

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

Analisis de la naturaleza jurídica de la acción concertada sanitaria de las CC.AA.

RESUMEN/ABSTRACT:

En el ámbito de los servicios sanitarios ha surgido una nueva vía de gestión pública específica para las entidades sin ánimo de lucro denominada acción concertada sanitaria. La misma tiene su origen en la jurisprudencia y normativa comunitaria (Directiva 2014/24/UE), así como en su posterior de transposición al ordenamiento jurídico español mediante la LCSP de 2017. Pero esta Ley no ha establecido un régimen uniforme ya que las CCAA son competentes, en gran medida, para regular las formas de gestión de los servicios sanitarios propios. En este trabajo pretendo analizar, fundamentalmente, las bases jurídicas generales de la acción concertada y, muy en especial, las normas que han sido dictadas hasta la fecha por las CCAA. El objetivo final es definir las notas características comunes a todas ellas y establecer la naturaleza jurídica de esta nueva institución desde un punto de vista del derecho positivo.

In the field of health services, a new specific form of public management has emerged for non-profit organisations called concerted health action. It has its origin in the jurisprudence and Community Regulations (Directive 2014/24/EU), as well as in its subsequent transposition into the Spanish legal order through the Public Sector Contracts Act (LCSP, in Spanish) of 2017. However, this Act has not established a uniform regime because the Autonomous Regions have, to a great extent, competence to regulate the forms of management of their own health services. In this paper I intend to analyse, primarily, the general legal bases of concerted action and, in particular, the standards that the Autonomous Regions have issued to date. The ultimate goal is to define the characteristic features common to all of them and to establish this new institution's legal nature from a positive law standpoint.

ACCION CONCERTADA SANITARIA, CONCIERTO SANITARIO, CONVENIO SINGULAR SANITARIO, PRESTACIONES SANITARIAS, ENTIDADES SANITARIAS SIN ANIMO DE LUCRO
CONCERTED HEALTH ACTION, HEALTH CONCERT, SINGULAR HEALTH AGREEMENT,
HEALTH SERVICES, NON-PROFIT HEALTH ENTITIES

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

I. INTRODUCCIÓN

Desde muy temprano el ordenamiento jurídico a sanitario público español ha regulado la colaboración de instituciones sanitarias ajenas, ya sean de titularidad pública o de titularidad privada para completar su propio dispositivo de centros, servicios y establecimientos sanitarios en orden a la provisión de los servicios y las prestaciones correspondientes.

En este sentido, recordamos que inicialmente la Administración de la Seguridad Social, (Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974 (en adelante TRLGSS) a tenor de las carencias de su propio dispositivo sanitarios determinaba libremente los centros y servicios que debían incorporarse a su oferta asistencial, con escasa sujeción a los mecanismos de publicidad y concurrencia. El concepto de concertación aparece en esta primera norma básica que permite entender el actual marco jurídico que posibilitó la “concertación directa” de centros y servicios sanitarios, sin perjuicio de aplicar la legislación de contratos del Estado a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social en defecto de sus normas específicas.

Con posterioridad, la Ley General de Sanidad de 1986 (en adelante LGS) continuó con la utilización del concepto jurídico de acción concertada de “*actividades sanitarias privadas*”, en términos similares que la TRLGSS. Establece una doble vía para la acción concertada con centros y servicios sanitarios privados: la del **concierto** –prevista en el artículo 90- y la más intensa del **convenio** –a que se refieren los artículos 66 y 67 de la cita Ley.

Los conciertos a que se refiere la LGS y, por extensión, las leyes autonómicas sectoriales sanitarias dictadas en su desarrollo, constituyen 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 anterior 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 encomendante ha sido una constante en la regulación de la contratación pública¹.

Por el contrario, con el término de conciertos especiales se ha hecho referencia al denominado convenio

singular (arts. 66 y 67 de la LGS,) entendidos como convenios de colaboración entre las Administraciones públicas y las personas jurídicas sujetas al derecho privado, al margen del ámbito de aplicación de las sucesivas Leyes de Contratos dictadas hasta la fecha.

La parquedad con que la LGS regula ambos instrumentos de colaboración llevó a un desarrollo confuso de su naturaleza jurídica ya que en la legislación de las distintas Comunidades Autónomas se aplican indistintamente los términos “convenio” o “concierto” para referirse a supuestos de hecho distintos. En este sentido, la expresión “Administración concertada” y/o “prestaciones sanitarias concertadas” se han utilizado desde hace años para referirse a un conjunto de relaciones en las que intervienen las entidades públicas no a través de una decisión unilateral que impongan a su destinatario, sino a través de una relación de cierta bilateralidad, negociando con los agentes económicos y sociales privados y, por tanto, buscando un equilibrio entre los intereses respectivos².

Teniendo en cuenta la evolución histórico-jurídica de la acción concertada en el ordenamiento jurídico sanitario español el panorama se complica con el cambio de la regulación relativa a los contratos de prestaciones sanitarias y, en concreto, a los que desarrollan las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario.

Nos referimos tanto a la normativa comunitaria, en origen (Directiva 2014/23/UE y Directiva 2014/24/UE) como a su posterior de trasposición al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector Público (en adelante LCSP), establecen un nuevo marco jurídico consistente, básicamente, en que la “concertación” de servicios sanitarios que no impliquen transferencia de riesgo operacional al contratista se debe articular a través de un contrato de servicios (Directiva 2014/24/UE). Si concurre esa transferencia del riesgo operacional al contratista, el contrato sería un contrato de concesión de servicios, (Directiva 2014/23/UE). Pero, además, ambas Directivas establecen un régimen especial y más flexible para los “servicios especiales”, entre los que se incluye el servicio sanitario. Al hilo de ello, la LCSP suprime el contrato de gestión de servicios y lo sustituye por la concesión de servicios y el contrato de servicios a los ciudadanos. La transferencia o no al contratista del riesgo operacional se configura como el criterio clave de distinción entre

¹ Martín Martín, J.J. (2003): “Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias”. *Fundación Alternativas*. Documento de Trabajo 14.

² Sobre este particular, López Benítez, 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. Arratibel Arondo, José Antonio: “Determinación de los elementos jurídicos motivadores en la concertación de prestaciones sanitarias”. *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, ISSN 1136-517X, Nº. 60, 2013, págs. 43-56; Karen Moreno, María Asunción Olaechea, Ainara Rodríguez. *Revista Auditoría Pública*, nº56 nº58: “El desconcierto de los conciertos sanitarios”.

ambos contratos. Entonces, surge la duda de si la figura del concierto ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico o si puede considerarse vigente mediante la aplicación de la normativa sectorial sanitaria.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE ha reconocido que los contratos de prestaciones personales de carácter sanitario se excepcionen de las reglas de la concurrencia propias de un contrato típico de servicios y que su prestación se puede llevar a cabo a través de fórmulas no contractuales como la denominada “acción concertada.” En este sentido, la LCSP (art. 116) establece la libertad para “organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador. Otros supuestos de exclusión de la normativa de contratación pública los encontramos en la adjudicación directa de estos “contratos” a entidades sin ánimo de lucro (Disposición adicional cuarenta y octava LCSP) regula la “reserva de ciertos contratos de salud a determinadas organizaciones”, afirmando que los poderes adjudicadores podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV.

Este panorama jurídico se hace más complejo si tenemos, que la competencia para la prestación y provisión de la asistencia sanitaria corresponde, fundamentalmente, a las Comunidades Autónomas. Por tanto, corresponde a sus poderes determinar los modos de utilizar la distinta fórmula jurídica que el ordenamiento jurídico sanitario permite para actualizar la denominada actividad sanitaria concertada.

II. DELIMITACIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DEL CONCEPTO CONCERTACIÓN SANITARIA

El concepto general de concierto de servicios sanitarios con entidades privadas es una posibilidad recogida en el ordenamiento jurídico sanitario español que arranca en el TRLGSS, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo y se afianza con la LGS de 14/1986, de 25 de abril. Por tanto, este concepto general de concierto no es una innovación de la LGS y el antecedente jurídico de la concertación lo encontramos en el TRLGSS, que seguidamente pasamos a desarrollar.

II.1. Los conciertos de prestaciones sanitarias del TRLGSS

El TRLGSS del año 1974 dedicó dos artículos a los conciertos de prestaciones sanitarias estableciendo la

primera distinción jurídica en relación al “nomen” general de conciertos sanitarios: un primer concepto de carácter general, **conciertos de prestaciones sanitarias** (art. 209) y, un segundo, con carácter especial, **conciertos de prestaciones médicas y farmacéuticas** (art.104).

El primero hacía referencia, con carácter general, a la posibilidad de concertar prestaciones de servicios administrativos, sanitarios o de recuperación profesional. El artículo 209 del TRLGSS, bajo la rúbrica “Conciertos para la prestación de servicios Administrativos y Sanitarios” determinó que para tal fin las Entidades Gestoras podían **concertar** con cualquiera Entidad pública o privada. Las características más importantes de este concierto eran las siguientes: a) el objeto del concierto era la prestación de servicios administrativos, sanitarios o de recuperación profesional. b) La Ley no dispuso expresamente la forma en que se establecía el pago, sin embargo, hizo una delimitación negativa: no podrá consistir en la entrega de un porcentaje de las cuotas del Régimen General, ni entrañar en forma alguna, sustitución en la función gestora encomendada a aquellas entidades. Esta regulación delimitó el concierto en términos muy similares a la LGS.

El segundo hacía referencia, con carácter especial, a la posibilidad de concertar prestaciones médicas y farmacéuticas. El artículo 104 dispuso en su apartado 3º, dentro de la Sección dedicada a las “prestaciones médicas y farmacéuticas”, que la asistencia en régimen de internado, se hará efectiva en las Instituciones de la Seguridad Social **o mediante concierto**. Y seguidamente remitía a una futura norma de carácter reglamentario, a la que más adelante hacemos referencia.

Con posterioridad, el nuevo texto de la TRLGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su artículo 199, bajo la rúbrica “Gestión”, recogió la idea de concierto sanitario en los mismos términos del artículo 209 del TRLGSS del 1974.

En su Disposición Derogatoria se dispuso la derogación del anterior texto de 1974, con la excepción expresa de una serie de preceptos de la misma, entre los que se encuentra el artículo 104 anteriormente citado. El mandato legal de proceder al desarrollo reglamentario, se llevó a cabo en 1980, y de una forma un tanto irregular, por una Resolución de 11 de abril, de la Secretaría de Estado para la Sanidad, que regula la “Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social prestada en centros ajenos”. Las características más importantes de este concierto eran las siguientes: a) el carácter subsidiario y complementario que el concierto sanitario habría de tener, con respecto a las prestaciones de servicios y actividades sanitarias desarrolladas directamente por la Seguridad



Social. b) Se concede prioridad, en igualdad de condiciones, a los centros del sector público y a los del sector privado no lucrativo. c) Puede ser suscrito tanto con centros públicos como privados. d) Con anterioridad al suscribir el concierto es necesario que el centro esté calificado de acuerdo a una serie de parámetros que en la Resolución se determinan. C) Las condiciones económicas se regulan por un sistema de tarifas para cada grupo, nivel y prestación.

II.2 Los conciertos ordinarios y conciertos especiales de la LGS

Con posterioridad, en la LGS, se regularon dos tipos de conciertos con un contenido jurídico claramente diferenciado: por un lado, el concierto que denominamos “ordinario” de servicios sanitarios con entidades privadas. Es una posibilidad recogida en la LGS desde su redacción original en 1986. En su artículo 90 y con carácter de legislación *básica* se estableció la posibilidad de que las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas; por otro, en contraposición a estos conciertos “ordinarios”, y con carácter *no básico*, la LGS dispuso, en sus artículos 66 y 67, una conciertos especiales cuya finalidad era más estructural superando el concepto de concierto ordinario. Con estos conciertos especiales se pretendió vincular a la Red Pública aquellos hospitales del sector privado que lo soliciten, mediante los denominados convenios singulares.

A) Conciertos ordinarios

Si bien no es objeto de este trabajo los denominado conciertos “ordinarios”, únicamente señalaremos sus notas características para contraponerlas a la figura del

convenio sanitario. Por tanto, esta son sus notas características: a) el denominado principio de subsidiariedad, entendiéndose por tal, no la carencia de medios propios, sino la obligación que la Ley impone de la utilización óptima de sus propios servicios, con carácter previo al concierto (art. 90.1). b) En igualdad de condiciones, otorgaba prioridad a los centros y servicios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo (art. 90.2). c) Se trataba de un concierto con centros de titularidad privada por contraposición a los mecanismos previstos para articular la relación con centros públicos (conciertos especiales) mediante los convenios de integración y adscripción. d) A los centros que pretendan a concertar con la Administración, se les impone previamente una exigencia: han de ser homologados de acuerdo con un protocolo definido por la Administración Sanitaria. e) Deberá adecuarse a la planificación, no pudiendo llevarse a efecto cuando pueda estar en contradicción con los planes de salud (art. 90.3). Los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, se fijarán por la Administración competente (art. 90.4), quedando garantizada en todo caso, la igualdad de trato a los usuarios del servicio concertado en relación con los usuarios de los centros públicos (art. 90.6). Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos de coste efectivos, previamente establecidos y revisables por la administración (art. 90.4).

B) Conciertos especiales

En relación a los denominado conciertos “especiales”, vamos a detenernos a desgranar su especial naturaleza jurídica ya que tiene gran transcendencia para explicar el marco jurídico actual de algunas CCCA. Los convenios que tienen por objeto la prestación de servicios sanitarios públicos se regulan con carácter general en los

artículos 66 y 67 de la LGS. Básicamente, se contempla la creación de una red de integrada de hospitales del sector público, que puede estar compuesta por hospitales públicos y por hospitales generales del sector privado vinculados al Sistema Nacional de Salud de acuerdo con un protocolo definido.

La doctrina ha señalado que las notas características de estos conciertos especiales son las siguientes:

En primer lugar, los hospitales generales del sector privado que lo soliciten pueden ser vinculados al SNS de acuerdo con un protocolo definido, siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten (art. 66.1). Estos protocolos serán objeto de revisión periódica (art. 66.2).

En segundo lugar, el instrumento previsto para llevar a cabo esta vinculación, será el convenio singular (art. 67.1) Su contenido básico es el siguiente: a) se establecen los derechos y obligaciones recíprocas, así como las demás condiciones de prestación de la asistencia sanitaria (art. 67.2); b) gratuidad de la atención sanitaria prestada por estos hospitales a los usuarios del sistema sanitario (art. 67.3) c) Los centros así vinculados a la red pública, quedarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos (art. 67.5).

En tercer lugar, el protocolo, se trata sencillamente, de una reglamentación previa al convenio por la que quedarán establecidas las características técnicas que habrán de tener los centros que pretendan acceder a la vinculación con la red pública asimilable a la homologación exigida para el concierto según el art. 90 de la LGS. El convenio singular constata que el establecimiento que se quiere vincular cumple con las condiciones establecidas con carácter general y es homologable.

La vinculación está sujeta a una condición previa que es la homologación técnica del centro sanitario de acuerdo con un protocolo definido. Se trata, por tanto, de una resolución administrativa que constata el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos para contratar con la Administración. Lo más característico del convenio es que, en virtud del mismo, el centro sanitario privado se somete al mismo régimen sanitario, administrativo y económico de los hospitales públicos. Esto es, se produce una “**publificación**” del régimen de organización y funcionamiento del hospital vinculado, salvo en lo que se refiere a la titularidad del centro, que continúa siendo privada, y a la relación laboral con el personal.

En cuarto lugar, el contenido del convenio no supone vinculación contractual³. Los medios y recursos privados acceden al sector público. En relación a los usuarios, las normas que rigen en su acceso y atención a un hospital privado vinculado no se diferencian de las que rigen en los hospitales públicos. La sujeción a las mismas normas de organización y funcionamiento alcanza también los derechos, deberes y garantías de los usuarios. En efecto del artículo 67 LGS -la vinculación a la red pública de los hospitales- se desprende que los hospitales privados vinculados están sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos, e incluso al mismo régimen de jornada que los hospitales públicos, lo que produce una publicación del régimen de organización y funcionamiento del hospital privado, salvo en lo que se refiere a la titularidad del centro y de las relaciones laborales del personal que preste sus servicios

En quinto lugar, conceptualmente esta figura del convenio singular no dista en modo alguno del concierto; sin embargo, el legislador ha creado una institución convencional particularmente especial. De hecho, el art. 90 LGS contempla el concierto tradicional. La diferencia entre el convenio singular de vinculación y otras formas de vinculación administrativa, aun en materia sanitaria (conciertos del art 90 LGS y gestión indirecta de servicios públicos) estriba en que en el convenio singular de vinculación el hospital privado se integra en el Sistema Nacional de Salud conforme a un protocolo definido, quedando sometido a un régimen sustancialmente idéntico al de los centros públicos, mientras que el concierto supone una vinculación limitada a determinadas prestaciones que el sector público le reclame.

Por último, esta utilización del término concierto para los conciertos singulares ha creado cierta confusión en los términos. Aun que se parecen, conciertos y convenios (según la LGS) no son lo mismo. Así la diferencia entre conciertos y convenios es, una cuestión de grado. El Convenio singular constituye un tipo de vinculación más fuerte por la que el centro privado pasa a formar parte de la red hospitalaria del servicio público de salud. Lo que se pretende es vincular a estos centros a la Red hospitalaria pública, no de forma más o menos esporádica y para solucionar su falta de medios en la prestación de determinados servicios, sino que se trata de una vinculación más fuerte: su funcionamiento ha de ser plenamente coordinado con el de los centros públicos.

Del mismo que sucedía con la figura del concierto y convenio, la legislación de la Seguridad Social también

³ Lafarga Traver, J. L.:Mesa de trabajo “convenios singulares y contratos. Volumen 14, marzo 2006 Extraordinario XIV Congreso derecho y Salud, 2006.

contenía figuras muy similares, aunque no iguales, lo que en ocasiones ha provocado una cierta confusión en los términos: conciertos singulares y concierto singular sustitutorio que seguidamente vemos.

C) Concierto Singular

Sobre la base del Convenio Singular de la LGS, la Orden de 12 de mayo de 1989, por la que se establecen las normas para la revisión de las condiciones económicas aplicables a la prestación de asistencia sanitaria concertada por el Instituto Nacional de la Salud, delimitó una nueva figura: el Concierto Singular⁴.

Esta figura posibilitaba la suscripción de conciertos con entidades públicas o benéfico-privadas para la atención sanitaria. El interés de permitir los conciertos con entidades públicas residía en la especial organización del SNS en aquel momento con numerosos centros de titularidad Municipal o Provincial, pero integrados mediante esta figura en la red del INSALUD⁵.

Más tarde, la Orden de 29 de junio de 1993 posibilitó que el concierto singular se suscriba también con centros privados, tuvieran o no ánimo de lucro. Los conciertos singulares están sometidos a requisitos técnico-sanitarios, determinados para cada proyecto de concierto singular económicamente y las condiciones se establecen en base a módulos de coste efectivo por las prestaciones y servicios concertados. Como puede verse esta regulación tiene puntos en común con la regulación del concierto “ordinario” en la LGS. De su contenido podemos extraer las siguientes características:

En primer lugar, posibilita el suscribirse con entidades públicas o benéfico privadas. Así lo establece la Orden de 12 de mayo de 1989, al configurarlo por primera vez, y lo mantiene la Orden de 31 de julio de 1990. Más tarde, la Orden de 29 de junio de 1993 posibilita que el concierto singular se suscriba también con centros privados, tengan o no ánimo de lucro.

En segundo lugar, tenderán 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 (art. 5.1), quedando fijada su duración máxima en 5 años (art. 5.4).

En tercer lugar, los requisitos técnico-sanitarios concernientes a cada proyecto de concierto singular serán determinados por la Dirección General de

programación económica-financiera basada en una propuesta motivada del INSALUD (art. 5.2)

Por último, las condiciones económicas se establecen en base a módulos de coste efectivo por las prestaciones y servicios concertados (5.3)

D) Concierto Singular Sustitutorio

Sobre la base del Convenio Singular de la LGS se desarrolla una nueva tipología de concierto singular, el denominado Concierto Singular Sustitutorio. El art. 2.2 de la Orden de 29 de junio de 1993 establece que tendrán carácter sustitutorio los centros que bajo ese régimen de concierto singular “constituyen una alternativa al dispositivo asistencial del Instituto Nacional de la Salud”; añadiendo que, “el régimen de estos conciertos sustitutorios se fijará en un contrato programa de carácter anual que se incorporará mediante cláusula adicional al concierto vigente”.

Estos contratos programa debían especificar el área o población asignada al centro, los tipos de servicios a prestar por el Hospital, la oferta asistencial, la actividad pactada y el techo de financiación. Pudiendo, además, recoger las prestaciones complementarias que se consideren necesarias para otras áreas o zonas distintas de la asignada al hospital concertado. Estos conciertos singulares deben tender 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, quedando fijada su duración máxima en 5 años.

En definitiva, la figura del concierto singular en la legislación de la Seguridad Social es paralela a la del convenio singular en la LGS⁶.

III. LA NUEVA ACCIÓN CONCERTADA SANITARIA

El breve recorrido sobre las distintas figuras encuadradas en la actividad concertada sanitaria nos ha servido de excusa para abordar seguidamente cuestiones derivadas del actual marco jurídico.

Ya hemos adelantado que la normativa comunitaria (Directiva 2014/23/UE y Directiva 2014/24/UE) y la vigente LCSP, establecen un nuevo marco jurídico que afecta a la actividad concertada sanitaria. De forma sucinta diremos que estas normas articulan la “concertación” de servicios sanitarios teniendo en cuenta

⁴ Por otro lado, la LGS hace referencia a un tipo de vinculación más fuerte: el convenio singular. La diferencia entre conciertos y convenios singulares es una cuestión de grado. En la línea de los convenios singulares, la Orden de 12 de mayo de 1989 al configurar los conciertos singulares los concibe “en orden al establecimiento programado y plenamente coordinado con el de los centros sanitarios públicos en el marco de una planificación sectorial” (Art. 5.1). En este sentido, parece que más bien lo que se pretende es vincular a estos centros a la Red hospitalaria pública, no de forma más o menos esporádica y para solucionar su falta de medios en la prestación de determinados servicios, sino que se trata de una vinculación más fuerte: su funcionamiento ha de ser plenamente coordinado con el de los centros públicos. Es más, la Orden de 29 de junio de 1993 les atribuye carácter sustitutorio cuando bajo ese régimen de concierto singular “constituyan una alternativa al dispositivo asistencial del Instituto Nacional de la Salud” (art. 2.2).

⁵ Lo mantiene la Orden de 31 de julio de 1990.

⁶ Gomez Marti, M.: El contrato-programa del hospital universitario de canarias aproximación al régimen jurídico de los conciertos sanitarios” en Revista Derecho y Salud, volumen 5, número .1 Barcelona (1997).

si implican o no transferencia de riesgo operacional al contratista. Si no concurre esa transferencia los servicios sanitarios se deben articular a través de un contrato de servicios (Directiva 2014/24/UE). Si concurre esa transferencia del riesgo operacional al contratista, el contrato sería un contrato de concesión de servicios, (Directiva 2014/23/UE). Pero, además, ambas Directivas establecen un régimen especial y más flexible para los “servicios especiales”, entre los que se incluye el servicio de prestaciones sanitarias.

Por su parte, la LCSP suprime el contrato de gestión de servicios y lo sustituye por la concesión de servicios y el contrato de servicios a los ciudadanos. La transferencia o no al contratista del riesgo operacional se configura como el criterio clave de distinción entre ambos contratos. Entonces, surge la duda de si la figura del concierto/convenio han desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico o si puede considerarse vigente mediante la aplicación de la normativa sectorial sanitaria.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE ha recocado que los contratos de prestaciones personales de carácter sanitario se excepcionen de las reglas de la concurrencia propias de un contrato típico de servicios y que su prestación se puede llevar a cabo a través de fórmulas no contractuales como la denominada “acción concertada”

Respecto a la figura del **concierto**, brevemente señalamos que, aunque tradicionalmente se consideraba incluido el concierto dentro de las formas contractuales del contrato de gestión de servicios públicos a través de medios ajenos a la Administración concertante, a cambio del abono de una cantidad alzada que se fija atendiendo a módulos de coste efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración⁷. No obstante, a la luz de la normativa y jurisprudencia comunitaria así como a los dictámenes y resoluciones de las Juntas Consultivas de Contratación y los Tribunales de recursos contractuales, se habían excluido algunas prestaciones sanitarias del ámbito del contrato de gestión de servicio público, incluyéndolas en el contrato de servicios. Y ello incluso antes de la entrada en vigor de la LCSP. En este sentido, tanto a la normativa comunitaria, en origen (Directiva 2014/23/UE y Directiva 2014/24/UE) como a su posterior de trasposición al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector Público), establecen un nuevo

marco jurídico consistente, básicamente, en que la “concertación” de servicios sanitarios que no impliquen transferencia de riesgo operacional al contratista se debe articular a través de un contrato de servicios (Directiva 2014/24/UE). Si concurre esa transferencia del riesgo operacional al contratista, el contrato sería un contrato de concesión de servicios, (Directiva 2014/23/UE). Pero, además, ambas Directivas establecen un régimen especial y más flexible para los “servicios especiales”, entre los que se incluye el servicio sanitario. Al hilo de ello, la LCSP suprime el contrato de gestión de servicios y lo sustituye por la concesión de servicios y el contrato de servicios a los ciudadanos. La transferencia o no al contratista del riesgo operacional se configura como el criterio clave de distinción entre ambos contratos. Entonces, surge la duda de si la figura del concierto ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico o si puede considerarse vigente mediante la aplicación de la normativa sectorial sanitaria.

Por tanto, la doctrina ha señalado que esta cuestión parece conducir a que los conciertos sanitarios se pueden mantener, ajustándose a lo dispuesto para el contrato de servicios (a excepción de lo establecido en la DA decimonovena, para conciertos celebrado por las Mutualidades), subsistiendo como modalidad contractual diferenciada, conforme a lo dispuesto en la LCSP⁸.

Respecto a los **convenios especiales**, la regulación contenida en los arts. 89-90 de la LGS no entra en colisión con la LCSP, ni con las Directivas. Tampoco es un problema la preferencia que se da a los centros o establecimientos de los que sean titulares entidades que no tengan carácter lucrativo, puesto que esto ya ha sido admitido por la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 11 de diciembre de 2014, Croce Rossa Italiana, as. C-113/13; STJUE de 28 de enero de 2016, Casta y otros, as. C-50/14), incluso para casos de adjudicación directa sin publicidad.

La doctrina ha señalado que estos convenio se pueden calificar como resoluciones administrativas necesitadas de aceptación y no como contratos implica que el marco jurídico aplicable es la de la legislación administrativa general (hoy Ley 39/2015 y 40/2015, en su caso) y no la legislación vigente en materia de contratación pública⁹.

⁷ Domínguez Simón, A.: “El contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto” Revista derecho y salud, Volumen 21, Extraordinario XIX Congreso.

⁸ Cueto Pérez, M., “La continuidad del concierto sanitario tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en *Libro Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, 2018.

⁹ Bauzá Martorell, F.J.: Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención El artículo se publicó en el número 48 de la Revista General de Derecho Administrativo (Yuste, mayo 2018). Domínguez Martín, M.: “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público”. Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, enero 2019).

III.1. La acción concertada sanitaria no contractual

La LCSP ha regulado una nueva forma de concertar prestaciones sanitarias al margen de las tradicionales figuras de concierto y convenios sanitarios. Por ello, cabe pensar que algunas de las prestaciones sanitarias incluidas en los tradicionales contratos de gestión de servicio público y convenios especiales se trasladen a la denominada acción concertada mediante “fórmulas no contractuales” previstas en la actual LCSP

Pero, dicho esto, nos preguntamos ¿qué alcance jurídico tiene el nuevo concepto de acción concertada sanitaria?, ¿es lo mismo que la concertación sanitaria tradicional?, ¿competencia para su regulación?, ¿es una vía para huir de la aplicación de las normas básicas de contratación pública? ¿estamos ante una nueva forma de gestión al margen de la vía directa o indirecta tradicionales? ¿las CCAA regulan la acción concertada de forma similar? ¿existen una característica común?¹⁰ Seguidamente trataremos de dar respuesta a estas en la medida que avancemos en su análisis. A tales efectos, debemos partir de las siguientes premisas básicas:

En primer lugar, la doctrina ha señalado que expresión de la “Administración concertada” se ha utilizado para referirse a un conjunto de relaciones en las que intervienen las entidades públicas no a través de una decisión unilateral que impongan a su destinatario, sino a través de una relación de cierta bilateralidad, negociando con los agentes económicos y sociales privados y, por tanto, buscando un equilibrio entre los intereses respectivos. Con el concierto se pretende facilitar la asistencia sanitaria a través de determinadas entidades concertadas que son quienes llevan a cabo las prestaciones sanitarias¹¹.

En segundo lugar, tanto la jurisprudencia del TJUE como la Exposición de Motivos de la LCSP señalan la posibilidad de que los contratos de prestaciones personales de carácter sanitario se excepcionen de las reglas de la concurrencia propias de un contrato típico de servicios. La libertad para “organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos

los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”.

En tercer lugar, las comunidades autónomas han comenzado a utilizar estas fórmulas no contractuales y se está desarrollando un importante movimiento legislativo autonómico orientado a definir la acción concertada como un negocio excluido de la normativa de contratación pública. Hay que tener en cuenta que la regulación autonómica que pueda aprobarse en este sentido debe ser muy respetuosa con la regulación del Estado. Es común en esta normativa autonómica conceptuar la acción concertada como una vía de gestión o producción de servicios diferente a la gestión directa e indirecta, pero complementaria a éstas, y que se aplica sobre los servicios de carácter personal y no económico como son los servicios sanitarios. Y, además, es un tipo de instrumento de gestión que no exige cuotas o importes mínimos o máximos a cumplir¹².

En cuarto lugar, el apartado 6 del art. 11 de la LCSP excluye de su ámbito de aplicación la “prestación de servicios sociales” por entidades privadas¹³. La prestación de los servicios sociales se puede llevar a cabo a través de fórmulas no contractuales, siempre que quede garantizado que todos los operadores o prestadores que cumplan los requisitos puedan acceder a este régimen, prestar los servicios y, en su caso, obtener la financiación que se haya fijado, bien de la Administración, bien del usuario. La ley se refiere únicamente “servicios sociales”, pero, en coherencia con las Directivas y con lo afirmado en la Exposición de Motivos de la propia LCSP, esa referencia a los servicios sociales debe entenderse en sentido amplio, incluyendo también los servicios sanitarios¹⁴.

El fundamento jurídico de esta exclusión de la normativa de contratación pública se encuentra en las consideraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a los procedimientos de adquisición de bienes y servicios. En concreto, para construir este concepto se basa en los siguientes fundamentos:

¹⁰ Arratibel Arrondo, José Antonio: Límites jurídicos a la huida del Derecho Público de los entes instrumentales del Sistema Nacional de Salud”. Noticias jurídicas. com, 2007.

¹¹ Lazo Vitoria, X.: El “Concierto social” tras las Directivas Europeas de contratación pública de 2014. Modelos autonómicos para la prestación de servicios a las personas. Jornada: La Prestación de Servicios Públicos por las entidades sociales como motor de transformación social. Pamplona, 21 de octubre. (2016).

¹² Martín Martín J.J. “Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias”. Fundación Alternativas. Documento de Trabajo 14. (2003). 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. Civetas, Madrid 1996. Arratibel Arrondo, José Antonio: “El nuevo régimen jurídico de gestión del sistema nacional de salud y del sistema sanitario vasco”, en Revista Vasca de Administración Pública, n. 56, 2000.

¹³ Esta regulación está literalmente tomada de la regulación de los llamados “contratos a las personas” incluida en las Directivas de contratación (Considerando 54 Directiva 2014/23, Considerando 114 Directiva 2014/24 y considerando 120 Directiva 2014/25).

¹⁴ Domínguez Martín, M.: “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público”. Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, enero 2019).

En primer lugar, la admisión como proveedor a todo operador económico que cumpla los requisitos previamente establecidos por la administración; a sensu contrario, señala que “la elección de una oferta –y, por tanto, de un adjudicatario- es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de contratos públicos que se establece mediante la Directiva 2004/18) y, por consiguiente, al concepto de contrato público¹⁵.”

En segundo lugar, lo determinante es que todos los operadores puedan concurrir en condiciones de transparencia (publicidad) e igualdad de trato y, además, que la admisión o selección se sustente en la apreciación de la aptitud de los operadores y no en criterios de adjudicación que lleve a competir entre ellos¹⁶.

En definitiva, estas fórmulas no contractuales se pueden fundar en “condiciones de aptitud” (art. 65 LCSP), pero no en “criterios de adjudicación” (art. 145 LCSP). Incluso, es posible que el poder adjudicador formalice la relación con aquellos que cumplan los requisitos mediante un contrato que, sin embargo, por su origen no selectivo ni concurrencial, queda excluido del ámbito de la normativa de contratación pública¹⁷.

Por tanto, la primera conclusión que obtenemos es que el ordenamiento jurídico español permite excluir de la categoría de contrato público a ciertas prestaciones de servicios sanitarios, siempre que se den los requisitos que acabamos de relacionar.

En quinto lugar, el principio de reserva a entidades sin ánimo de lucro. Otros supuestos de exclusión de la

normativa de contratación pública los encontramos en la adjudicación directa de estos “contratos” de prestaciones sanitarias a entidades sin ánimo de lucro.

En este sentido, la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP regula la “reserva de ciertos contratos de servicios de salud a determinadas organizaciones”. Señala que los órganos de contratación de los poderes adjudicadores podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter sanitario salud que enumera el Anexo IV¹⁸.

El fundamento jurídico de esta reserva se encuentra en las consideraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la prestación de servicios no económicos de interés general a las personas¹⁹. En concreto, para construir este concepto se basa en los siguientes fundamentos:

A).- Se admite la colaboración con entidades sin ánimo de lucro como instrumento para la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, controlando los costes de los servicios a las personas, siempre que estas entidades “no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros.”

B).- Se determina que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que permite a las autoridades atribuir la prestación de servicios mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, “siempre que el marco le-



¹⁵ (STJUE de 2 de junio de 2016, C-410/14 y STJUE de 1 de marzo de 2018, C-9/17).

¹⁶ (STJUE de 1 de marzo de 2018, C-9/17).

¹⁷ Villar Rojas, E.J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. en Anuario de Derecho Municipal 2017, Instituto de Derecho Local-UAM, núm.11, Madrid 2018, pág. 96.

¹⁸ Bajo los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14).

gal y convencional en el que se desarrolla la actividad de estos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria”.

C.- Si se da ese marco legal nacional que fijen los límites dentro de los que pueden desarrollarse esas actividades, los órganos de contratación sanitarios no están obligados “en virtud del Derecho de la Unión a comparar previamente las propuestas de diversas asociaciones”, sin perjuicio de “que estas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas”.

Como ya he avanzado que esta doctrina fue acogida en el ordenamiento jurídico español al regular la reserva de ciertos contratos de servicios de salud a determinadas organizaciones (DA 48ª LCSP). No obstante, las organizaciones deben cumplir las condiciones siguientes:

a) Su objetivo: realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios sanitarios.

b) Los beneficios: deben reinvertirse con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios deberán realizarse con arreglo a criterios de participación.

c) Las estructuras de dirección o propiedad de la organización: se han de basar en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.

d) El poder adjudicador: no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

Además, el procedimiento de adjudicación debe cumplir las siguientes limitaciones:

La duración máxima del contrato que se adjudique no excederá de tres años.

En el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación se hará referencia expresa a la DA 48ª LCSP.

III.2 Instrumentos no contractuales para la prestación de servicios sanitarios

Las prestaciones sanitarias directas a los ciudadanos son competencia, fundamentalmente, de las Comunidades Autónomas, que han asumido la gestión de los servicios de asistencia sanitaria²⁰. En este sentido, la capacidad de autoorganización de las prestaciones sanita-

rias de las Comunidades Autónomas está supeditada a las bases estatales en materia de contratación pública.

La Disposición adicional cuadragésima novena de la LCSP 2017 dispone que “lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”.

Las regulaciones jurídicas por parte de las CCAA indican que el instrumento a utilizar se puede denominar de diversas formas: acuerdos de acción concertada, o concierto social sujeto a entidades sin ánimo de lucro. En todo caso, estos instrumentos de gestión permiten a las administraciones públicas que se relacionen con agentes que no están en el mercado en la prestación de servicios personales, y que sean retribuidos mediante módulos, que sólo cubren los costes fijos, variables y permanentes (sin incluir el beneficio industrial). Esta tercera vía de gestión está siendo desarrollada y potenciada por las regulaciones específicas de las CCAA sobre todo en las leyes de servicios sociales por estas entidades a través de convenios y conciertos²¹.

Con respecto a su desarrollo en el ámbito de las prestaciones de carácter sanitario ha sido mucho más limitada. En este sentido, puede resultar interesante realizar un análisis prospectivo de este marco regulatorio, del que se alumbran, a mi juicio cuatro grupos de CCAA que están dado lugar a la implantación de una regulación de la acción concertada sanitaria:

El primero, estaría integrado por aquellas CCAA que han regulado aspectos de la acción concertada en el ámbito sanitario: Aragón, Valencia, País Vasco, Navarra y Extremadura.

En el segundo están aquellas CCAA que no han culminado su reforma legislativa, pero cuenta con proyectos normativos y/o se encuentran en fase de debate parlamentario: Madrid y Cataluña.

En tercer lugar, aquellas que han regulado la acción concertada solo en el ámbito social y que entendemos fácilmente adaptable al ámbito sanitario: Andalucía, Asturias, Baleares, Murcia, Castilla-La Mancha y Galicia.

Por último, los que no han regulado la acción concertada: Canarias, Cantabria, Castilla-León, La Rioja, Ceuta y Melilla²².

²⁰ El Tribunal Constitucional (STC 84/2015, de 30 abril) declaró la inconstitucionalidad del art. 63 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, al considerar que la preferencia que este precepto otorga a las sociedades de profesionales, compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud es contraria a la legislación básica del Estado vigente en ese momento en materia de contratos y concesiones administrativas, lo que vulnera el art. 149.1.18 CE, en concreto, la reserva de ley estatal para determinar las bases de los contratos y concesiones administrativas.

²¹ Ciriza, L. y Purroy, E. “La colaboración de las entidades de iniciativa social en la prestación de servicios sociales: análisis comparado de las leyes de servicios sociales”. Revista Española del Tercer Sector, 14: 159-165. (2010).

²² Canarias. Se encuentra en la fase de elaboración de proyecto de Ley de Servicios Sociales para coger el desarrollo normativo de concierto social. No hay nada legislado sobre el ámbito sanitario.

No obstante, se ha dado cierta contestación por parte de algunos agentes sociales, Asociaciones y Federaciones Empresariales que plantean que esas normativas pueden vulnerar preceptos constitucionales (libre circulación de servicios y de apertura a la competencia). En ese sentido, estos colectivos han planteado recursos de inconstitucionalidad contra las normativas de acción social en materia servicios sanitarios y que podrían obligar a cambiar las normativas implantadas para incluir a todo tipo de entidades privadas en los conciertos sociales (casos de Aragón y C. Valenciana)²³.

Del mismo modo, la doctrina ha señalado que una Ley autonómica de acción concertada que excluya a una parte del sector sanitario, sin más justificación que la existencia de lucro en sus actividades, es contraria a los principios del derecho europeo y español de competencia y transparencia. Esa opción, además, no encuentra respaldo en las previsiones de la LCSP sobre acción concertada. Igualmente, una Ley que atienda a la acción concertada sobre el único criterio de ausencia de lucro es contraria al derecho europeo. Y, en consecuencia, los actos derivados de dicha Ley serían, en tanto esconden un contrato público, perfectamente impugnables²⁴.

Seguidamente vamos a analizar la legislación vigente en las CCAA, así como aquellas que se encuentran en fase de proyectos normativo (primero y segundo de los grupos de clasificación establecidos más arriba) con el fin de extraer las notas características de la naturaleza jurídica de la nueva acción concertada sanitaria.

A). ARAGÓN

Hay que señalar que la CA de Aragón legisló con anterioridad a la LCSP instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter sanitario mediante la publicación de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.

Su exposición de motivos clarifica expresamente que la base legal se encuentra en la Directiva 2014/24/UE, que ha producido efectos una vez concluido el plazo de transposición sin que el Estado haya aprobado la correspondiente LCSP. Afirma expresamente que la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas como el sanitario. En concreto se basa en los siguientes considerandos de la Directiva: Considerando 6: “los servicios no económicos de interés general deben quedar exclui-

dos del ámbito de aplicación de la presente Directiva”; y, Considerando 114 que reconoce expresamente en relación con los servicios a las personas (sanitarios) que las Administraciones públicas competentes por razón de la materia “siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”.

El contenido de la Ley es muy parco dejando a su desarrollo reglamentario (Decreto 62/2017, de 11 de abril al que luego haremos referencia) la regulación de los procedimientos de acceso a la acción concertada sanitaria, la ley consta de únicamente de nueve artículos (objeto, prestación de servicios a las personas, concepto y régimen general de la acción concertada, principios generales de la acción concertada, procedimientos de concertación y criterios de preferencia, formalización y efectos, limitaciones a la contratación o cesión de servicios concertados, extinción y resolución de conflictos). Además, cuatro disposiciones de las cuales destacamos las seis finales y, en particular, la Disposición final segunda que modifica el texto refundido de la Ley del Servicio Aragonés de Salud aprobado mediante Decreto Legislativo 2/2004, de 30 de diciembre, del Gobierno de Aragón para adecuar los conciertos para la prestación de servicios sanitarios a la nueva acción concertada.

Las características más importantes de esta Ley, a nuestro juicio, son las siguientes:

En primer lugar, su objeto es establecer las medidas necesarias para la aplicación del régimen de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter sanitario.

En segundo lugar, prevé las siguientes modalidades de gestión de las prestaciones sanitarias: a) Mediante gestión directa o con medios propios) Mediante gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público) Mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro.

En tercer lugar, define los acuerdos de acción concertada (art. 3), como instrumentos organizativos de naturaleza no contractual.

²³ “ASPE considera inconstitucional excluir a la empresa privada de los conciertos sanitarios”. Acta sanitaria, 05-06-2017. “ASPE pide la inconstitucionalidad de la Ley que excluye a entidades con ánimo de lucro de los conciertos” iSanidad. 9 junio, 2017.

²⁴ Gimeno Feliú, J.M.: “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. condicionantes europeos y constitucionales” Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 52, Zaragoza, 2018, p. 61



En cuarto lugar, establece los principios generales de la acción concertada; Subsidiariedad, Solidaridad, Igualdad, Publicidad, Transparencia, No discriminación, Eficiencia presupuestaria, Intencionalidad social y ambiental, participación de usuario en la prestación y evaluación de los servicios y Calidad asistencial.

En quinto lugar, establece el procedimiento de concertación y los criterios de preferencia.

En sexto lugar, regula la formalización (documento administrativo) y efectos de los acuerdos de acción concertada (prohibición de percibir pagos usuarios).

En séptimo lugar, establece limitaciones a la contratación o cesión de servicios concertados, las causas de extinción y procedimiento de resolución de conflictos del concierto.

Con posterioridad se publicó el Decreto 62/2017, de 11 de abril, del Gobierno de Aragón, sobre Acuerdos de Acción Concertada de Servicios Sanitarios y Convenios de Vinculación con Entidades Públicas y Entidades sin Ánimo de Lucro

El objetivo fundamental de esta norma es articular la acción concertada y regular los convenios de vinculación y los conciertos para la prestación de servicios sanitarios que se contemplan en los artículos 31 y 32 de la Ley del Servicio Aragonés de Salud, como fórmulas diferenciadas de las modalidades de contratación pública utilizables para la gestión de un servicio público con medios ajenos a la propia Administración, restringiendo su aplicación al conjunto de entidades sin ánimo de lucro.

²⁵ A la fecha de elaborar este trabajo se está tramitando el Acuerdo de atención en dispositivos asistenciales para personas con enfermedad mental en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Se regulan con detalle los servicios y prestaciones sanitarios objeto de concertación, Modalidades, Requisitos, Criterios, procedimiento de tramitación, Contenido necesario de los instrumentos de concertación, Sistema de pago, Revisión de las condiciones económicas, Incompatibilidades con subvenciones y ayudas, Duración, Causas de extinción y Garantías de cumplimiento, entre otros.

Se han formalizado hasta la fecha tres acuerdos de acción concertada para prestaciones sanitarias, esto es: Acuerdo de acción concertada para la atención en dispositivos asistenciales de carácter residencial para enfermos de sida en la Comunidad Autónoma de Aragón. (Acuerdo formalizado 01/11/2017); Acuerdo de acción concertada para la rehabilitación e inserción psicosocial y laboral de los pacientes con trastorno mental grave en la Comunidad Autónoma de Aragón. (Acuerdo formalizado 12/06/2018); Convenio de Vinculación para la integración del Hospital de San Juan de Dios de Zaragoza en la red pública sanitaria del Servicio Aragonés de Salud. (Convenio firmado el día 27/12/2018)²⁵.

B). VALENCIA

La **Generalidad Valenciana** mediante la Ley 7/2017, de 30 de marzo, reguló la Acción Concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario. Al igual que la Ley Aragonesa su exposición de motivos clarifica su base legal y su justificación se encuentra en la falta de trasposición de la Directiva

2014/24/UE, de 26 de febrero, al ordenamiento jurídico español. Trae a colación tanto la capacidad de organización de la prestación de servicios no económicos de interés general a las personas, reconocida por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como la reciente normativa europea sobre contratación, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14). En esta última se admite la colaboración con entidades sin ánimo de lucro autorizada, por la legislación de los estados miembros, como instrumento para la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, controlando los costes de los servicios a las personas siempre que estas entidades *“no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros”*.

El contenido de la Ley es más extenso que la Ley aragonesa, aunque, básicamente, regula los mismos aspectos de la acción concertada y, también prevé un desarrollo reglamentario que no se ha dado hasta la fecha. La ley consta de únicamente de dieciséis artículos (objeto, prestación de servicios a las personas, concepto y régimen general de la acción concertada sanitaria, principios generales de la acción concertada sanitaria, Régimen de la acción concertada para la prestación de servicios sanitarios, Requisito de las entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, Procedimientos de concertación para la prestación de servicios sanitarios y criterios de selección, formalización y efectos, Financiación, Obligaciones de las entidades, Pago del coste de la acción concertada, Inspección y control, limitaciones a la contratación o cesión de servicios concertados, Modificaciones de la acción concertada, extinción y resolución de conflictos). Además, dos disposiciones (una derogatoria y otra final).

La estructura y contenido de la ley es, por tanto, muy similar a la ley Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada de Aragón. En ese sentido, únicamente haremos seguidamente manion a lagunak de los características específicas de la norma valenciana:

En primer lugar, su objeto es establecer las medidas urgentes necesarias para la puesta en funcionamiento del régimen de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter sanitario.

En segundo lugar, prevé las siguientes modalidades de gestión de las prestaciones sanitarias: mediante gestión directa o con medios propios; mediante la gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público; mediante acuerdos de acción concertada con entidades

públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro no vinculadas o creadas ad hoc por otra empresa o grupo de empresas con ánimo de lucro.

En tercer lugar, la característica más destacable de la regulación en materia de concertación de prestaciones sanitarias es la remisión expresa que hace a la consellería competente en materia de sanidad. En este sentido, define los acuerdos de acción concertada como instrumentos organizativos de naturaleza no contractual a través de los cuales la consellería competente en materia de sanidad podrá organizar la prestación de servicios de carácter sanitario cuya financiación, acceso y control sean de su competencia, ajustándose a los principios de subsidiariedad, solidaridad, igualdad, publicidad, transparencia, no discriminación y eficiencia presupuestaria,

Además, debe fijar a través de condiciones administrativas y técnicas, los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a la acción concertada, así como sus condiciones económicas, atendiendo a tarifas máximas o módulos, revisable periódicamente, que retribuyan como máximo los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones, garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, sin incluir beneficio industrial.

En cuarto lugar, establece los requisitos generales que deben cumplir las entidades que se quieran acoger al régimen de acción concertada y el procedimiento de concertación, sin perjuicio de la concreción por la consellería competente de los procedimientos específicos.

En quinto lugar, establece limitaciones a la contratación o cesión de servicios concertados, la Inspección (funciones inspectoras y sancionadoras de la administración sanitaria), control de carácter financiero, el régimen jurídico de las modificaciones de la acción concertada, las causas de extinción y procedimiento de resolución de conflictos del concierto.

Se han formalizado hasta la fecha tres convocatorias de acción concertada para prestaciones sanitarias, esto es: Resolución de 31 de mayo de 2017, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, para la convocatoria de la acción concertada para la prestación asistencial integral oncológica. Resolución de 2 de junio de 2017, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se convoca la acción concertada para la gestión, organización y tramitación de los desplazamientos de personas en tratamiento de la enfermedad renal crónica avanzada mediante hemodiálisis, Resolución de 4 de julio de 2017, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se convoca la acción concertada para la prestación del servicio de carácter sanitario

correspondiente al Programa de prevención de cáncer de mama.

C) NAVARRA

Navarra reguló la acción concertada en el ámbito sanitario a través de la Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales. Hay que recordar las peculiaridades de Navarra derivadas de su régimen foral y que se materializan en las competencias, conforme a la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, para regular tanto los contratos administrativos, como los distintos ámbitos sectoriales que se corresponden con los servicios de interés general como son los servicios sanitarios.

No obstante, al igual que la norma aragonesa y valenciana, su exposición de motivos ya señala que el derecho europeo prevé la posibilidad de reservar la prestación de los servicios de interés general (sanitario) de atención directa a las personas a entidades sin ánimo de lucro, siempre que sea en un marco en que se preserven las finalidades de solidaridad y eficiencia presupuestaria y no comporte una alteración de la competencia.

Además, recuerda que en cuanto a los servicios de interés general, el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Protocolo n.º 26, interpretativo de las disposiciones sobre los mismos, reconocen expresamente la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico, sin que ello afecte a las disposiciones de los Tratados y, en este sentido, trae a colación el Considerando n.º 6 de la Directiva 2014/24/UE, señalando que estos deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva y, por tanto, al margen de la regulación sobre contratación pública.

El contenido de la Ley es similar a las analizadas anteriormente y básicamente, regula los mismos aspectos de la acción concertada sanitaria si bien regula algunas peculiaridades de desarrollo de la ley foral referidas al ámbito específico de salud. La ley foral consta de once artículos, (objeto y principios, Requisitos para poder ser adjudicatarias de los conciertos, Servicios objeto de concierto, Condiciones de los conciertos, Procedimientos de adjudicación, Criterios de adjudicación. Duración y ejecución de los conciertos, Cláusulas sociales Incumplimientos y extinción de los conciertos. Evaluación de los conciertos, Régimen supletorio). Además, tres disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias y dos disposiciones finales que prevén, además de la entrada en vigor del texto, la habilitación normativa a los Consejeros competentes para dictar los desarrollos

reglamentarios que no se ha dado hasta la fecha. Tal habilitación se debe, por un lado, a la completa regulación de las diferencias con el régimen contractual convencional y su régimen supletorio, así como a las peculiaridades de desarrollo de la ley foral referidas al ámbito específico de salud o servicios sociales.

Siguiendo el método expositivo anterior, haremos especial referencia a la peculiaridad de la acción concertada en Navarra ya que en gran medida son similares a las contenidas en la norma anteriormente citada de Aragón y Valencia.

En primer lugar, en uso de las competencias que tiene Navarra, la ley foral articula un régimen específico para posibilitar la gestión indirecta de servicios sanitarios, a través de conciertos sociales y, por tanto, al margen de la regulación sobre contratación pública, en colaboración con entidades sin fines lucrativos capacitadas para prestar los servicios sin incremento de costes respecto a otras formas de gestión.

En segundo lugar, delimita los casos en los que estos conciertos pueden suscribirse y define con claridad las características que han de cumplir las entidades para ser consideradas entidades sociales sin ánimo de lucro y acogerse a los mismos. Se trata de evitar de esta forma posibles desviaciones en la correcta utilización de esta fórmula.

En tercer lugar, se establece el carácter subsidiario y complementario de esta prestación indirecta de servicios públicos a través de los conciertos sanitarios. El nuevo régimen se acompaña además de cautelas para que esta forma de gestión no evite ni ralentice el proceso de reasunción de servicios que se hayan externalizado y puedan recuperarse para su gestión pública directa.

En cuarto lugar, los conciertos sanitarios pretenden ser también una alternativa a las subvenciones u otras formas de financiación. Se pretende reconocer así aportación de recursos humanos, económicos y materiales, además de la experiencia en la atención que las entidades de iniciativa social vienen realizando al sistema sanitario, abriendo para el futuro nuevas oportunidades de colaboración entre la Administración Pública y la sociedad civil.

En quinto lugar, establece un procedimiento de adjudicación de los conciertos sanitarios con un sesgo marcadamente contractual.

1. Establece tres tipos de procedimientos de adjudicación: a) En supuestos tasados de forma directa (para garantizar la continuidad asistencial de las personas y en los mismos supuestos en que cabría optar por adjudicar mediante procedimientos sin publicidad ni concurrencia los contratos públicos,); b) Sin publicidad en los

mismos supuestos en los que cabría optar por adjudicar mediante procedimientos sin publicidad pero con concurrencia los contratos públicos (mínimo de tres ofertas); y c) Con publicidad, el resto de conciertos.

2. Criterios de adjudicación: unos de carácter obligatorio (diferencia retributiva del personal que la entidad se comprometa a adscribir al concierto respecto al personal de la categoría profesional de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra) y otros preferentes (años de experiencia, implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio, valor técnico de la oferta, formación específica, mejora de los mínimos en materia de igualdad y conciliación, valoración de las personas usuarias, carácter integral de la atención, trabajo en red con otras entidades en la gestión de prestaciones y servicios análogos, buenas prácticas sociales, adecuación del perfil lingüístico del personal).

3. Cláusulas sociales, en relación con las condiciones del personal de la entidad prestadora del servicio y mediante condiciones de ejecución, potenciando al máximo la consecución de objetivos sociales, y conforme a los criterios generales que en su caso se establezcan para su aplicación en la contratación pública.

4. *Régimen supletorio*. En caso de dudas o lagunas se estará a las reglas y principios de la legislación foral sobre contratación pública compatibles con esta modalidad de gestión y, en su caso, la normativa sanitaria para los conciertos de este ámbito sectorial.

Por último, los conciertos son compatibles con los convenios singulares de vinculación en los términos regulados por el artículo 66 y siguientes de la LGS. Además, establece que a los convenios singulares de vinculación y a los conciertos sanitarios previstos en la normativa sanitaria les será de aplicación la ley foral en todo lo que no se oponga a lo establecido en la citada normativa.

D) EUSKADI

La denominada acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter sanitario, a través de entidades privadas sin ánimo de lucro se extiende a la CA de Euskadi de forma limitada mediante la publicación de del Decreto 127/2018, de 4 de septiembre, sobre requisitos y procedimiento para la suscripción de convenios específicos de vinculación con centros sanitarios de titularidad privada, sin ánimo de lucro, para la provisión de servicios sanitarios. La norma ha sido publicada con posterioridad a la transposición de la Directiva 2014/24/UE que recoge la posibilidad de prestación de servicios sanitarios bajo fórmulas excluidas del marco general de contratos de las administraciones públicas. La propia norma configura la acción concertada como

un instrumento organizativo de naturaleza no contractual, adoptando (en este caso) la forma de convenio.

El contenido de la norma es muy pormenorizado, quizá por que regula, únicamente, una de las figuras posibles de la acción concertada, esto es, bajo la forma de convenio singular. Consta de 29 artículos (Objeto, integración con los servicios sanitarios de titularidad pública, *régimen de funcionamiento de los centros sanitarios vinculados*, titularidad de las instalaciones del centro sanitario, titularidad de las relaciones laborales, requisitos de los centros sanitarios para solicitar la vinculación, tramitación electrónica de los procedimientos, autorización del Consejo de Gobierno, aprobación y suscripción, financiación de las actividades del centro vinculado, determinación del presupuesto anual, facturación mensual, información mensual, regularización anual al cierre del ejercicio, financiación de las inversiones, adquisición de bienes y servicios de cualquier naturaleza, incompatibilidades para la obtención de subvenciones, terceras personas responsables del pago de la actividad asistencial, órganos de gobierno del centro sanitario vinculado: órgano rector -funciones, composición y régimen de funcionamiento- y director/a del centro sanitario vinculado, representación equilibrada y régimen de cooficialidad, contenido del convenio, acceso a las historias clínicas, causas de extinción y resolución de incidencias). Además, dos disposiciones transitorias, una disposición final y una derogatoria.

Las peculiaridades más importantes que aporta la normativa vasca a la acción concertada, en nuestra opinión, son las siguientes:

En primer lugar, se reconoce expresamente que la normativa sobre la que se sustenta se encuentra en la "*posibilidad de prestaciones de servicios sanitarios bajo fórmulas excluidas del marco general de contratos de las administraciones públicas prevista en la Directiva 2014/24/ UE que ha sido traspuesta mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*".

En segundo lugar, al margen de los mecanismos contractuales, el Decreto pretende desarrollar otra herramienta, denominada convenio de vinculación, cuya finalidad es la configuración de un mecanismo de colaboración entre el sector público y privado mediante la integración organizativa de sus recursos para una utilización más eficaz y eficiente de los mismos.

En tercer lugar, la finalidad es la integración organizativa y operativa de los centros vinculados al objeto de optimizar la utilización de los recursos sanitarios y atender las necesidades asistenciales detectadas en áreas previamente calificadas como prioritarias en el Plan de Salud vasco.

En cuarto lugar, el objeto no es comprar prestaciones sanitarias sino regular la integración de determinados centros prestadores de la actividad asistencial en la red asistencial pública, de tal modo que a los referidos centros integrados se les aplica un régimen de organización y funcionamiento similar al de los centros de titularidad pública. Así mismo, los centros vinculados quedarán sujetos a un régimen de control financiero, de gestión, de sistema de admisión, de garantía de derechos y de actividad asistencial similar a los centros de titularidad pública.

Hasta la fecha se ha suscrito un convenio de esta naturaleza para la prestación de servicios sanitarios oncológicos (convenio de vinculación, suscrito el 27-12-18, entre el departamento de salud y la fundación sin ánimo de lucro Onkologikoa Fundazioa)²⁶.

E) EXTREMADURA

Extremadura reguló la acción concertada en el ámbito sanitario a través Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura. Es la primera norma con rango de ley que se ha aprobado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP. La base legal sobre la que sustenta su exposición de motivos para construcción jurídica del concepto de acción concertada, en materia sanitaria, es la misma que la señalada para la ley aragonesa, valenciana y navarra (derecho comunitario al que nos remitimos). Además, ya se recoge expresamente la referencia a la disposición adicional cuadragésima novena de la LCSP (relativa a la competencia legislativa de las comunidades autónomas para emplear estos instrumentos de concertación en régimen de autorización al margen de la normativa de contratos para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter sanitario) y al apartado sexto del artículo 11 LCSP, que los excluye de su ámbito de aplicación.

El contenido de la Ley es muy similar a la leyes aragonesa y valenciana. Ley extremeña regula los mismos aspectos de la acción concertada y, también prevé un desarrollo reglamentario que no se ha dado hasta la fecha. La ley consta de únicamente de dieciocho artículos (objeto y ámbito de aplicación, concepto y régimen jurídico, principios generales, servicios y prestaciones objeto de concertación, requisitos de acceso al régimen de concierto social, régimen de concertación, procedimientos y criterios de preferencia, cláusulas sociales y ambientales, procedimientos

excepcionales de adjudicación directa, limitaciones en la concertación, planificación y financiación, libertad de pactos, formalización de los conciertos, duración, renovación y modificación, extinción de los conciertos, régimen de control, inspección y sanción, comisión de seguimiento, registros de organizaciones prestadoras de servicios concertados, resolución de conflictos. Además, cinco disposiciones adicionales (colaboración entre las diferentes administraciones públicas y sus entes públicos, incompatibilidad con subvenciones, compatibilidad con los convenios singulares de vinculación, exención del requisito de acreditación en supuestos excepcionales, régimen de acreditación e inspección), dos disposiciones transitorias (prórroga de conciertos vigentes), una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

La estructura y contenido de la ley es muy similar a las anteriormente citadas y por ello, nos deteneremos en las cuestiones más específicas de la norma extremeña:

En primer lugar, la figura de los conciertos sanitarios fuera del ámbito contractual se restaura incorporándola al marco legal de la CA de Extremadura para dotar de seguridad jurídica al régimen de conciertos en el ámbito sanitario.

En segundo lugar, se introduce la acción concertada sanitaria como fórmula indirecta de provisión de servicios en el ámbito de la atención sanitaria.

En tercer lugar, el régimen de conciertos como instrumento de colaboración entre las Administraciones públicas y las entidades sin ánimo de lucro, se sustenta en un principio básico: proporcionar a las personas la máxima calidad asistencial en la provisión de los servicios de atención sanitaria de responsabilidad pública para la consecución de objetivos de interés social.

En cuarto lugar, servicios y prestaciones objeto de concertación, requisitos de acceso al régimen de concierto social.

En quinto lugar, establece el régimen de concertación, procedimientos y criterios de preferencia. Salvo los supuestos de adjudicación directa, por el sistema de convocatoria pública y concurrencia. Los criterios que fija la Ley son básicamente: continuidad de la atención y calidad prestada a las personas usuarias ya atendidas, el arraigo del usuario, vínculo terapéutico, atención personalizada e integral, experiencia de la entidad, cuando no hubiera sido tomada en cuenta como requisito de acceso, cualificación y formación del equipo humano, características de los medios materiales adscritos, valoración de los usuarios i) La innovación asistencial o

²⁶ Publicado en el BOPV nº 15, de 22-01-10. (RESOLUCIÓN 169/2018, de 28 de diciembre, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Convenio de vinculación suscrito con la Fundación Onkologikoa Fundazioa, para la provisión de servicios sanitarios).

terapéutica en la prestación de servicios, participación personas usuarias, implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio.

En sexto lugar, establece un procedimiento excepcional de adjudicación directa (con carácter restrictivo) cuando sea preciso para garantizar la continuidad asistencial de las personas beneficiarias de servicios. También se establece, con carácter excepcional, la posibilidad de prorrogar un concierto con la entidad que venía prestando el servicio o formalizar una concertación directa cuando concurren circunstancias urgentes debidamente acreditadas de interés público que imposibiliten o retrasen la formalización o el mantenimiento de un concierto y por el tiempo estrictamente necesario hasta la formalización del concierto o normalización del servicio.

En séptimo lugar, se fijan limitaciones en la concertación, financiación (régimen de actualización de los precios o tarifas), formalización (documento administrativo y publicación), el régimen de control, inspección, sanción y conflictos, registros de organizaciones prestadoras de servicios concertados.

En octavo lugar, establece la compatibilidad con los convenios singulares de vinculación.

En noveno lugar, establece un *régimen supletorio a favor de la* normativa en materia de contratación pública. Por tanto, en lo no previsto en esta ley y en la normativa de desarrollo, para resolver las dudas y lagunas que se susciten serán de aplicación, en cuanto resulte compatible con la naturaleza de los conciertos, la normativa en materia de contratación pública.

F) PROYECTOS NORMATIVOS

1. MADRID

No ha regulado hasta la fecha mecanismos similares a los señalados anteriormente. No obstante, se encuentra en fase de trámite un Decreto sobre acción concertada sanitaria. Tal como se deduce del proyecto de norma y su documentación complementaria el objetivo es triple:

En primer lugar, la regulación del régimen jurídico aplicable a los acuerdos de acción concertada con entidades públicas o entidades privadas sin ánimo de lucro para la prestación a las personas de servicios de carácter sanitario con medios ajenos a la red propia del Servicio Madrileño de Salud.

En segundo lugar, ofrecer previsiones sobre qué servicios y prestaciones sanitarios pueden ser objeto de concertación, sus modalidades, los requisitos que se deben reunir para la formalización de conciertos y los criterios para la concertación.

Por último, determinar el procedimiento de tramitación de los acuerdos de acción concertada, así como el contenido necesario de los instrumentos de concertación.

Las características más importantes del proyecto son:

En primer lugar, se crean dos modelos de concierto sanitario: acuerdos de acción concertada, considerados como instrumentos organizativos de naturaleza no contractual, y convenios de vinculación de centros sanitarios a la red pública del Servicio Madrileño de Salud.

Los acuerdos de acción concertada podrán ser: de carácter singular (cuando se suscriban exclusivamente con una entidad pública o una entidad privada sin ánimo





de lucro, a la que se atribuye la completa prestación de un concreto servicio) y de carácter múltiple (cuando el acuerdo sea suscrito con una pluralidad de entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, en atención a la complejidad del servicio atendido).

Los convenios de vinculación de centros sanitarios a la red pública del Servicio Madrileño de Salud, considerados como instrumentos de gestión a través de los cuales un hospital, cuya titularidad corresponde a una entidad privada sin ánimo de lucro, queda vinculado a la red pública de atención sanitaria del Sistema de Salud de la Comunidad de Madrid.

En segundo lugar, estos convenios podrán realizarse para dos modalidades de asistencia: complementaria (cuando realicen parte de la cartera de servicios o de la actividad de uno o varios centros de la red pública de asistencia sanitaria), y, sustitutoria, (cuando el centro con el que se suscribe el convenio preste parte de la cartera de servicios del Sistema de Salud de la Comunidad de Madrid a una población determinada que queda adscrita a dicho centro).

En tercer lugar, se fijan criterios que se tendrán en cuenta para la concertación, entre los que se incluyen la implantación en la localidad o área geográfica en la que vaya a prestarse el servicio, los años de experiencia, la valoración de los usuarios y las buenas prácticas sociales.

Por último, introducen como posibles causas de la extinción del concierto la inviabilidad económica del titular del concierto, la negación a atender a los usuarios

derivados por la Administración u otras causas que prevea la normativa sectorial.

2. CATALUÑA

El Anteproyecto de ley de formas de gestión de la asistencia sanitaria financiada con fondos públicos a cargo del Servicio Catalán de la Salud ha puesto sobre el tapete el debate de cuál debe ser la fórmula de relación entre el financiador y comprador de servicios de salud y los diferentes proveedores.

El proyecto legislativo propone cuatro formas diferentes de relación:

1. El encargo de gestión para las entidades públicas vinculadas o dependientes del SCS que tienen la consideración instrumental de medio propio.
2. El convenio de cooperación para las entidades públicas en las que la participación del CatSalut es inexistente o minoritaria o incluso siendo mayoritaria el ente no puede tener por alguna circunstancia (participación de entidades privadas, por ejemplo) la consideración de medio propio.
3. El concierto sanitario para las entidades privadas sin afán de lucro y las que pueden ser consideradas de economía social.
4. El contrato público sometido a las reglas de la concurrencia para las entidades privadas con afán de lucro.

Y todavía hay una quinta fórmula que es el acuerdo de cooperación para ONG, asociaciones de voluntarios y otras entidades que no forman parte del SISCAT.

Las tres primeras y la quinta formas tienen en común que son fórmulas no contractuales, es decir no sometidas a la legislación de contratación pública, en base a la posibilidad que da la Directiva europea de contratación pública de 2014 a los Estados miembros de organizar libremente los servicios de atención a las personas (salud, servicios sociales y educación) de forma que no sea necesario celebrar contratos públicos siempre que se garanticen los principios de publicidad, transparencia y no discriminación.

IV. ELEMENTOS COMUNES EN LA REGULACIÓN DE LAS CCAA

Todas estas normas estatuyen elementos esenciales y básicos del nuevo concepto jurídico acción concertada para la prestación de servicios sanitarios. Del análisis que hemos efectuado de su naturaleza jurídica obtenemos las siguientes notas que van a caracterizar, en un futuro próximo, el desarrollo de esta nueva institución:

En primer lugar, regulación de la acción concertada y el sistema de fuentes. Se ex novo la denominada “acción concertada” como instrumento organizativo de naturaleza no contractual, a través de entidades privadas sin ánimo de lucro. Los acuerdos de acción concertada en el ámbito sanitario, son un instrumento organizativo de naturaleza no contractual a través del cual, las Administraciones Públicas Sanitarias competentes pueden organizar la prestación de servicios público de asistencia sanitaria.

En segundo lugar, su forma de gestión. La acción concertada de prestaciones sanitarias es una forma de gestión de servicios alternativa a la gestión directa o indirecta de los servicios públicos, no económicos, que realizan entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de las personas.

En tercer lugar, principio de subsidiariedad. La acción concertada permite garantizar el acceso a servicios sanitarios, cuando no existan medios propios suficientes o constituya una forma de gestión más idónea, debido al contenido de la prestación o a criterios de planificación.

En cuarto lugar, sistema previo reglado de homologación y acreditación. Los centros sanitarios pueden acceder al régimen de acción concertada las entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro prestadoras de servicios sanitarios previamente autorizadas por la Administración sanitaria.

En quinto lugar, principio garantista y formalista del proceso. Los acuerdos de acción concertada se formalizan a través de documento administrativo de concierto, y sólo pueden celebrarse con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro.

En sexto lugar, contenido mínimo del convenio. Básicamente contienen: la descripción de los servicios, de los recursos, y de las prestaciones que se conciertan y de los objetivos a conseguir; el régimen de acceso de los usuarios con cobertura pública que será gratuito; el coste de los servicios a concertar y la forma de pago; la duración del concierto y las causas de renovación o extinción; el procedimiento de evaluación; el régimen de inspección de los centros y servicios concertados y las consecuencias del incumplimiento.

En séptimo lugar, principio de publicidad. Las administraciones sanitarias de las CCAA tienen la obligación de dar publicidad a los acuerdos de acción concertada para la prestación de servicios de carácter sanitario que formalicen, con indicación, al menos, de las entidades firmantes, su objeto, duración inicial y eventuales prórrogas, importe de los servicios concertados, servicios complementarios autorizados y su importe, así como, en su caso, el régimen de contratación con terceros de las actuaciones concertadas. Asimismo, debe dar publicidad a los procedimientos en tramitación.

En octavo lugar, compatibilidad e incompatibilidad. La acción concertada es compatible con los conciertos sanitarios convenios de vinculación. Además, a estos convenios singulares de vinculación y a los conciertos sanitarios previstos en la normativa sanitaria les será de aplicación las normas de acción concertada en todo lo que no se oponga a lo establecido en la citada normativa. La acción concertada incompatible con el de subvenciones públicas para la financiación de idénticas actividades y servicios, a excepción de los servicios en que la Administración financia de forma parcial el servicio concertado.

En noveno lugar, el principio de supletoriedad jurídica. Establecen un régimen supletorio a favor de la normativa en materia de contratación pública. Por tanto, en lo no previsto en las leyes autonómicas o/y en su normativa de desarrollo, para resolver las dudas y lagunas que se susciten serán de aplicación, en cuanto resulte compatible con la naturaleza de los conciertos, la normativa en materia de contratación pública.

Por último, señalar que la filosofía que subyace en todas las normas es si un operador económico aspira legítimamente a obtener un lucro como consecuencia de su colaboración con la Administración pública en la prestación de servicios sanitarios, sólo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación. Únicamente desde la gestión solidaria, sin ánimo de lucro, de estas prestaciones permite la Ley colaborar con la Administración bajo la forma de acción concertada.

Tabla 1: Resumen normas jurídicas sobre acción concertada sanitaria por CCAA

CCAA NORMA	ARAGON	VALENCIA	NAVARRA	EUSKADI	EXTREMADURA
CCAA NORMA	Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. Decreto 62/2017, de 11 de abril, sobre Acuerdos de Acción Concertada de Servicios Sanitarios y Convenios de Vinculación con Entidades Públicas y Entidades sin Animo de Lucro	Ley 7/2017, de 30 de marzo, la Acción Concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario	Ley Foral 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales.	Decreto 127/2018, de 4 de septiembre, suscripción de convenios específicos de vinculación con centros sanitarios de titularidad privada, sin ánimo de lucro para la provisión de servicios sanitarios.	Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario
DEFINE	Instrumento organizativo de naturaleza no contractual a través del cual, las Administraciones Públicas pueden organizar la prestación sanitarias	Instrumentos organizativos de naturaleza no contractual a través de los cuales la consellería de sanidad podrá organizar la prestación sanitaria	Instrumentos organizativos que atienden a la consecución de objetivos sociales, y a través de los cuales las Administraciones Sanitarias podrán organizar la prestación a las personas de servicios de carácter sanitario	Mecanismo de colaboración entre el sector público y privado sin ánimo de lucro sanitario mediante la integración organizativa de sus recursos para una utilización más eficaz y eficiente de los mismos.	instrumento de gestión indirecta de provisión de servicios en el ámbito de la atención especializada, sanitaria.
OBJETO	Establecer conciertos para la prestación a las personas de servicios de carácter sanitario.	organizar la prestación de servicios sanitarios mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro, teniendo en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios.	gestión indirecta para la prestación de servicios sanitarios a través de conciertos con entidades que no tengan ánimo de lucro y no sujetándose a la normativa de contratación pública	suscripción de los convenios de vinculación con centros sanitarios de titularidad privada y sin ánimo de lucro	los servicios sociales especializados que formen parte de la cartera de servicios sanitarios de atención directa a las personas
FORMA	Documento administrativo con entidades que acrediten idoneidad para prestar los servicios.	Documento administrativo con forma y contenido reglado (derechos y obligaciones, características del servicio ya las condiciones técnicas	Documento administrativo de concesión directa , sin publicidad o con publicidad con entidades que acrediten idoneidad para prestar los servicios.	Documento administrativo de convenio, con forma y contenido reglado de mínimos.	Documento administrativo en el plazo de veinte días hábiles desde la notificación de la adjudicación, con forma y contenido reglado.
REQUISITOS	Remisión al Decreto 62/2017, de 11 de abril. Entidades sin ánimo de lucro acreditadas y registradas y cumplir obligaciones tributarias y seguridad social	Entidades sin ánimo de lucro acreditadas y registradas y cumplir obligaciones tributarias y seguridad social	Entidades sin ánimo de lucro acreditadas y registradas o entidades que asuman estatutariamente la reinversión y cumplir todas obligaciones de la legislación foral sobre contratos públicos	Entidades sin ánimo de lucro acreditadas y registradas y cumplir todas obligaciones de la legislación fiscal, laboral y social	Entidades sin ánimo de lucro acreditadas y registradas que tengan asumidas estatutariamente la reinversión en sus fines sociales y cumplir obligaciones tributarias, laborales y seguridad social
CRITERIOS	Implantación en la localidad o área geográfica, estructura, equipamiento y cartera de servicios del centro, años de experiencia, experiencia de trabajo en red con otras entidades, informes de auditoría públicas, valoración de los usuarios, certificaciones de calidad, continuidad en la atención, arraigo de la persona en el entorno, buenas prácticas sociales, medios y recursos suficientes.	Implantación en la localidad, años de experiencia, valoración de los usuarios, certificaciones de calidad, arraigo de la persona en el entorno, buenas prácticas sociales y de gestión de personal (plan de igualdad), otras como formación y experiencia de los profesionales.	Preferentemente: menor diferencia retributiva del personal respecto misma categoría Admón., implantación en la localidad, valor técnico de la oferta, experiencia de trabajo en red con otras entidades, valoración de los usuarios, arraigo de la persona en el entorno, buenas prácticas sociales perfil lingüístico del personal.	Procedimiento de homologación	Preferentemente: Implantación en la localidad, el vínculo terapéutico, atención personalizada e integral, experiencia de la entidad, valoración de los usuarios, características medios y recursos adscritos. , mecanismos para usuarios en la prestación y evaluación de los servicios cualificación y formación del equipo humano e innovación asistencial o terapéutica
DURACIÓN	No superior a 4 años prorrogables hasta los 10 años, Excepción en convenios por inversiones extraordinaria hasta 14 años.	No superior a 4 años prorrogables hasta los 10 años	duración inicial máxima 3 años, prorrogables por otros periodos de hasta 3 años, con un máximo total de 9 años, siempre que la evaluación haya resultado positiva. También es posible una duración inicial de 1 año, prorrogable por periodos anuales, hasta los 9 años con una evaluación positiva	Duración de tres años. El primer convenio podrá ser prorrogado tácitamente por periodo de un año (en este periodo debe procederse a la evaluación y revisión del mismo). Tras la citada revisión, podrá aprobarse un nuevo convenio cuya vigencia será de 3 años y sus prórrogas anuales operarán tácitamente, salvo denuncia de una de las partes con, al menos, seis meses de antelación a su finalización.	Duración inicial con carácter general no podrá ser inferior a 3 años y, no podrá ser superior a 4 años. Las renovaciones podrán efectuarse por periodos iguales o inferiores al periodo inicial de duración. En todo caso, la duración total (inicial y renovaciones) no podrá exceder de los 12 años, salvo que reglamentariamente se fije un límite inferior.

V. CONCLUSIONES

Primera. - Modificación del marco jurídico relativo a la concertación sanitaria. Supone la adquisición de prestaciones sanitarias por parte de la Administración Sanitaria al margen de las normas de contratación articuladas sobre la actualización del concepto de acción concertada. Es la normativa autonómica la que ha desarrollado la adecuación del concepto de “acción concertada”, que es considerada como una forma de gestión alternativa a la gestión directa o indirecta de los servicios públicos no económicos, que realizan entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de los servicios a las personas.

Este nuevo concepto jurídico se articula en base a criterios normativos, jurisprudenciales y doctrinales que han dado como resultado un corpus jurídico “coordinado” en las distintas CCAA. De esta manera, se ha determinado la naturaleza y las notas características comunes que configuran esta nueva forma de gestión.

Segundo. - Las normas de contratación del sector público anteriores (v. gr.: TRLCSP 3/2011), clasificó los sistemas de gestión pública-privada en tipo de gestión directa e indirecta. Las concesiones/conciertos eran instrumentos incluidos dentro de la gestión indirecta y en los contratos de gestión de servicios públicos. En esta normativa, la gestión directa sería aquella que la Administración pública ejerce a través de sus entes públicos, sin actuar a través de operadores del mercado, y en la que se haría frente a los costes totales ocasionados. La gestión indirecta sería básicamente la delegada a operadores que actúan en el mercado (entidades con ánimo de lucro) que incorporan al precio un beneficio industrial. En cambio, las entidades sin ánimo de lucro, en muchas ocasiones, se vieron relegadas a operar con las

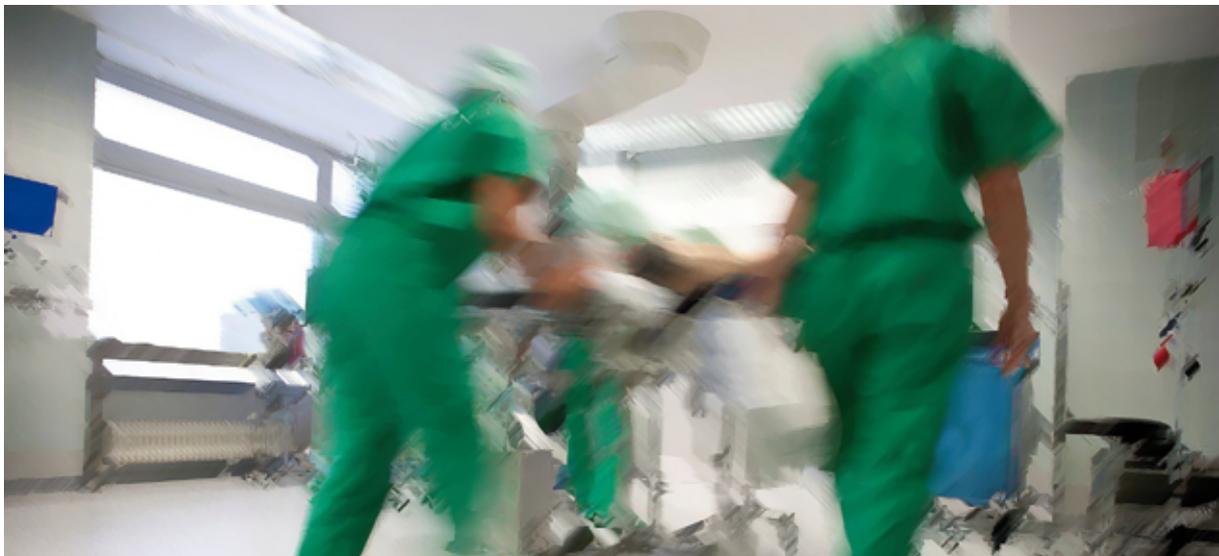
Administraciones Sanitarias fuera de estos mecanismos y a través de las subvenciones.

Tercero. - Junto a la legislación de contratos tanto la LGSS como la LGS también regularon la posibilidad de colaboración de sujetos privados en la prestación del servicio público sanitario a través de un sistema de vinculación de centros privados a la red sanitaria pública por una doble vía: la del concierto y la del convenio dándose prioridad a los establecimientos, centros y servicios sin carácter lucrativo (46).

Tercero. - La Directiva Europea 2014/24/UE provocó una reorientación de la contratación pública hacia otros instrumentos de gestión. La normativa contractual ya no es la única vía que cuentan las Administraciones sanitarias para gestionar los servicios sobre personas. Así pues, la Directiva Europea 2014/24/UE fue novedosa porque: a) abre paso a una nueva vía de gestión con las entidades sin ánimo de lucro denominada acción concertada, y b) modifica los tipos y condiciones de los contratos públicos con entidades con ánimo de lucro, exigiendo el cumplimiento de cláusulas sociales.

Cuarto. - La vigente LCSP 9/2017 se adaptó a esta directiva y redefinió la acción concertada como una nueva vía de gestión o producción de servicios sanitarios diferente a la gestión directa e indirecta, pero complementaria a éstas, y que se aplica sobre los servicios de carácter personal y no económico.

Quinto. - Las normativas de las CCAA analizadas, básicamente, dan la misma denominación a este nuevo instrumento jurídico: acuerdos de acción concertada, o concierto social sujeto a entidades sin ánimo de lucro. En todo caso, estos instrumentos de gestión permiten a las administraciones públicas que se relacionen con



agentes que no están en el mercado en la prestación de servicios personales, y que sean retribuidos mediante módulos, que sólo cubren los costes fijos, variables y permanentes (sin incluir el beneficio industrial). Por tanto, esta tercera vía de gestión está siendo desarrollada y potenciada por las regulaciones específicas de las CCAA.

Sexto. - La acción concertada se define como el instrumento no contractual –diferente del concierto que regulaba la anterior LCSP– que permite la prestación de servicios públicos a las personas a través de entidades sociales. Como tales servicios públicos la financiación, acceso y control de los servicios corresponde a la Administración.

Estas normas tienen en común la no utilización de la normativa sobre contratos a estos conciertos o acuerdos con entidades sin ánimo de lucro. Además, se apartan del régimen concertado que reguló la anterior LCSP ya que se considera que este no es el marco jurídico adecuado para regular la actual acción concertada y se limita a entidades sin ánimo de lucro, de forma que su retribución se limita al reintegro de costes.

Séptimo. - Estamos de acuerdo con la doctrina que sostiene que, a pesar de que las normas autonómicas consideran a la acción concertada como una tercera vía de gestión, la forma de gestión indirecta o directa, lo determina los entes con quién se concierta. Así, si la “acción concertada” se pretende llevar a cabo con una entidad pública (dependiente de la administración autonómica) estamos ante una gestión directa, Por el contrario, si se efectúa con una entidad privada sin ánimo de lucro estamos ante gestión indirecta.

Octavo. - La acción concertada se limita a entidades sin ánimo de lucro, de forma que su retribución se limita al reintegro de costes y siempre en el marco del principio de eficiencia presupuestaria, tal y como establece la Disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP. Las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por la administración sanitaria pueden acceder a la gestión de estos servicios, siempre que se garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Noveno. - La acción concertada sanitaria encaja desde un punto de vista jurídico con aquellos servicios destinados a satisfacer necesidades de carácter social. Pueden optar aquellas entidades que cuenten con acreditación administrativa y figuren inscritas en el oportuno registro previa acreditación de la disposición de medios y recursos necesarios para la prestación de los servicios concertados.

Décimo.- La selección de las entidades para el establecimiento de Conciertos Sanitarios ha de tener en cuenta la valoración de la entidad basada en criterios sanitarios, de calidad, experiencia, evaluación de las personas usuarias, promoción de la igualdad de género, cumplimiento de la normativa laboral, menor diferencia retributiva del personal respecto a la misma categoría profesional en la Administración Autonómica trabajo en red con otras entidades sociales o trayectoria acreditada en la materia. Igualmente se asignarán conciertos en relación con la adecuación del recurso o servicio concertado a las características y necesidades de la persona que vaya a ser beneficiaria: atención per-



sonalizada, arraigo en el entorno, elección de la persona o continuidad en la atención etc...

Undécimo. - La administración sanitaria y la entidad han de suscribir un documento administrativo de forma y contenido reglamentado. Su extensión siempre es de base plurianual, aunque variable entre comunidades autónomas se suelen establecer periodos iniciales prorrogables tras las oportunas evaluaciones periódicas.

Duodécimo. - Todas las normas autonómicas que han regulado la acción concertada sanitaria disponen expresamente la no aplicación de la normativa sobre contratos a pesar de su numen (conciertos o acuerdos con entidades sin ánimo de lucro), sea el mismo que (régimen de los conciertos) el de la anterior legislación de contratos.

Decimotercero. - La Administración concertada sanitaria (conciertos y convenios) va a convivir en nuestro

ordenamiento jurídico con la denominada acción concertada de la Administración sanitaria. Los conciertos ajustándose a lo dispuesto para el contrato de servicios (LCSP) y los convenios singulares (extracontractuales) ajustándose a la legislación administrativa general (Ley 39/2015 y Ley 40/2015) y a la correspondiente legislación autonómica que los regule. Además, entendemos que se van a trasladar supuestos antes incluidos en la tradicional figura de concierto y convenio singular a la nueva acción concertada bajo las fórmulas no contractuales previstas en la vigente LCSP, tal y como lo ha plasmado algunas CCAA.

A este complejo panorama se añade el principio de supletoriedad jurídica, a favor de la normativa en materia de contratación pública, establecido en la normativa de la mayoría de las CCAA.

BIBLIOGRAFÍA

Arratibel Arrondo, José Antonio (2000): "El nuevo régimen jurídico de gestión del sistema nacional de salud y del sistema sanitario vasco", en Revista Vasca de Administración Pública, n. 56, 2000.

(2007) "Límites jurídicos a la huida del Derecho Público de los entes instrumentales del Sistema Nacional de Salud". Noticias jurídicas.com, 2007.

(2013) "Determinación de los elementos jurídicos motivadores en la concertación de prestaciones sanitarias". Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo, ISSN 1136-517X, Nº. 60, 2013, págs. 43-56.

Bauzá Martorell, F.J.: (2018)."Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención". Número 48 de la Revista General de Derecho Administrativo (Yuste, mayo 2018).

Ciriza, L. y Purroy, E.: (2010). "La colaboración de las entidades de iniciativa social en la prestación de servicios sociales: análisis comparado de las leyes de servicios sociales". Revista Española del Tercer Sector, 14: 159-165.

Cueto Pérez, M. (2018) "La continuidad del concierto sanitario tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público", en Libro Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach, 2018.

Domínguez Martín, M.: (2019). " Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público". Revista General de Derecho Administrativo (Yuste, enero 2019).

Domínguez Simón, A.: (2007). "El contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto" Revista derecho y salud, Volumen 21, Extraordinario XIX Congreso.

Gomez Marti, M. (1997). "El contrato-programa del hospital universitario de canarias aproximación al régimen jurídico de los conciertos sanitarios", en Revista Derecho y Salud, volumen 5, número 1 Barcelona

Lafarga Traver, J. L.(2006). Mesa de trabajo "convenios singulares y contratos. volumen 14, marzo 2006 Extraordinario XIV Congreso Derecho y Salud,

Lopez Benitez, M. (2011) "¿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 J.J. (2003): "Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias". Fundación Alternativas. Documento de Trabajo 14. (2003).

Peman Gavin, J. (1996). "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. Civetas, Madrid

Moreno K., Olaechea, M.a. Y Rodríguez A. (2012): "El desconcierto de los conciertos sanitarios" en Revista Auditoria Pública, nº 58.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14).

Villar Rojas, F.J. (2018). "El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público". en Anuario de Derecho Municipal 2017, Instituto de Derecho Local-UAM, núm.11, Madrid 2018, pág. 96.