 11 de abril, de la Secretaria de Estado para la Sanidad, que regula la asistencia sanitaria de la seguridad social prestada en centros ajenos.

En relación a este trabajo, destacamos que la referida resolución establece que los conciertos de prestaciones y servicios y actividades sanitarias tendrán carácter subsidiario y complementario de las prestaciones de servicios y actividades sanitarias desarrolladas directamente por la seguridad social.

Esta regulación del concierto se recoge con posterioridad en el art. 90 de la LGS. El carácter subsidiario queda reforzado ya que solamente se podrá recurrir al concierto cuando la administración pública haya sacado todo el partido posible de sus recursos sanitarios propios. Los conciertos sanitarios en algunas Comunidades Autónomas suponen un porcentaje importante del gasto sanitario y se han convertido en una medida estructural frente al carácter coyuntural y complementario que debieran tener.

Por ello, el ordenamiento jurídico ha impuesto el deber de justificar en todo expediente de contratación la necesidad de concertar con centros privados la atención sanitaria y, en especial, acreditar previamente la optimización de los recursos públicos propios. Junto a esto, entendemos que dicha justificación debe contener una evaluación de las distintas alternativas de prestación de atención sanitaria. Así mismo, el órgano de contratación debe fijar los criterios de derivación y establecer sistemas para comprobar que se prioriza la atención en los distintos centros públicos antes de derivar. Por tanto, la ley impone al órgano de contratación unas obligaciones previas al inicio de un expediente de esta naturaleza:

⁷ Revista Auditoría Pública, nº 56: “Conclusiones de los IX Encuentros Técnicos de Instituciones de Control Externo”. IX Encuentros Técnicos de Instituciones de Control Externo. Pamplona, 26 y 27 de octubre de 2011.

En primer lugar, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios. El órgano de contratación no puede basar la motivación de la concertación únicamente en la carencia de medios propios, como suele ser habitual, sino que debe acreditar que una vez optimizados todos los recursos sanitarios propios resulte necesaria la concertación de las prestaciones sanitarias.

En segundo lugar, la acreditación de que la administración sanitaria ha agotado la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios requiere una prueba irrefutable que no presente dudas ya que de lo contrario impediría llevar adelante el expediente. En la mayoría de los supuestos el órgano de contratación deberá basarse en informes técnico sanitarios que no presenten dudas al respecto. Ya he señalado que, en mi opinión, los planes de salud de las CCA deben de ser los informes más determinantes al respecto.

En tercer lugar, la concertación sanitaria ha de justificarse en base a estos principios así como en el cumplimiento de los plazos establecidos en las normas correspondientes de la CCAA sobre garantías de espera en atención especializada⁸. La mayoría de las CCAA han establecido un decreto de garantías quirúrgicas que establece la obligación de que los pacientes sean intervenidos en un plazo de tiempo. Si no es así, la norma establece que la sanidad pública tiene que ofertarles una alternativa y ahí entra en juego el sistema concertado. Si el paciente acepta que se opere en unos de los centros concertados, Salud lo autoriza y lo deriva al centro concertado.

C) Reversión

De acuerdo con el art. 221 TRLCSP, los contratos de gestión de servicios públicos, como el resto de contratos, se extinguen por cumplimiento o por resolución.

En los contratos de gestión de servicios la extinción normal es la finalización del plazo contractual con la reversión del servicio a la administración. El contrato de gestión de servicios públicos implica una obligación de actividad y no de resultado, debido a lo cual sólo se extingue por cumplimiento cuando concluye el plazo previsto para su duración y ambas partes han realizado correctamente sus respectivas prestaciones.

Nos interesa destacar que como causa de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de generales para todo tipo de contratos (art. 223 TRLCSP,) el rescate del servicio por la administración⁹.

Por tanto, la administración por razones de interés público, podrá acordar el rescate del servicio para gestio-

narlo directamente. Constituye una forma excepcional de terminación del contrato de concesión que tiene su fundamento en la potestad exorbitante que a la Administración puede concederse para acortar el plazo estipulado. La potestad de rescate del servicio, por razón de interés público, antes de que transcurra el plazo de duración prefijado en el contrato, es una posibilidad que legalmente tiene atribuida la Administración, en la legislación general de contratos.

VI. LA PRESTACIÓN HA DE EFECTUARSE CON MEDIOS AJENOS

El art. 90 de la LGS establece que los conciertos para la prestación de servicios sanitarios con *medios ajenos* a ellas. La condición de subsidiaridad significa que el concierto de prestaciones sanitarias se debe realizar con entidades y personas privadas. Siendo esto así, los conciertos suscritos con personas y entidades privadas se sujetan plenamente a la legislación de contratos del sector público.

A *sensu* contrario, por tanto, quedan excluidas los conciertos con medio propios, y esto ha de entenderse como un prohibición de este contrato entre administraciones públicas y/o entes públicos. Esta idea queda positivizada en el art. 8 del TRLCSP. Me refiero a que no son aplicables las normas sobre gestión de servicios públicos a los supuestos en que su gestión 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 cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Esto es importante ya que en ocasiones observamos normas sectoriales que permiten a la administración pública la conclusión de conciertos con otras entidades públicas. En concreto esto ocurre, además de en el ámbito de los servicios locales, en a propia LGS. Su art. 104.3 establece que la posibilidad de concertar entre las instituciones sanitarias y las Universidades para garantizar la docencia práctica de la medicina y de la enfermería. En mi opinión, este caso es una excepción por su propio objeto, la figura del concierto en la LGS ha de ser entendida como reservada a la contratación con entidades y personas privadas. Esta opinión se ve reforzada con lo que hemos señalado más arriba en relación a las normas sobre contratación y, sobre todo, la clara determinación del ordenamiento jurídico en relación a que todos los acuerdos entre administraciones y entes públicos se articulen por la vía de la figura del convenio.

⁸ Revista *Auditoria Pública*, nº 56 nº 58: "El desconcierto de los conciertos sanitarios". Karen Moreno, María Asunción Olaechea, Ainara Rodríguez.

⁹ Además de: La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato. La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato. La supresión del servicio por razones de interés público.

Otro elemento fundamental en la ajenidad de la prestación sanitaria se encuentra en la homologación previa de los centros sanitarios que pretendan concertar con la administración. Condición previa para la concertación es que los hospitales hayan sido homologados de acuerdo con un protocolo definido en la LGS. El legislador establece un trámite de clasificación que culmina en una resolución administrativa. Los conciertos sanitarios con los hospitales homologados están sujetos a un marco reglamentario: la administración debe fijar los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a todos los conciertos. Fijados sus presupuestos generales y constatada la necesidad asistencial mediante los medios que hemos propuesto, cada concierto establecerá los derechos y deberes de las partes. Este título autoriza una menor intervención de la administración contratante por el servicio concertado: la autoridad sanitaria ejercerá funciones de inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta del concierto. No se produce una publicación de la organización y el funcionamiento del centro privado concertado, sino que la administración se reserva la facultad de inspeccionar el cumplimiento de las condiciones de prestación pactadas¹⁰.

Por tanto, la concertación de prestaciones sanitarias con centros privados debe responder a los principios de subsidiariedad (insuficiencia de recursos en el sistema público), complementariedad (prestaciones de la cartera de servicios del SNS-O no realizadas en éste) y homologación previa a la concertación (clasificación del contratista). Todo ello, debe acreditarse con carácter previo mediante las formulas más adecuadas para cumplir el requisito de la motivación exigida por las normas al órgano de contratación. La experiencia demuestra (informes intervención, tribunal de cuentas etc...) que normalmente los expedientes estudios en los que previamente a la firma de los conciertos se hayan analizado y evaluado la conveniencia de estos instrumentos valorando las alternativas de ofrecer las prestaciones sanitarias concertadas.

Por último, y teniendo en cuenta lo señalado hasta ahora, sería razonable que en el expediente de contratación se acreditara un análisis y evaluación, previamente a la concertación, en relación a las alternativas de prestar la asistencia sanitaria con medios propios, bien adquiriéndolos o reorganizando los existentes a fin de optimizarlos, o con medios ajenos mediante la concertación con centros privados.

VII. CONCLUSIÓN

Los expedientes de contratación de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto sanitario deben contener la motivación y/o justificación de la necesidad objeto de contrato. Dicha justificación debe consolidar la seguridad jurídica con la que se abordan los conciertos sanitarios.

Por tanto, tanto los órganos de contratación con carácter previo a la elaboración del expediente administrativo correspondiente y los órganos de control competentes de su fiscalización, deben tener en cuenta los elementos motivadores de la concertación de prestaciones sanitarias de conformidad con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia:

En primer lugar, los derivados de las normas generales de la contratación administrativa (TRLCSP) y la jurisprudencia. La documentación justificativa que conste en el expediente debe acreditar dos cuestiones generales: a) Las necesidades asistenciales: mediante la determinación de la naturaleza y extensión de las prestaciones sanitarias que se pretende contratar. b) La cobertura de las necesidades asistenciales: mediante la determinación de que el objeto de la contratación es el adecuado (idoneidad de su objeto) para hacer frente a las necesidades asistenciales (contenido contractual). La administración sanitaria ha de estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades en materia de contratación de prestaciones sanitarias (STC 163/2002).

En segundo lugar, los propios de los contratos de gestión de servicio público en su modalidad de concierto sanitario (TRLCSP). Debe acreditarse y dejarse constancia de los aspectos básicos que deben de regir la relaciones entre la administración pública y las empresas privadas del sector, esto es: a) Declare expresamente que la actividad de que se trata (prestaciones ambulatorias, hospitalización, transporte sanitario, prestaciones domiciliarias etc...) queda asumida por la administración sanitaria como propia de la misma. b) Atribuya las competencias administrativas, en su caso, como pueden ser en la tramitación de volantes sanitarios, informes médicos, altas, prescripciones etc. c) Determine el alcance de las prestaciones sanitarias en favor de los pacientes del sistema d) Regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio sanitario concertado.

En tercer lugar, los propios de las normas sectoriales sanitarias (LGSS, LGS, LCSNS, Real Decreto 1030/2006, leyes de Ordenación Sanitaria de las

¹⁰ J. Sánchez-Caro, *Revista de Administración Sanitaria* Volumen IV. Número 14. Abril/junio 2000

CCAA...) que fijan un plus de motivación respecto a las normas generales de contratación. Debe acreditarse y dejar constancia en el expediente:

a) Que el objeto del concierto son prestaciones de servicios sanitarios contenidos en el catálogo y cartera de servicios sanitarios. Sólo pueden ser objeto de concierto sanitario las prestaciones tasadas por la Ley. Se entiende por prestación de servicios sanitarios el conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, de rehabilitación y de promoción y mantenimiento de la salud dirigido a los ciudadanos y financiados por la administración. Este concepto se ha de entender junto al concepto de catálogo de prestaciones (contenido de las prestaciones de atención sanitaria del SNS) y al concepto de cartera común de servicios del SNS (conjunto de técnicas mediante las que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias) y cartera de servicios complementaria de las CCAA.

Por tanto, el concierto sanitario ha de limitarse al contenido de la cartera de servicios comunes y complementarios de las CCAA relativos a las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario contenidos en la misma.

b) El órgano de contratación con carácter previo al inicio de las actuaciones preparatorias debe acreditar la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios. El motivo objetivador que puede determinar tal requisito se ha de corresponder con los objetivos y recursos establecidos en los planes de salud de cada CCA y en su coordinación en el seno del SNS. De igual manera debe responder a los principios de subsidiariedad (acreditar que en el sistema público no hay una suficiencia de recursos para determinadas prestaciones sanitarias), complementariedad (acreditar que las prestaciones de la cartera de servicios del SNS no se realizan estructuralmente en el sistema público propio sino a través de los centros concertados) y reversión de la concertación.

c) La prestación de servicios sanitarios concertados se efectúan con medios ajenos al sistema público, esto es con entidades y personas privadas. A *sensu* contrario, las que se pudieran efectuar con entidades públicas utilizarán otras fórmulas jurídicas como el convenio.

Se debe acreditar con carácter previo a la concertación la homologación del centro sanitario (clasificación de los hospitales privados para concertar), esto es, los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables que deben cumplir los centros para concertar con la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

Arratibel Arrondo, José Antonio: "El nuevo régimen jurídico de gestión del sistema nacional de salud y del sistema sanitario vasco" nº 56, 2000. "Límites jurídicos a la huida del Derecho Público de los entes instrumentales del Sistema Nacional de Salud". Noticias jurídicas.com, 2007.

J. Sánchez-Caro (2000): *Revista de Administración Sanitaria*, Volumen IV. Número 14. Abril/junio 2000.

Karen Moreno, María Asunción Olaechea, Ainara Rodríguez. *Revista Auditoría Pública*, nº 56 y nº 58: "El desconcierto de los conciertos sanitarios".

López Benitez, M.: "¿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". *Revista Derecho y Salud* (enero-junio 2011) vol. 9, nº 1, págs. 51-52. Ed Asociación juristas para la salud.

Martín Martín (2003): "Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias". *Fundación Alternativas*. Documento de Trabajo 14.

Peman Gavin, J.: "Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios", en la obra colectiva "Reforma y liberalización económica". Los Decretos-Leyes de junio de 1996. Ed. Civitas, Madrid 1996.

Revista Auditoría Pública, nº 56: "Conclusiones de los IX Encuentros Técnicos de Instituciones de Control Externo" *IX Encuentros Técnicos de Instituciones de Control Externo*. Pamplona, 26 y 27 de octubre de 2011.