



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 8 9 / 2 0 0 6

(Pleno)

La Laguna, a 16 de junio de 2006.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se regula la homologación de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y por el que se desarrolla el régimen jurídico del concierto sanitario (EXP. 167/2006 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se interesa por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno al amparo del art. 11.1.B.b) en relación con el art. 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, preceptivo Dictamen sobre el Proyecto de Decreto (PD) por el que se regula la homologación de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y por el que se desarrolla el régimen jurídico del concierto sanitario.

Acompaña la solicitud de Dictamen, conforme a lo previsto por el art. 50 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, el preceptivo certificado del Acuerdo gubernativo de solicitud del mismo respecto del Proyecto de Decreto que el Gobierno tomó en consideración en su sesión de 4 de mayo de 2006.

2. En el procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto se han emitido los preceptivos informes: de acierto y oportunidad de la Dirección del Servicio Canario de Salud (art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno), de legalidad, emitido por la Secretaría General del Servicio Canario de Salud [arts. 44 de la citada Ley 1/1983 y 10.3 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Servicio Canario de Salud, en relación con el art.

* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

15.5.a) del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica de Canarias], así como el del Servicio Jurídico del Gobierno [art. 20.f) del Reglamento de este Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero], de la Inspección General de Servicios [art. 56.e) del Decreto 40/2004, de 3 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia y Justicia] y de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos (art. 1 del Decreto 80/1983, de 11 de febrero, del Gobierno, por el que se constituye la Comisión de Secretarios Generales Técnicos, para realizar tareas preparatorias del Gobierno). Se ha emitido además el preceptivo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (art. 37.1 del Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda, aprobado por Decreto 12/2004, de 10 de febrero).

Constan, igualmente, la Memoria económica [art. 44 y disposición final primera de la Ley 1/1983 en relación con el art. 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno], el informe de la Dirección General de Recursos Económicos del Servicio Canario de Salud, emitido conforme a lo previsto en el art. 2.2.f) del Decreto 153/1985, de 17 de mayo, modificado por Decreto 234/1998, por el que se crean las Oficinas presupuestarias de las Consejerías del Gobierno de Canarias, y el informe de la Dirección General de Planificación y Presupuesto de la Consejería Economía y Hacienda [art. 26.4.a) del Decreto 12/2004, de 10 de febrero].

Finalmente, el Consejo Canario de Salud ha sido informado del estado de tramitación del presente Proyecto de Decreto, en cumplimiento de lo previsto en el art. 21.h) Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; y se ha otorgado el preceptivo trámite de audiencia a las organizaciones y asociaciones más representativas y el de información pública.

II

1. El Proyecto de Decreto que se somete a Dictamen de este Consejo tiene por objeto, conforme a su art. 1, aprobar las bases para la homologación de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como desarrollar el régimen jurídico aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto que la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma suscriba con

entidades privadas titulares de centros, servicios y establecimientos sanitarios, en los términos previstos en la legislación sanitaria.

La legislación sanitaria de aplicación viene constituida por la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC), aprobada en el ejercicio de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad, estatutariamente asumida (art. 32.10 del Estatuto de Autonomía), y por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), de carácter básico en la mayoría de sus preceptos.

No obstante, dado el contenido del proyecto de Decreto, en el que se regulan cuestiones procedimentales así como el régimen del concierto sanitario, y aun siendo la competencia en materia de sanidad la más específica, también se ejerce sobre la normativa propuesta la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de contratos administrativos prevista en el art. 32.11 del Estatuto y, por tanto, al efecto ha de tenerse en cuenta el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TR-LCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

2. El Título II del Proyecto de Decreto (arts. 2 a 6) regula la homologación de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada que pretendan concertar con la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma, así como el procedimiento para la homologación (arts. 7-12), tanto para ser incluidos en la Red hospitalaria de utilización pública, como en los otros supuestos legalmente previstos, siendo un requisito previo de carácter esencial.

El presupuesto de homologación de estos centros sanitarios privados a los efectos de ser concertados por las Administraciones públicas viene legalmente exigido en la legislación sanitaria, con carácter general, tanto en la LGS (art. 90.5), como en la LOSC.

Por lo que se refiere a los convenios singulares por medio de los cuales se procede a la inclusión de los centros, establecimientos hospitalarios y servicios de entidades privadas en la Red hospitalaria de utilización pública, el art. 96.1 LOSC, en similares términos que el art. 66.1, párrafo segundo LGS -precepto de carácter no básico- establece que estos establecimientos hospitalarios de entidades privadas podrán incluirse en la Red hospitalaria de utilización pública siempre que por sus

características técnicas sean homologables; previsión que se reitera para los restantes convenios, con referencia a bases previamente aprobadas por el Gobierno de Canarias, previstos para cuando la Red hospitalaria de utilización pública sea insuficiente (en los supuestos enumerados en el art. 99 LOSC) y cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten (art. 96 LOSC). Por su parte, el art. 90.5 LGS, de carácter básico, determina que los centros susceptibles de ser concertados por las Administraciones públicas sanitarias deberán ser previamente homologados por aquéllos, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente. Además, su apartado 4 dispone que las Administraciones públicas fijarán los requisitos y condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a estos conciertos, estableciéndose las condiciones económicas en base a módulos de costes efectivos establecidos previamente por dichas Administraciones.

Las previsiones reglamentarias incorporadas al Proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración se proyectan sobre ambos supuestos. Y, de acuerdo con lo expuesto, la regulación que a estos efectos se pretende en el presente Proyecto de Decreto encuentra suficiente cobertura legal.

3. El Título III (arts. 13 a 38 PD) regula el régimen del concierto sanitario, que cabe suscribir con centros de titularidad privada cuando los hospitales de la Red pública no son suficientes.

En todo caso, además de las previsiones antes expuestas, la regulación de los conciertos ha de tener en cuenta no sólo las condiciones específicamente determinadas en la legislación sanitaria, sino las previstas en la legislación de contratación administrativa para los contratos de gestión de servicios públicos, como antes se adelantó.

A estos efectos, debe tenerse presente que el concierto sanitario tiene por objeto la contratación de la asistencia sanitaria que ha de prestarse a los usuarios del sistema sanitario público con personas o entidades que con carácter privado realizan prestaciones también de carácter sanitario. Se trata por tanto -no obstante la existencia de alguna controversia al respecto- de una de las modalidades de contratación de la gestión de los servicios públicos, concretamente la prevista en el apartado c) del art. 156 TR-LCAP, referida a los conciertos con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. En consecuencia, resultan de aplicación las normas del Texto

Refundido relativas a la preparación, adjudicación, efectos y extinción de los contratos administrativos (art. 7 TR-LCAP).

Se excluyen del ámbito de aplicación del Título III del Proyecto de Decreto los conciertos singulares, que, como se apuntó, se prevén en la LOSC (arts. 94.2 y 96.2) para incluir los centros y establecimientos de entidades privadas en la Red hospitalaria de utilización pública; la exclusión es, expresa (art. 13.2 PD), siendo únicamente, el Título III, de aplicación supletoria. Nada obliga a su tratamiento conjunto en la misma norma, puesto que se trata de dos supuestos diferenciados. La razón de su exclusión, por lo demás, figura en la propia Exposición de Motivos del texto normativo sometido a nuestra consideración.

4. Cabe concluir, a tenor de lo expuesto, que estamos ante sendas habilitaciones singulares (para el desarrollo reglamentario de la regulación de la homologación y de los conciertos sanitarios, cuando la Red hospitalaria de utilización pública no es suficiente o cuando las necesidades asistenciales la justifiquen) que dan cobertura precisa a la ordenación que, con carácter reglamentario, se pretende aprobar. Por tanto, nos encontramos, en efecto, ante un Reglamento ejecutivo de la LOSC y, por ello, de preceptivo Dictamen de este Consejo. Desde esta perspectiva, no hay obstáculo formal a que el Gobierno de Canarias aborde la regulación reglamentaria de una materia mediando Ley habilitante que presta la necesaria y precisa cobertura.

III

1. El Proyecto de Decreto sometido a Dictamen no presenta problemas materiales que merezcan ser observados, sin perjuicio de las siguientes precisiones puntuales a su contenido.

Art. 1.

Habría que suprimir el ordinal 1 del art. 1, toda vez que este precepto consta de un único apartado.

Art. 2.

Al no fijarse el "concepto" en que consiste la homologación, la rúbrica del art. 2 debería limitarse a expresar el enunciado de la materia "De la homologación".

Art. 3.

Tanto en el procedimiento de convenio dirigido a la inclusión de un hospital en la Red cuando las necesidades asistenciales los justifiquen como en el de convenio cuando la Red pública no es suficiente se exige la previa homologación del centro, servicio o establecimiento (art. 2); lo que ha determinado que el Proyecto de Decreto unifique para ambos expedientes los requisitos generales de la misma. En principio, nada que objetar, pero aunque en ambos casos en efecto es precisa la homologación, la misma no tiene por qué tener el mismo alcance, pues responden a realidades y necesidades distintas. Incluso, el art. 5 PD atribuye las funciones de inspección a distinto órgano en cada caso.

El art. 3.2 PD permite, ciertamente, desarrollar los requisitos generales, por medio de Orden, en función de grupos y subgrupos. Al amparo de tales Órdenes, se desarrollarán los requisitos exigidos para la homologación.

Art. 5.

Como se dijo, el art. 5.a) y b) PD atribuye las funciones de "inspección" en un caso al órgano competente "para gestionar el concierto", mientras que "en los demás supuestos, lo hace al órgano competente para resolver sobre la homologación".

Estas funciones están atribuidas por el art. 60.1.f) e i) LOSC al Director del Servicio Canario de la Salud, no pudiendo, por tanto, ser asignadas a otros órganos, como al Director del Área, como puede entenderse que prevé el apartado a), como, con más razón, al propio Consejero, según se infiere del apartado b), por obvias razones funcionales e institucionales.

Art. 8.

El Apartado 2.c) se refiere impropiaemente a una "Resolución de autorización", cuando en rigor a lo que habría que referirse, de acuerdo con la normativa legal en vigor y el propio PD, es a la homologación.

Art. 12.2 y 3.

En relación con el art. 12.2 PD, que prevé la suspensión provisional o la revocación de la homologación como consecuencia del incumplimiento de los requisitos que sirvieron de base para su otorgamiento, deberían concretarse en el Proyecto de Decreto los casos en los que procede la adopción de una u otra medida.

En relación con el art. 12.3 PD, se debería establecer un plazo perentorio para efectuar la comunicación prevista, lógicamente a partir del momento en que las modificaciones que afecten a las características exigidas para la homologación tengan lugar.

Art. 15.

En el expediente se da justificación a esta diferente regulación en el hecho de que una futura reforma de la Ley de Ordenación Sanitaria de Canarias, que al parecer se encuentra en tramitación, modificará el art. 99 LOSC, con el objeto de hacer desaparecer el carácter subsidiario de los conciertos, introduciendo la complementariedad entre el sistema público y la iniciativa privada (Informe de la Secretaria General del Servicio Canario de Salud de 21 de marzo de 2006).

La redacción del precepto proyectado no colisiona abiertamente con las exigencias de la norma legal, pero la circunstancia de excepcionalidad requerida por la Ley justamente se produce cuando la Red hospitalaria de utilización pública es insuficiente para atender la prestación sanitaria y se hace referencia expresa a los enfermos agudos. Por eso, al objeto de asegurar el respeto a la vigente previsión legal y evitar una aplicación expansiva del precepto reglamentario, procede en todo caso formular expresamente la necesidad de observar los criterios legalmente establecidos.

Art. 17.

El Proyecto de Decreto, hasta este precepto, se ocupa sólo de los conciertos. Estos, sin embargo, pueden a su vez derivar o no de un contrato-marco, de acuerdo a lo previsto por el art. 28 PD [o del art. 159.2.f) TR-LCAP]. Más que remitirse a dicho precepto la regulación del plazo de duración de los contratos marco, sí sería correcto

referirse primero en el art. 17.1 a los conciertos, y después a aquéllos, indicando además que los conciertos pueden derivar de ellos.

Procede corregir la referencia a la normativa estatal, al poder concurrir también con regulación autonómica en la materia, sin perjuicio de respetarse la básica establecida, por lo que tal referencia ha de ser la que fuere aplicable en general. Además, más que a las Directivas comunitarias, debería referirse a su transposición, por cuanto que este instrumento, como es sabido, obliga a su desarrollo y transposición en el Derecho interno para que surtan plenos efectos. Sólo si transcurren los plazos establecidos a tal fin, y si las normas que contiene son suficientemente claras y precisas y no atribuyen potestades discrecionales, pueden llegar a producir efecto directo, pero ante los Tribunales y frente, precisamente, la Administración pública.

Art. 19.

Donde dice "actividades en materia de conciertos" (art. 19.2), debiera decir *actividades sanitarias sometidas a concierto*. No procede, además, la "coma" última en el 19.1. En cambio, falta dicha "coma" tras "periódicamente", al inicio del art. 19.2.

Art. 21.

De conformidad con el art. 2.2 PD, la homologación del centro sanitario acreditará la solvencia técnica, sin perjuicio de que el órgano de contratación, en función de las características de la prestación que se pretende contratar, fije en los pliegos de cláusulas administrativas particulares requisitos de solvencia técnica adicionales. Sin embargo, en este art. 21 PD únicamente se hace referencia a la homologación como requisito de acreditación de la solvencia técnica, olvidando la posibilidad de que se hayan establecido tales requisitos adicionales, por lo que habrán de coordinarse ambos preceptos. Junto a tales requisitos, el órgano de contratación puede también exigir la declaración responsable indicada en el art. 21, con carácter general, con base en dicha disposición. El problema se suscita, en todo caso, por la inexistencia de una definición suficientemente precisa de la homologación, lo que impide determinar con total exactitud si basta ella o no para asegurar la solvencia técnica.

Art. 25.

Según el art. 104.2 de la Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública de la Comunidad, corresponde al Gobierno la "aprobación de los pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares.

Art. 26.

A los efectos de fijación de las garantías, los límites legales impuestos por la normativa básica del Estado sobre contratación administrativa resultan de obligado cumplimiento, por lo que procede indicarlo así. La eventual posibilidad de que se pretenda una regla meramente atributiva de la competencia de fijación a favor del órgano de contratación, procede aclararse debidamente.

Art. 29.

Apartado 2.

El art. 158.3 TR-LCAP, de carácter básico, permite que en los contratos relativos a la prestación de la asistencia sanitaria motivada por supuestos de urgencia, por importe inferior a 12.020,24 euros, no resulten de aplicación las disposiciones de la propia Ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato. En el expediente, además, deberá justificarse la urgencia.

El art. 29.2 PD considera de carácter urgente la prestación de la asistencia sanitaria a los usuarios incluidos en las listas de espera una vez finalizado el plazo máximo de permanencia en las mismas fijado en la normativa vigente, lo que faculta al órgano de contratación para concertar esa prestación en los términos que el propio precepto prevé. La urgencia, en este caso, deriva de la falta de atención sanitaria dentro del plazo máximo previsto al efecto.

Apartado 4.

El procedimiento que se contempla por este precepto no es de urgencia, sino "de emergencia", previsto en el TR-LCAP (art. 72). El supuesto es distinto y por ello debiera formar parte de precepto independiente, pues se trata de una situación límite: que los medios públicos y privados concertados, incluidos o no en la Red, no puedan atender una "urgencia vital", eventualidad en la que se deriva el paciente a

centro privado no concertado, tramitándose el expediente con posterioridad. No se trata de un contrato menor urgente -como se intitula el precepto-, sino de una situación distinta y no necesariamente menor. Por otra parte, a los efectos de satisfacer los precios, ha de considerarse la eventualidad de que no se haya comunicado una lista de precios, toda vez que, en este supuesto, la asistencia sanitaria puede prestarse en un centro no concertado.

Art. 30.

Ciertamente, la regulación que se contiene reproduce la del art. 83.2.b) TR-LCAP (presunción fundada de baja temeraria), pero la propia norma legal remite a Reglamento la fijación de criterios objetivos que permitan apreciar esa baja, lo que lleva a los arts. 85 y 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, que complementan la base legal. Por eso, procede efectuar idéntica observación, con respeto de la citada normativa básica, pues, en caso contrario, la determinación de una baja de esta naturaleza y los pertinentes efectos pueden depender simplemente de una apreciación presuntiva.

Arts. 32 y 33.

Estos preceptos determinan el régimen aplicable, respectivamente, a la responsabilidad patrimonial y a la responsabilidad por daños causados a terceros. De acuerdo con lo señalado en el informe de acierto y oportunidad de la norma, se ha pretendido regular, de una parte, las relaciones entre los ciudadanos y la Administración y, de otra, las relaciones entre ésta y el contratista. La regulación prevista es confusa, al margen de que, en todo caso, la determinación del régimen de responsabilidad es el determinado en la legislación básica y, a estos efectos, ha de estarse a lo previsto en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por un lado, y en los arts. 97 y 161.c) TR-LCAP por el otro, que regulan, respectivamente, la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración por daños a usuarios en la prestación de un servicio público, incluido el sanitario y tanto directa como indirectamente, a través de un concierto o convenio, y la del contratista o, en su caso, la Administración por daños a terceros en ejecución de contratos, también los sanitarios con carácter contractual y entre las partes contratantes.

Desde luego, los daños a usuarios del sistema sanitario, como terceros, generan siempre responsabilidad de la Administración, incluidos los que se puedan derivar del cumplimiento de un concierto en el centro concertado al prestar la asistencia sanitaria, sin perjuicio, en tal caso, de la acción de regreso. Y, por otra parte, no siempre se han de producir daños a terceros, usuarios del servicio público sanitario, en la ejecución de un concierto sanitario, en cuyo caso no hay responsabilidad patrimonial de la Administración, sino contractual, a determinar según las reglas del concierto concreto y sin acción de regreso.

Art. 35.2.

Se contempla la posibilidad de acordar la continuidad forzosa del convenio y, en definitiva, de la prestación sanitaria convenida, tras la expiración del tiempo fijado para el mismo, por un máximo de 3 meses y hasta formalizar nuevo concierto o se asuma la prestación por la Administración. No parece que, en cualquier caso, una norma de carácter reglamentario pueda imponer una prestación tras extinguirse la obligación del concierto. Al fin y al cabo, la duración de los contratos de servicios públicos deben tener duración cierta (art. 147 TR-LCAP), si bien este precepto contempla la posibilidad de prórrogas, como el art. 96.3 LOSC.

Art. 37.

Por vía reglamentaria, no pueden introducirse causas de resolución no previstas por la Ley. Sin embargo, las enumeradas por este precepto pueden considerarse como concreción de lo que constituyen manifestaciones del incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista. No excluye la resolución por otros incumplimientos igualmente graves de sus obligaciones esenciales, lo que debiera indicarse como cláusula de cierre; ni tampoco excluye, como es evidente, la concurrencia de cualquier otra causa de resolución prevista en la normativa general sobre contratación administrativa (arts. 111 y 167 TR-LCAP), a la que en este caso se remite.

Anexo I.

Por no tratarse de enfermos agudos (sino crónicos, lo que es diferente), no procede la inclusión dentro del Grupo de Hospitalización de los pacientes con

“enfermedades de larga estancia”. Tal prestación, por otro lado, tiene carácter Sociosanitario.

2. Procede asimismo, formular algunas observaciones de índole sistemático, antes de concluir.

Se ha cuidado evitar la reproducción de normativa básica, lo que ha llevado a la supresión de una serie de previsiones, como las incluidas en los antiguos art. 15.2 (sobre el objeto del concierto, por reproducción de la Ley 14/1986, de 25 de abril) y en los antiguos art. 28 (expediente de contratación), 36 (prerrogativas del órgano de contratación) y 37 (modificación); en todos estos casos, por reproducción del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Todavía subsisten algunas, sin embargo, como las que se deducen de los art. 26, 32 y 33, que, como ha podido indicarse, precisamente, suscitan todavía alguna controversia.

Por otro lado, debe unificarse los términos en que el Proyecto de Decreto remite a la normativa general sobre procedimiento administrativo común. Esta expresión resulta más acertada que la de “legislación de procedimiento administrativo común” (art. 7.1 PD) o la de “normativa general sobre procedimiento administrativo” (art. 10.3 PD); en todo caso, no cabe que difiera según los casos, porque produce confusión.

Otro tanto sucede con las remisiones a la normativa general sobre contratación administrativa: también ha de unificarse la terminología (arts. 13.1, 20.1, 24.2, 28.1, 29.1, 31.21, 33.1, 35.1 y 37 PD) por la misma razón. En todo caso, la referencia al ordinal correspondiente de la Ley en el art. 28.1 (art. 159.2 TR-LCAP) podría aún resultar más perturbador, si llegara a alterarse la numeración como consecuencia de la reforma del texto al que el Proyecto de Decreto se remite.

C O N C L U S I Ó N

El Proyecto de Decreto sometido a la consideración de este Consejo Consultivo se ajusta a los parámetros estatutarios y legales de aplicación al caso, sin perjuicio de las observaciones formuladas en el Fundamento III de este Dictamen.