

El futuro de la contratación pública sanitaria¹

TERESA MOREO MARROIG

*Funcionaria del Cuerpo Superior de la Administración General
de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.
Interventora delegada*

Recibido: Noviembre 2018

Aceptado: Noviembre 2018

Resumen

Según datos de 2017, el gasto público sanitario representa un 14,5% del gasto público total en España. La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, es el nuevo referente normativo para las compras sanitarias. La nueva ley simplifica mucho la vida a los licitadores, pero es cierto que no la simplifica tanto a los órganos de contratación. Con todo, esta ley ofrece posibilidades y debe verse como una oportunidad de mejorar y construir un sistema de compras sanitarias eficiente que permita poner remedio a la situación denunciada por los diferentes órganos de control del gasto público.

Palabras clave: gasto público de la administración y políticas relacionada, generalidades.

Clasificación JEL: H50.

Abstract

According to data from 2017, public health expenditure represents 14.5% of total public expenditure in Spain. Law 9/2017, of public procurement, is the new normative benchmark for sanitary purchases. The new law makes things easier for tenderers, but it does not for contracting bodies. However, this law offers possibilities and should be seen as an opportunity to improve and build an efficient system of sanitary purchases that will allow to remedy the situation denounced by the different bodies of control of the public expenditure.

Key words: public expenditure of the administration and related policies.

JEL Classification: H50.

¹ Abreviaturas, sigla y acrónimos empleados: AM: Acuerdo marco. ARC: Acuerdo de riesgo compartido. CB: Contrato basado en un acuerdo marco. IGAE: Intervención General de la Administración del Estado. LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. LFTC: Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. LGP: Ley 47/2003, General Presupuestaria, de 26 de noviembre. LTBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. LOEPSF: Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. RD 2188/95: Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado. RD 424/17: Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. SDA: Sistema dinámico de adquisición. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TSJ: Tribunal Superior de Justicia. TREBEP: Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. TRLRHL: Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

1. Estado del arte

1.1. Aumento desmesurado del gasto sanitario e insuficiencia de financiación para afrontarlo

España dedica un 14,5% del gasto público a sanidad. El gasto sanitario es una pieza clave en el Estado del bienestar que representa un alto peso económico tanto en datos absolutos como relativos. Según fuentes del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social² el gasto sanitario público consolidado del sector Comunidades Autónomas en el año 2014 supone 57.128 millones de euros, lo que significa el 5,5% del PIB. Un 18% del gasto sanitario en España lo representa el gasto farmacéutico que se ha visto incrementado por diversas razones entre las que destaca la infiltración en el sector público sanitario de la política farmacéutica de laboratorios y multinacionales que defienden introducir nuevos fármacos de elevado coste y resultados inciertos como tratamientos biológicos del cáncer o las artritis o la llamada medicina personalizada.

Todos los informes de control financiero realizados por el Tribunal de Cuentas y los OCEX coinciden en denunciar la existencia de un déficit de financiación del gasto sanitario. El Presidente del Tribunal de Cuentas en declaraciones recientes a los medios ha afirmado que existe un efectivo problema en la financiación del sistema sanitario, que tiene unas necesidades crecientes con unos recursos que no son suficientes, quizás por falta de acuerdo o problemas derivados del sistema de financiación autonómica pendiente de reforma, y se aprecia una falta de control de gasto farmacéutico.

A la hora de dotar los créditos de los servicios de salud se debería tener en cuenta el importe del gasto real del ejercicio anterior y la previsión del ejercicio corriente, así como el importe de los gastos pendientes de imputar de ejercicios anteriores. Es responsabilidad de los centros gestores facilitar toda la información que permita que al cierre de cada ejercicio queden anotados en la cuenta de obligaciones pendientes de imputar al presupuesto todos los gastos devengados hasta 31 de diciembre. Esto no siempre se cumple por tanto a esta situación debemos añadir un problema contable que en muchos casos no ha sido resuelto, que consiste en la «ignorancia contable de los hechos» con las consecuencias que ello supone en el cálculo del déficit público. Este problema ha acarreado consecuencias económicas nefastas para el Reino de España, como responsable de la consolidación fiscal ante la Unión Europea, con multas de cuantía muy considerable.

La Recomendación de decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, advierte que en nuestro país existe una falta de mecanismos de control *a priori* y *a posteriori* que obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública, así como una ausencia de efectiva transparencia

Resulta evidente que este sector reclama la adopción de medidas de racionalización con el objetivo de hacer del Sistema Nacional de Salud un sistema sostenible financieramente. En el Panorama de la Salud 2017, publicado por la Organización para la Cooperación y el

² Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2016.

Desarrollo Económicos (OCDE), se proporcionan datos que indican que, entre un veinte y un treinta por ciento del gasto en salud, entendido como el consumo final de bienes y servicios para la salud, de fuentes públicas y privadas, resulta innecesario. Las comunidades autónomas deben responsabilizarse de la adopción de las medidas necesarias para la racionalización del gasto pero el Estado debe poner en valor el principio de suficiencia para que todas dispongan de los recursos necesarios para financiar los servicios que son de su competencia, esencialmente en asistencia sanitaria, servicios sociales y educación, garantizando la suficiencia financiera y la equidad entre comunidades autónomas³.

1.2. Contratación irregular

La insuficiencia de financiación no es el único problema que padece el sistema. La insuficiencia presupuestaria genera una deuda sanitaria no imputada al presupuesto y unos gastos de intereses de demora, pero, además, sin la adecuada dotación presupuestaria resulta imposible iniciar los procedimientos de licitación de las compras sanitarias que van a tener impacto en los créditos del presupuesto. Por ello, un importe significativo del gasto se viene realizando a través de contratación verbal, contratos menores u otros procedimientos distintos a los previstos en la normativa sobre contratos públicos, vulnerando los principios de publicidad, concurrencia, control y elección de la oferta en base a la mejor relación calidad-precio. Esta situación ha sido denunciada por los diferentes órganos de control del gasto público y, en casos muy puntuales, ha sido objeto de la incoación de diligencias de investigación por parte del Ministerio Fiscal, casi siempre a raíz de denuncias concretas.

El Tribunal de Cuentas en su Informe n.º 584, de 30 de abril de 2003, de fiscalización sobre la contratación celebrada o en vigor en 1999 y 2000 de las adquisiciones de medicamentos y productos farmacéuticos en una muestra de hospitales de titularidad pública del Sistema Nacional de Salud, concluye que sólo un porcentaje residual de las adquisiciones, y solo por algunos hospitales, ha sido realizado mediante procedimientos que aseguraron la concurrencia, la transparencia y publicidad en la adjudicación, siguiendo la tramitación exigida por la legislación reguladora de la contratación pública⁴.

La Sindicatura de Cuentas de Baleares, en su Informe 151/2018, de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, ejercicio 2016, aprobado el 11 de octubre de 2018, detecta que el Servicio de Salud de las Illes Balears ha llevado a cabo contratación por 283 millones de euros sin seguir el procedimiento legal. Este órgano de control externo considera que se recurre sistemáticamente al procedimiento para la declaración de nulidad para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración. Tanto el Consejo Consultivo en sus dic-

³ Informe de la Comisión de expertos para la revisión del Modelo de financiación autonómica, julio 2017. La propuesta del experto designado por Baleares opta por otorgar un mayor peso al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), cediendo a las Comunidades un porcentaje mayor del mismo que el actual.

⁴ Tribunal de Cuentas. Informe n.º 584. Conclusión 6.1.2.1. Los hospitales de titularidad pública del Sistema Nacional de Salud han realizado la mayor parte de sus adquisiciones de medicamentos y productos farmacéuticos (el 92,9% del gasto en medicamentos en 1999 y el 90,5% en 2000) al margen de los procedimientos de contratación previstos en la LCAP. Los pedidos de medicamentos a los laboratorios suministradores no han sido formalizados con carácter general en documentos contractuales ni han sido tramitados con arreglo a los procedimientos legalmente establecidos (epígrafes 3.3, 3.4 y 5.3.1).

támenes como la Intervención General en sus informes de fiscalización manifiestan que la revisión de oficio, medio que la Sindicatura no cuestiona, es un medio excepcional que no puede ser utilizado de manera ordinaria para satisfacer las necesidades del Servicio de salud, dado que las prestaciones y bienes contratados son recurrentes. En su escrito de alegaciones, el Servicio de Salud señala como causa principal la rigidez de los procedimientos y el déficit presupuestario.

Generalmente el volumen de contratación irregular se descubre por los órganos de control en función de la deuda sanitaria no imputada a presupuesto. Sin embargo, la insuficiencia de crédito no es la única causa que conduce a esta situación. La continuación de la prestación al vencimiento de un contrato sin que se hubiera formalizado el nuevo contrato, aun existiendo crédito adecuado y suficiente y habiéndose iniciado la licitación, conduce a una situación irregular asimilable a la contratación verbal o a haber prescindido total y absolutamente del procedimiento, que implica la nulidad de pleno derecho de las actuaciones⁵. En el entorno de la sanidad pública española existe un grave problema de contratación irregular producido por diversas razones que intentaré analizar a continuación.

1.3. Compras y contratación: dos áreas diferentes

Un elemento coadyuvante es la propia estructura de los servicios de salud de las comunidades autónomas. Debería cuestionarse la permanencia de dos áreas independientes que se da en la organización de muchos de estos servicios: Área de Compras y logística y Área de Contratación. Esta división favorece las compras de medicamentos y material sanitario al margen de los procedimientos de licitación que exige la LCSP, a pesar de que constituyen un contrato de suministros regulado en dicha ley.

Es cierto que la logística sanitaria exige el uso de distintas plataformas que pretenden dar respuesta al proceso integral de compras y su logística, con la finalidad primordial de la agilización, protocolización y homogeneización de los procesos y la integración de todos los centros peticionarios de suministros, con el objetivo de obtener economías de escalas, asegurando un mayor control y un ahorro de costes. Esto se materializa en un catálogo de bienes y servicios, donde se identifican de manera ordenada y sistemática con las especificaciones técnicas necesarias para que los proveedores puedan saber si sus productos se ajustan o no a las mismas. Tales especificaciones serán las exigidas en los posteriores procedimientos de compra, que deben realizarse de acuerdo con los principios y procedimientos establecidos en la LCSP.

La puesta en marcha de centrales de compras en los servicios de salud ha logrado unificar la política de compras y ha supuesto un importante ahorro con la unificación de precios y productos, así como la profesionalización del personal en compras y logística, pero no ha logrado erradicar la contratación irregular. Resulta primordial evitar que exista una desconexión entre el Área de compras y logística y el Área de contratación.

⁵ La LCSP en el artículo 29.4 otorga una licencia que sin duda podrá mejorar esta situación cuando permite que en estos casos se pueda prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario y sea consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación.

1.4. La opacidad en la fijación de precios y el papel de los laboratorios

Otro elemento que justifica esta singularidad del área de compras es la compleja regulación que existe en torno al medicamento y concretamente en la fijación de sus precios. En un principio parece que la Administración se encuentra en una posición dominante frente a los laboratorios para imponer un precio y las condiciones de los medicamentos innovadores. Cuando la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, en uso de sus atribuciones, otorga a un medicamento la denominación de «medicamento innovador de uso hospitalario o del entorno hospitalario», autoriza dos precios, uno que se denomina «precio financiado», que es confidencial, solo conocido, en teoría, por las instituciones públicas y otro del dominio público, «precio notificado», que es publicado y que puede ser aplicado en las instituciones privadas o incluso al paciente en la farmacia no hospitalaria para usos o indicaciones no financiadas por la prestación farmacéutica de Sistema Nacional de Salud. A esto se debe añadir un tercer precio que es el precio real que consiguen las comunidades autónomas en su gestión con los fabricantes.

Este complejo entorno jurídico, actualmente en fase de revisión⁶, presenta, a veces, ciertas áreas de opacidad de difícil encaje con los principios y procedimientos que regula la LCSP. Cuatro años después de la revolución del tratamiento contra la hepatitis C, países con rentas muy distintas pagan precios similares por acceder a los nuevos medicamentos, mientras los estados siguen jugando al secretismo que imponen las farmacéuticas. La confidencialidad es norma general en este tipo de negociaciones. Si los precios de los medicamentos son confidenciales no es posible tramitar un procedimiento de licitación.

1.5. ¿Gestión centralizada?

En el año 2002 culmina el proceso por el cual las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud fueron asumidas por todas las comunidades autónomas, configurando un subsistema de salud pública completamente descentralizado respecto al Estado, con la excepción de Ceuta y Melilla. Estas funciones, a su vez, han sido encomendadas a diferentes estructuras organizativas, unas específicas de salud pública y otras pertenecientes a diversas instituciones o servicios, siendo casi excepcional la existencia de servicios de salud pública que asuman de manera centralizada el conjunto de sus funciones. A modo de ejemplo, el Servicio Catalán de la Salud se estructura a través de las regiones sanitarias, demarcaciones territoriales desconcentradas que se delimitan a partir de criterios geográficos, socioeconómicos y demográficos que se dotan de un amplio abanico de competencias propias y que a su vez se ordenan en sectores sanitarios, órganos igualmente desconcentrados. Por el contrario, el Servicio de Salud de las Islas Baleares gestiona de manera centralizada el conjunto de las prestaciones sanitarias, así como la gestión de las instituciones, de los centros y de los servicios sanitarios que tiene adscrito orgánica y funcionalmente.

La gestión centralizada, desde los servicios centrales, o descentralizada, a través de la delegación de competencias o la desconcentración en aquellas organizaciones en las que

⁶ Se encuentra en tramitación el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la financiación y fijación de precios de medicamentos y productos sanitarios y su inclusión en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

los centros hospitalarios carecen de personalidad jurídica propia, ha sido objeto de distintas opiniones y es muy importante valorar cual es la opción más adecuada antes de tomar decisiones. No hay que olvidar que la centralización puede ofrecer sin duda ventajas frente a las descentralizadas pero no siempre es posible atender a las necesidades de todas las partes con un cien por cien de efectividad, precisamente porque las decisiones se concentran en una sola área de organización y son tomadas a distancia de quienes deben ejecutarlas⁷.

Con todo, el Estado sigue apostando por la gestión centralizada. En el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, se incorporan medidas de eficiencia para afrontar sus problemas de suficiencia financiera, posibilitando la adopción de estrategias de gestión centralizada de suministros que pongan en valor una relación de volumen-precio en la adquisición de productos, materiales y equipamientos de forma coordinada en el Sistema Nacional de Salud. La LCSP en su Disposición adicional vigésima séptima, regula la adquisición centralizada de medicamentos, productos y servicios sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud a través del INGESA.

1.6. Débil profesionalización de los agentes que intervienen en la contratación

La contratación en el sector público sanitario exige construir una arquitectura para la profesionalización⁸. Cuando se analiza el problema de la contratación irregular, una causa que es muy importante destacar es la falta de profesionalización de algunos de los agentes que intervienen en la contratación de obras, servicios y suministros. Tanto los servicios jurídicos, económicos y de contratación, como los servicios asistenciales, están obligados a adquirir una formación mucho más completa que la que requieren otras áreas de la Administración. Las relaciones de puestos de trabajo en algunos casos son inexistentes. En determinados casos, el personal que cubre los puestos de responsabilidad no es personal funcionario de carrera ni tan solo estatutario, lo cual pone en peligro la estabilidad del equipo y su compromiso con el cumplimiento de la legalidad. Es muy necesario que el personal facultativo y

⁷ Según fuentes de INGESA, a pesar de las múltiples ventajas de las compras centralizadas, algunas comunidades autónomas han rechazado sumarse a las licitaciones para compra de medicamentos y productos sanitarios planteadas por el Ministerio de Sanidad. Entre ellas, se encuentran Andalucía, País Vasco y Cataluña, que aluden diferentes motivos. Andalucía ya tiene desde 2009 un modelo que se basa en la centralización de las compras a nivel provincial. Una de las peculiaridades del sistema autonómico es que promueve la participación de los profesionales en los procedimientos de compra promoviendo su participando en comisiones técnicas regionales y provinciales para la elaboración de los pliegos técnicos en los expedientes de contratación. Por su parte, el modelo catalán de aseguramiento y provisión no se adapta al sistema de compra centralizado propuesto por el Estado. Fuentes del Departamento de Salud de Cataluña indican que cuando el Ministerio propuso este tipo de compra «no vimos garantizadas las ventajas ni en precios, ni en agilidad, ni pudimos participar en el proceso de decisión que nos permitiera valorar la bondad de la medida de una forma objetiva». De las comunidades participantes en la compra centralizada del Gobierno, solo Murcia y Baleares han solicitado entrar en todos los lotes ofertados. El resto ha preferido participar solo en algunos de ellos.

⁸ Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. Considerando 4: «Por consiguiente, es necesario garantizar el uso más eficiente de los fondos públicos y los compradores públicos necesitan estar en condiciones de contratar de acuerdo con las normas más exigentes de profesionalidad. Mejorar y respaldar la profesionalidad entre los profesionales de la contratación pública puede ayudar a fomentar el impacto de esta en el conjunto de la economía.»

el administrativo se reúna en equipos multidisciplinares que conozcan la LCSP, las particularidades asistenciales de los bienes o servicios que se deben contratar y la singularidad del empresario que licita a estos procedimientos. Con ello no quiero decir que la visión jurídica de los problemas deba desplazar la visión asistencial. Ambas deben convivir. Como ha declarado el TJUE en una reciente sentencia de 29 de octubre de 2018, asunto C-413/17, *«para apreciar el respeto por un Estado miembro del principio de proporcionalidad en este ámbito, hay que tener presente que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado FUE y que corresponde a los Estados miembros decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel»*.

1.7. Ausencia de programación adecuada

La LCSP en el artículo 28 obliga a planificar nuestras compras con un horizonte al menos anual y se supone que esto va a disciplinar la política de compras de los hospitales. Un elemento que puede ser el causante de la contratación irregular es la falta de programación y previsión real de la duración de los procedimientos de licitación. Para contratos complejos el tiempo de los procedimientos de contratación puede alcanzar los seis meses o incluso más. La propia definición de los pliegos técnicos de servicios requiere la coordinación del área asistencial y el área administrativa que en muchos casos resulta muy difícil y, además, juega en contra el avance de la ciencia, pudiendo resultar ya obsoleta aquella solución inicial que tanto costó consensuar. Se debe hacer un esfuerzo por huir de pliegos excesivamente complicados que no aseguran elegir la mejor oferta en términos coste-calidad y utilizar todas las herramientas que la LCSP pone a disposición, como pueden ser las técnicas de racionalización y otras posibilidades que proporcionen una mayor flexibilidad.

1.8. Control previo

Instruido y aprobado el expediente debe pasar el filtro del control que la LCSP en el artículo 44 establece mediante el recurso especial en materia de contratación que los interesados pueden interponer ante el tribunal administrativo de recursos contractuales correspondiente. Este recurso se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un medio de impugnación gratuito y potestativo, por lo tanto, alternativo al recurso contencioso, sin perjuicio de que de la resolución del recurso especial sea a su vez susceptible de recurso contencioso administrativo. Estas cualidades hacen que la opción de esta vía frente al contencioso sea muy relevante. Podrán ser objeto de este recurso los pliegos, los actos de admisión o inadmisión a la licitación y la propia adjudicación del contrato. Indiscutiblemente este control ralentiza el procedimiento y obliga en algunos casos a retrotraer las actuaciones con el consiguiente perjuicio que esto ocasiona en la gestión.

Otro control es el que ejerce la Intervención en su función interventora de los gastos. Frente al control externo que ejerce el Tribunal de Cuentas y los demás órganos de control externo en las comunidades autónomas, la Intervención tiene entre sus funciones el control interno de la legalidad del gasto público. La LGP, el TRLHL, así como las diferentes leyes autonómicas que regulan las finanzas públicas, señala que la Intervención ejercerá el control

interno de la gestión económico financiera del sector público, con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle. Esta función de control se ejerce sobre la base de la configuración independiente de tres modalidades diferentes de su ejercicio: La función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública. La función interventora, en su modalidad de fiscalización previa, será ejercida *ex ante*, mientras que el control financiero permanente y la auditoría pública, siempre se realizará con posterioridad al compromiso de gasto y al pago a terceros. Una nota fundamental de esta función es su vocación preventiva o garantista y su efecto paralizante en las actuaciones. Ello puede retrasar los procedimientos, pero aporta un valor añadido que otros controles no ofrecen porque permite estudiar el problema en profundidad antes de comprometer el gasto y controlar que se ajuste a la legalidad, prescindiendo siempre del control de oportunidad que debe cederse a otras instancias.

La mayoría de servicios de salud de las comunidades autónomas no se encuentran sometidos al control previo de legalidad. En estos casos, tanto las normas sectoriales como las normas presupuestarias disponen que el control interno de la gestión financiera se ejerza de manera permanente mediante el control financiero. De este modo los gastos sanitarios quedan excluidos de la fiscalización previa. No obstante existen comunidades autónomas que han optado por sustituir el control financiero permanente por la fiscalización previa limitada en determinados gastos⁹. En estos casos, si la Intervención formula objeciones esenciales, se deben suspender las actuaciones hasta que se hayan subsanado o bien utilizar el procedimiento contradictorio y plantear la discrepancia que será resuelta por el órgano competente, de acuerdo con el régimen establecido en la normativa presupuestaria de aplicación. Ignorar este mandato y, a sabiendas de su injusticia, dictar un acto de trascendencia presupuestaria sin que la Intervención lo haya fiscalizado de conformidad cuando dicho trámite era preceptivo, constituye un supuesto de hecho del que se derivan responsabilidades¹⁰.

1.9. Reconocimiento extrajudicial de crédito

Cuando alguien con apariencia de autoridad encarga verbalmente a una empresa la entrega de bienes, prestación de servicios o ejecución de una obra, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y la empresa, actuando de buena fe lo ejecuta¹¹ se produce un enriquecimiento injusto por parte de la Administración que debe-

⁹ Véase el ejemplo de Baleares que desde el año 2013 tiene establecido este nuevo régimen de control preventivo para los gastos de importe superior a 500.000€. Acuerdo de Consejo de Gobierno de 13 de junio de 2013 publicado en el BOIB de 15 de junio de 2013.

¹⁰ De acuerdo con el artículo 28 de la LTBG de infracción muy grave en materia de gestión económico-presupuestaria y sancionada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la citada ley, a la que hay que añadir sus homónimas autonómicas.

¹¹ Si de esta investigación, que se ha de materializar en una memoria final, se deducen elementos suficientes para inferir una actuación clara y directa por parte del empresario que va más allá del deber de colaboración con la Administración, todo ello con la finalidad de esquivar y obviar el procedimiento de publicidad, igualdad y libre concurrencia que ha de presidir la contratación administrativa, quien se aventura en una actuación de este tipo no puede exigir a la Administración la protección de la institución del enriquecimiento injusto. Ver en este sentido la Sentencia del TSJ de las Illes Balears, de 19 de enero de 2010: «Concluyendo, la Consejería al no haber evitado que tuvieran lugar estas campañas en el momento oportuno, incidió en culpa in vigilando, y por ello acepta el pago de los gastos que estas campañas generaron a las hoy recurrentes, pero frente a los honorarios reclamados y que son

rá restituir la cosa (casi nunca es posible) o abonar a dicha empresa los costes en que haya incurrido¹². Generalmente esto se produce extrajudicialmente a través de los procedimientos establecidos en cada Administración.

Esta situación, que debería ser extraordinaria —puesto que una gran parte de la compra pública sanitaria es de uso corriente y se puede perfectamente planificar porque se conocen las inercias en las necesidades— se ha convertido en un mal sistémico sin solución de continuidad en el área sanitaria de algunas comunidades autónomas donde una parte muy importante del presupuesto de gasto sanitario se contrata de forma irregular, a ciencia y paciencia de la Administración.

El modelo de financiación sanitaria que entró en vigor el 1 de enero de 2002 generó al momento un importante endeudamiento autonómico y la situación se agravó con la crisis económica y la política de recortes del gasto público. No cabe duda que este déficit presupuestario puede impedir el inicio los procedimientos de licitación, sin embargo, al tratarse de servicios esenciales se sigue suministrando bienes y ejecutando servicios. Con todo, si la contratación se ha llevado a cabo de manera verbal y en ausencia de crédito, no es suficiente habilitar crédito en el presupuesto vigente para que la factura se abone sin más¹³. Las obligaciones de la Hacienda Pública nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen. Si la contratación se ha celebrado adoleciendo de vicios de nulidad absoluta, no podrá ser eficaz y las facturas no se podrán abonar.

Si bien es cierto que un contrato sin crédito o/y adjudicado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido (generalmente se trata de un vicio «coral») adolece de un vicio de nulidad absoluta, no es menos cierto que la imposibilidad de reposición abre la vía para el nacimiento de una obligación *ex lege* —por aplicación del principio general del derecho de prohibición de enriquecimiento injusto— que obliga a indemnizar por los costes realmente soportados por el particular, en la cuantía en que coincide el provecho o enriquecimiento obtenido por la Administración y el correlativo empobrecimiento para aquél a cuya costa se realizó la prestación. El Tribunal Supremo entiende que la contratación verbal ostenta el carácter de pacto radicalmente nulo, y no produce en consecuencia efectos, derivado de

objeto de debate en autos, no ha de responder, ya que retribuyen un trabajo fruto de un acuerdo malicioso que las recurrentes buscaron con clara intencionalidad para evitar los mecanismos legales fijados en la normativa de contratación administrativa.»

¹² Es tema peliagudo si debe detraerse de la factura que presenta la empresa el beneficio industrial. Y lo es porque existen pronunciamientos dispares: Unas veces a favor de incluir el beneficio industrial (STS de Sala Tercera Contenciosa Administrativa, Sección 4ª, de 11 de mayo de 2004, rec. 3055/1999. Ejecución de obras no previstas en el proyecto inicial) y otras en contra (Consejo de Estado. Dictamen 831/2012). Y lo es también porque, salvo en los contratos de obras, la Administración tiene muy difícil si no imposible, determinar el importe del beneficio industrial por desconocimiento de la contabilidad analítica de la empresa.

¹³ Resolución n.º 9484 de 10 de noviembre de 2010, dictada por el Tribunal Administrativo de Navarra, de la que destaco el voto particular de uno de sus vocales por la fuerza de su denuncia: *«Debe evitarse frivolarizar sobre la cuestión interpretando que si existiera causa de nulidad de pleno derecho en contratación, daría igual, porque el importe consignado en la factura correspondiente ha de pagarse de todos modos. La adopción de tal descabellado criterio constituiría, de hecho, una verdadera incitación a infringir la ley incurriendo sin temor alguno en alguna de las causas de nulidad (ausencia de crédito o de procedimiento) sobre la base absurda e ilegal, de entender que tales infracciones no pueden tener ninguna consecuencia práctica sobre las obligaciones de pago de la Administración.»*

su inexistencia jurídica. No se pueden derivar obligaciones de un contrato inexistente. Esta conclusión jurídica no puede desconocer la real existencia de prestaciones, cuyas consecuencias, si bien no pueden ampararse ni justificarse legalmente en ninguna figura contractual, sí encuentra apoyo lógico y jurídico en la aplicación de los principios generales del derecho, y básicamente en el principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

Como viene apuntando el Consejo de Estado en su doctrina (véase, por ejemplo, el dictamen 1724/2011)¹⁴, la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico y pagar la factura sin que haya precedido la declaración de tal nulidad y, en su caso, acordado la indemnización, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato¹⁵.

Cuando concurre causa de nulidad plena procede seguir la vía del artículo 41 de la LCSP en relación con el artículo 103 de la LPAC, es decir, iniciar el procedimiento de revisión de oficio, tramitar la audiencia, solicitar el dictamen de Consejo de Estado u órgano similar en las comunidades autónomas, declarar la nulidad de la contratación y proceder a liquidar los costes en que ha incurrido la empresa¹⁶.

En este contexto de contratación irregular se produce sin duda una situación favorecedora del clientelismo y la corrupción, lo cual no significa que tenga que darse. Cobra especial trascendencia que se tome plena conciencia de que la trasgresión de las normas que disciplinan el gasto público puede dar lugar a que la conducta sea investigada y, si procede, sancionada¹⁷.

1.10. Periodo medio de pago

Otro problema que deriva de esta situación se relaciona con el periodo medio de pago. El Real Decreto 635/2014, de 25 de julio, por el que se desarrolla la metodología de cálculo del periodo medio de pago a proveedores de las Administraciones Públicas y las condiciones y el procedimiento de retención de recursos de los regímenes de financiación, previstos en la LOEPSF, modificado por el Real Decreto 1040/2017, de 22 de diciembre, tiene por objeto establecer la metodología económica para el cálculo y la publicidad del periodo medio de pago a proveedores de las Administraciones Públicas, así como la determinación de las condiciones para la retención de recursos de los regímenes de financiación para satisfacer las obligaciones pendientes de pago. El hecho de mantener facturas sin abonar, pendientes

¹⁴ Otros órganos consultivos también han asumido este criterio. Consejo Consultivo del Principado de Asturias, Dictamen n.º 250/2011, el Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen n.º 270/2002 y Dictamen n.º 578/2013.

¹⁵ Sirva de ejemplo el procedimiento que se sigue en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que viene establecido en la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Directora de la Abogacía sobre la tramitación a seguir en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular. (BOIB 14.04.2012).

¹⁶ En este sentido la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 4 de Oviedo, Sentencia: 00148/2017, de 12 de junio de 2017. También el artículo «Reconocimiento extrajudicial de crédito» de Alba Prada Rodríguez y Elena Herrero González de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, publicado en la Revista Auditoría Pública n.º 66 (2015), pp. 119-126

¹⁷ MOREO MARROIG, T. «La omisión de la función interventora. Del mero vicio de anulabilidad a la responsabilidad subjetiva». *Revista Presupuesto y gasto Público* 91-2/2018.

de pago en la consola FACe por corresponder a bienes o prestaciones contratados de manera irregular, trae como resultado un aumento del periodo medio de pago y las consecuentes penalizaciones previstas en el Real Decreto 635/2014.

2. El futuro de la contratación pública sanitaria. Nuevos escenarios

2.1. La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Nuevo referente normativo

Vista la situación descrita, la LCSP debe convertirse en el nuevo referente normativo para todos los centros sanitarios públicos, ya sean considerados Administración o poder adjudicador no Administración pública, a los efectos del artículo 3 de dicha ley. Desde el sector se ha denunciado que existen bastantes flecos que no se adaptan plenamente a ciertas particularidades del mundo sanitario. La ley no realiza distinción alguna respecto al objeto de la compra, estableciendo la misma regulación para la compra de «bolígrafos, vagones del AVE, o en su caso, medicamentos»¹⁸, lo cual significa un escollo importante para los centros gestores. Como ya he señalado a lo largo de este trabajo, en el sector sanitario coinciden singularidades que no se dan en otras parcelas del gasto público, no obstante, la participación de este sector en la elaboración del anteproyecto fue muy tímida y, visto el dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley, adoptado en sesión celebrada el día 10 de marzo de 2016, no consta que se presentaran observaciones o alegaciones al texto tomado en consideración. Es cierto que una normativa específica ha sido reclamada por diversos agentes sin que se haya obtenido respuesta por parte del Ministerio de Sanidad. La nueva ley simplifica mucho la vida a los licitadores, pero es cierto que no la simplifica tanto a los órganos de contratación. Con todo, la LCSP debe verse como una oportunidad de mejorar y sólo así se podrá construir un sistema de compras eficiente y erradicar algunos de los problemas que se han estudiado a lo largo del apartado 1 de este trabajo.

Analizaré a continuación algunas de las posibilidades que la LCSP ofrece para mejorar las compras sanitarias.

2.2. Compra de medicamentos

2.2.1. Medicamentos no hospitalarios y otras prestaciones

Conforme lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, las oficinas de farmacia son los responsables de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos y se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud y se regula la aportación de los usuarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria.

¹⁸ Así se ha denunciado desde foros especializados como la jornada ‘Aspectos Estratégicos de la nueva Ley de Contratos del Sector Público’, organizada por Capítulo Español de Ispor, International Society For Pharmacoeconomics and Outcomes Research.

De acuerdo con el artículo 8 del Real Decreto 1047/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y en el marco de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia establecerá los criterios generales y comunes para el desarrollo de la colaboración de las oficinas de farmacia, por medio de conciertos que garanticen a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su comunidad autónoma de residencia.

Este sistema establecido requiere de la participación de cuatro elementos subjetivos: Los laboratorios, las oficinas de farmacia, el colegio oficial de farmacéuticos y el servicio de salud. Solo a través de la colaboración resulta posible este encuadramiento, que tiene su fundamento jurídico en el apartado 2 del artículo 6 de la LCSP, donde se excluye de su ámbito de aplicación los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Las comunidades autónomas tienen regulada esta vía de colaboración¹⁹.

A distinción de la compra de medicamentos de uso hospitalario, que consiste en un suministro regulado 16 de la LCSP, la dispensación de medicamentos a los ciudadanos no se puede calificar de contrato público puesto que no existe la designación de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato, por haber resultado adjudicatario del mismo. La consecuencia es que no haya necesidad de aplicar la DCP ni tampoco la LCSP. Como señala el TJUE en la sentencia de 2 de julio de 2016, asunto C-410/14, FALK PHARMA, «la elección de una oferta —y, por tanto, de un adjudicatario— es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos que se establece mediante la referida Directiva y, por consiguiente, al concepto de contrato público» (sic).

Este criterio resulta igualmente de aplicación para justificar la exclusión del ámbito de aplicación de normativa vigente en materia de contratación pública de algunas prestaciones como son la salud bucodental de los niños o las prestaciones orto protésicas extra hospitalarias.

La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública en su considerando 114 reconoce a los estados miembros libertad para prestar por sí mismos 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, siempre que se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

2.1.2. Medicamentos hospitalarios

A diferencia del caso anterior, la compra de medicamentos hospitalarios y de productos sanitarios constituye un contrato típico de suministro, regulado en el artículo 16 de la LCSP. La modalidad de estos contratos es la descrita en el apartado 3.a) de dicho precepto y en la Disposición adicional trigésima tercera, concerniente a aquellos contratos en los que el em-

¹⁹ La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, en su artículo 60 *quater* titulado Convenios, regula las condiciones y contenido de estos convenios.

presario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía esté definida en el momento de celebrar el contrato.

La técnica para la contratación de estos suministros puede ser el acuerdo marco, el sistema dinámico de adquisición o el contrato tradicional a precios unitarios.

Acuerdos marco (AM) y sistemas dinámicos de adquisición (SDA)

En principio señalaré algo muy importante en relación con la financiación. Estas técnicas de racionalización pueden iniciarse sin necesidad de aprobar un gasto, dado que no tienen impacto directo en los créditos de los presupuestos. Cuando se habla de AM se refiere a un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado. No se trata pues de un tipo de contrato ni de un procedimiento de adjudicación sino de una técnica de racionalización, regulada en el Capítulo II del Título I del Libro segundo de la LCSP, que se articula en dos fases: una primera fase precontractual, con una duración para su preparación y licitación muy similar a la de un contrato tradicional, donde se pactan las normas que han de regular la adjudicación de los CB y una segunda fase, de duración muy breve, donde se perfecciona un contrato con alguno de los operadores económicos que forman parte del AM. Una vez adjudicado el AM no es posible permitir la entrada a nuevas empresas. Tanto la DCP, en el considerando 61, como la LCSP, en el artículo 219.1, insisten en que no se debe recurrir a los AM de manera abusiva porque afectan de manera muy importante a la competencia que puede verse obstaculizada si se hace un uso indebido de esta técnica.

Los AM no podrán tener una duración superior a los cuatro años, incluidas prórrogas. La duración de los CB será independiente de la duración del AM y se regirá por lo previsto en el artículo 29 de la LCSP, así como por los pliegos reguladores del propio AM.

Para la adjudicación del AM es posible utilizar cualquiera de los procedimientos que la LCSP prevé en las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo. (Abierto, restringido, negociado)

Existe una diversa tipología de AM. En función del número de operadores económicos con los que se celebra será múltiple o individual. Salvo para la compra de medicamentos exclusivos, en este sector se celebrarán generalmente con múltiples operadores económicos porque es así como realmente esta técnica de racionalización puede cumplir mejor sus objetivos. Sin embargo, tanto la DCP como la LCSP admiten la posibilidad de un AM marco celebrado con una única empresa, bien porque así se proyectó desde el inicio del expediente o bien como resultado de una licitación. La decisión desde el inicio del procedimiento de formalizar el AM con una sola empresa debe estar debidamente justificada y se basará en una de las circunstancias previstas en el artículo 168 de la LCSP.

En función de si se fijan en el AM todas las condiciones en las que se debe ejecutar la prestación, hay que distinguir los AM abiertos o AM orientados a empresas —en los que no están todos los extremos perfectamente definidos que se perfilarán en una segunda fase, en la que concretarán las características o forma de ejecutar la prestación por la empresa seleccionada de entre las que forman parte del AM, tras una mini-licitación— y los AM cerrados o AM orientados a productos, en los que todas las especificaciones, los criterios de

evaluación y todas las condiciones de la contratación derivada se encuentran perfectamente determinados durante la primera etapa del proceso, sin que se pueda variar ningún elemento, restando poco más que concretar el objeto del CB y su plazo de ejecución. En estos casos, para la selección de la empresa que debe ejecutar el CB puede no haber una nueva licitación, siempre que el pliego del AM prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del AM deberá ser adjudicatario del CB. Siempre que esté perfectamente objetivizada, se admite cierta discrecionalidad técnica para elegir la empresa, lo cual delimita el campo del control jurídico²⁰.

Es importante señalar que un AM cerrado e individual solo podrá mantener su naturaleza de precontrato *stricto sensu*, sin impacto en los créditos de los presupuestos, si no existe identidad entre partes del AM y destinatarios de los CB, lo cual no sucede en los servicios sanitarios con un solo órgano de contratación, donde las gerencias actúan por delegación.

Las ventajas que presenta esta técnica de racionalización en la compra de medicamentos son múltiples. De acuerdo con el artículo 100.3 de la LCSP, con carácter previo a la tramitación del AM no es necesario aprobar un presupuesto base de licitación y en consecuencia no será necesaria la consignación presupuestaria para celebrar un AM dado que no tiene impacto en los créditos de los presupuestos por tratarse de un precontrato. Por otro lado permite tener a disposición del servicio de salud un catálogo de productos y de empresas, que podrán ser requeridas en función de las necesidades de la farmacia hospitalaria. A modo de ejemplo, el AM para la selección de proveedores para el suministro de principios activos para los pacientes celebrado por el Servicio de Salud de la Islas Baleares, en el que establece que la prescripción médica determinará la necesidad de realizar los correspondientes pedidos. En función de las necesidades diarias las gerencias efectuarán los correspondientes pedidos y se determinará la empresa a la que debe remitirse dicho pedido, siguiendo los consumos derivados de la prescripción facultativa. Como el CB sí tiene impacto en los créditos del presupuesto, al final del día, el sistema informático de contabilidad agrupará todos los pedidos realizados por cada gerencia y anotará en el sistema un documento contable de compromiso de gasto. En todo caso los CB se entenderán perfeccionados una vez realizado el correspondiente pedido y anotado en el sistema contable la autorización y disposición del gasto²¹.

El SDA, es una técnica de racionalización que también significa la contratación en dos fases. Resulta de gran utilidad para la adquisición de medicamentos. Sus características singulares son su formato exclusivamente electrónico y el hecho de encontrarse permanentemente abierto al mercado, lo cual le otorga un carácter de invocación continua y dinámica que no presenta el AM. Haber sido admitida una empresa al SDA implica únicamente el derecho a recibir por medios electrónicos o telemáticos la invitación a participar en la licitación, que se articulará posteriormente, sin que exista ninguna obligación de participar.

²⁰ El caso fue planteado a la JCCA del Estado por el consejero de Salud del Principado de Asturias, en el Informe 31/2010, de 24 de noviembre de 2010, se concluyó que en este supuesto los centros gestores destinatarios de los bienes o servicios podrán optar entre cualquiera de las empresas siempre que se haga motivadamente, sin perjuicio de respetar la discrecionalidad derivada de cuestiones puramente técnicas o científicas que delimiten el campo del control jurídico.

²¹ Pliego disponible en <http://www.plataformadecontractacio.caib.es/DocumentoAdjuntoView?idLicitacion=44156&idTipoDocumento=128>.

Durante todo el período de vigencia del SDA, cualquier empresario interesado podrá solicitar participar en el mismo.

Contratos a precios unitarios

Los suministros de tracto sucesivo que en terminología comunitaria se han denominado contratos renovables, suministros periódicos y repetitivos, son los de cuantía indeterminada que se celebran a precios unitarios y cuyas entregas se efectúan según las necesidades de la Administración sin que exista un compromiso exacto de adquisición de determinada cuantía de bienes. Esta modalidad de contrato tradicional, regulada en el artículo 16.3.a) y el la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP, encaja en la compra de medicamentos. A diferencia del AM tiene impacto en los créditos del presupuesto y por tanto su inicio requiere de la aprobación de un presupuesto base de licitación y la adecuada consignación presupuestaria.

Si observamos fuera de nuestras fronteras veremos que esta necesidad de contratar a precio unitario sin determinar al momento de celebrar el contrato el número exacto de unidades, se ha resuelto de diferentes maneras desde el punto de vista presupuestario. Notamos que los *marchés à bons de commande* que regula el *Code des Marchés Publics* francés, presentan la particularidad de no tener impacto en el consumo de los créditos; serán los *bons de commande* los que signifiquen tal compromiso o *engagement juridique*, como se expresa en el documento Módulo formativo que publica la página del *Ministère des Finances et des Comptes publics, Direction du Budget*, referente al compromiso de gasto en los contratos. Es una solución que no ha elegido el legislador español que considera estos negocios contratos a los efectos del impacto económico.

Una vez adjudicado el contrato, el importe máximo estimado debe quedar en fase presupuestaria de disposición o compromiso de gasto para responder a las obligaciones que de él puedan derivarse, no siendo posible realizar pedidos por importes superiores al crédito dispuesto (Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP).

Los contratos a precios unitarios según necesidades de la Administración pueden iniciarse como contratos tradicionales, sin depender de un AM y también pueden tener la consideración de CB, previa licitación y adjudicación de un AM.

Es necesario delimitar con precisión estos contratos de la figura del AM *stricto sensu*. La calificación correcta de la naturaleza del negocio jurídico tiene como finalidad precisar el régimen jurídico aplicable a cada caso y, principalmente, determinar si es necesaria la existencia de crédito adecuado y suficiente para la celebración del negocio²². Existe una tipología de AM que roza la categoría de contrato. Se trata del AM cerrado e individual. Resulta difícil calificarlo de contrato normativo o precontrato, porque todas las obligaciones están cumplidamente definidas. Únicamente en el supuesto de no existir coincidencia entre partes y destinatarios del acuerdo marco —por actuar una central de contratación y posteriormente intervenir otros órganos de contratación— cabe admitir que el negocio no reúne todos los elementos del contrato que exige el Código Civil en el artículo 1261.

²² MOREO MARROIG, TERESA. *Biología del acuerdo marco. ¿Un ornitorrinco jurídico?* Disponible en <http://www.administracionpublica.com/biologia-del-acuerdo-marco-un-ornitorrinco-juridico/> desde 13 de junio 2016.

2.3. Acuerdos de riesgo compartido (ARC). Nuevos sistemas de pago vinculados a la calidad de resultados

Los ARC pretenden pasar a un sistema de pago de los servicios o de los medicamentos por resultados, de tal manera que el valor de una tecnología se condicione a la demostración de su eficacia y eficiencia. Estos acuerdos son una herramienta clave para ayudar a regular algunas incertidumbres de los medicamentos y distribuir los riesgos entre los diferentes agentes del sistema, que se corresponsabilizan conjuntamente de la sostenibilidad del gasto y de los resultados en salud. Teniendo en cuenta todas estas variables, los medicamentos que son susceptibles a un ARC son precisamente las innovaciones que están dirigidas a una patología grave o huérfana o, por ejemplo, los que están dirigidos a una necesidad clínica no cubierta, cuya predicción de respuesta clínica es incierta o conlleva dificultades para evaluar su relación coste/beneficios.

El nuevo marco regulatorio europeo y nacional de las compras públicas está claramente enfocado a la eficacia y la innovación. Por otro lado, existe una importante presión para la incorporación de nuevos fármacos o nuevos tratamientos cuyos resultados no se conocen con certeza. En este entorno adquieren carta de naturaleza los ARC que en España se iniciaron en el año 2011 en diversos hospitales, destacando como pioneros el servicio de salud catalán, andaluz y balear, este último con las terapias de tratamiento de dolencias de la espalda. Estos ARC son de tipo muy diverso y se han llevado a cabo en relación a pago por volumen, a mayor cantidad, menor precio y también en relación a los resultados²³.

Este último tipo de ARC se aplica a todos los esquemas de relación o contratación que vinculan el precio o reembolso de una innovación con una serie de variables relacionadas con objetivos o resultados. Se pagará por el beneficio real de los pacientes, por la efectividad del tratamiento y no por la promesa del beneficio. El riesgo es compartido entre proveedor y comprador, se fija de común acuerdo el objetivo y si no se consigue, la empresa adjudicataria reintegra parte de los gastos incurridos.

²³ ARC en España: 1/-Desde el Sistema Nacional de Salud, entre 2014 y 2015, se realizaron un total de 11 acuerdos de techo máximo de gasto, en áreas como la hepatitis C, el cáncer de mama metastásico, el cáncer de próstata, la fibrosis pulmonar idiopática, la fibrosis quística, entre otros. 2/-Los ARC permiten la llegada de medicamentos donde la necesidad terapéutica no estaba cubierta, es el caso de Fampridina para la esclerosis múltiple, financiado por el Sistema Nacional de Salud. Será Biogen Idec empresa comercializadora, quien suministre gratis el medicamento durante este periodo, y será la Administración Pública quien pague aquellos tratamientos que continúen porque los sujetos han respondido al tratamiento. 3/-El Ministerio de Sanidad ha decidido financiar el primer fármaco de terapia celular, el fármaco bajo la denominación ChondroCelect, de la empresa Tigenix, es el único tratamiento de terapia celular aprobado por la Agencia Europea del Medicamento. Se usa para la regeneración del cartilago de la rodilla. 4/- Entre el Hospital Universitario Virgen de las Nieves (Granada) y la compañía farmacéutica GSK para la adquisición del medicamento Volibris (Ambrisentan) tratamiento para la hipertensión arterial pulmonar (HAP). 5/- Instituto Catalán de Oncología y el CatSalut (Servicio Catalán de Salud), un programa piloto (vigente 1 año) de ARC con un medicamento oncológico: Iressa (Gefitinib). 6/- Servicio Catalán de la Salud (Catsalut), se da entre el Hospital Clínico de Barcelona (Servicios de Reumatología y Farmacia) y UCB Pharma para desarrollar un programa piloto (1 año) de ARC basado en resultados con un medicamento para el tratamiento de la artritis reumatoide. En esta ocasión se trata de un fármaco biológico bloqueante del TNF-alfa, Cimzia (certolizumab pegol), en que los objetivos terapéuticos se observan en un plazo de doce semanas, momento en el que, en función de los resultados, se toma la decisión de continuar el tratamiento o por el contrario parar el mismo. 7/-Hospital General Universitario de Alicante y una compañía farmacéutica, se trata de un ARC para el empleo de Ácido hialurónico intraarticular para la artrosis, una fórmula que vincula el resultado clínico con la financiación, de tal modo que el hospital solo pagará el coste del producto en los usuarios que son respondedores al tratamiento.

Parece que los ARC son un nuevo modo de financiación que llega para quedarse no obstante existe una gran necesidad de clarificar su régimen jurídico, la metodología y de avanzar en cuál va a ser la evaluación real de los resultados a largo plazo.

El modo en que vienen realizando estos negocios en algunos casos pone en cuestión su compatibilidad con la normativa en materia de contratación pública, fundamentalmente porque la elección de la empresa suministradora se lleva a cabo sin licitación previa. En el supuesto de medicamentos hospitalarios, el hecho de que estos acuerdos establezcan el pago en función de resultados no evita que se deban licitar conforme a los procedimientos y principios establecidos en la LCSP. Los anuncios de información previa y las consultas preliminares al mercado son dos herramientas que parecen muy adecuadas para la formalización de estos negocios que en definitiva son contratos del sector público.

Salvo supuestos de exclusividad, los ARC deberían llevarse a cabo con distintas empresas que se comprometan a este esquema de relación que vincula el pago a los resultados en el caso de resultar adjudicatarias de un contrato. La LCSP incorpora soluciones para mejorar la eficacia y eficiencia de la compra pública que suponen un cambio de enfoque radical respecto del sistema anterior. La más importante se contiene en el artículo 145 que consagra la preponderancia del criterio mejor relación calidad-precio/mejor relación coste-eficacia para determinar la adjudicación de todos los contratos de suministros y servicios en los que el precio no sea factor determinante de la adjudicación. En la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea conforme al principio de legalidad, además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia, no solo desde una visión economicista. Se debe poner acento en la idea de «eficiencia social». Por otro lado, el artículo 102 de la LCS prevé la posibilidad de establecer precios variables cuando la naturaleza y objeto del contrato lo permita. En estos casos, el contrato deberá incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento. El contrato deberá establecer con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones, los índices que medirán el grado de calidad y satisfacción, las reglas para su determinación y el procedimiento para aplicarlo.

No hay soluciones sencillas en entornos complejos como es el sanitario. Estos acuerdos presentan sin duda pros y contras. La necesidad de unos sistemas de información en la Administración sanitaria exige una compatibilidad de las bases de datos. Todo ello hace difícil la implementación de este tipo de acuerdos porque requiere tiempo y esfuerzo en su diseño y los recursos adecuados para su supervisión y seguimiento de su evolución que permitan una medida real y concreta de los resultados. Con todo, las ventajas que ofrece este sistema son muy importantes. En primer lugar fomenta la competencia entre medicamentos sobre la base de su relación coste eficacia, consagrada en el artículo 145 de la LCSP y por otro lado, es el instrumento ideal para fomentar la innovación terapéutica.

Una de las debilidades del sistema es la quiebra de los principios rectores de la contratación pública y del gasto público. Falta establecer un marco jurídico que garantice la transparencia del proceso. Se produce una avalancha de nuevos medicamentos que van a tener que entrar en los sistemas públicos de reembolso. No podemos olvidar la problemática actual respecto a la fijación de precios de los fármacos que he explicado en el apartado 1.4. Todo

ello trae como consecuencia que el sector se lamente en ocasiones de la falta de transparencia y precisión de las reglas del juego.

2.3. Formas de gestión de los servicios sanitarios

2.3.1. Introducción

La prestación de la asistencia sanitaria no siempre se lleva a cabo con medios y recursos propios del sistema y es frecuente que se acuda a medios ajenos cuando aquellos resultan insuficientes o inapropiados. La Comisión Europea ha venido recordando que son valores esenciales de la Comunidad la protección de la salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial (Comunicación de la Comisión Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea, de 26 de abril de 2006, COM(2006) 177 final). Esta especificidad procede del carácter vital de las necesidades que han de satisfacer, garantizándose de este modo la aplicación de derechos fundamentales, como la dignidad y la integridad de la persona.

Como ya señalé en el apartado 2.1.1 de este trabajo, la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, en su considerando 114, reconoce a los estados miembros libertad para prestar por sí mismos u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos. Estos servicios podrán prestarse bajo fórmulas contractuales —aplicando el umbral especial de 750.000€— o no contractuales entre las que destacan, en el ámbito sanitario, el concierto y los convenios singulares de vinculación.

En el Preámbulo de la LCSP se reproduce este considerando de la Directiva si bien se añade una mención expresa de los servicios farmacéuticos cuando dice: *Los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos.* La ley incide en esta mención expresa, cuando en el Anexo IV incluye el código CPV 85149000-5 que corresponde a Servicios farmacéuticos.

Esta posibilidad de gestión contractual de estos servicios está prevista en la LCSP, concretamente en las disposiciones adicionales cuadragésima séptima, cuadragésima octava y cuadragésima novena, que prevén sucesivamente los principios aplicables a los contratos de determinados servicios de carácter social, sanitario o educativo, la reserva de ciertos contratos a determinadas organizaciones y la legislación de las comunidades autónomas relativa a instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social. Además en el artículo 11.6, queda excluida de la LCSP la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Con este nuevo marco jurídico se abre un nuevo escenario en el que la delgada línea divisoria entre las figuras de contrato y convenio se desdibuja hasta desaparecer. En el ám-

bito sanitario veremos convivir contratos, conciertos, convenios singulares de vinculación y autorizaciones, todos ellos con el objetivo común de presentar un servicio al ciudadano, compartiendo el mismo CPV, pero sujetos a diferentes regímenes jurídicos. Unos los veremos publicados en DOUE, otros no. En unos el gasto se imputará a capítulo 4, en otros a capítulo 2.

¿Cuáles son los elementos diferenciadores que permiten la aplicación de un régimen jurídico diferente? ¿La simple voluntad de la Administración?

Probablemente entre estos elementos diferenciadores hay de considerarse el grado de intervención que ejerce la Administración en la organización de la empresa. Tanto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad como en sus homónimas en las comunidades autónomas, así como en las diferentes normas autonómicas que se han aprobado en los últimos meses sobre la acción concertada, los requisitos que deben cumplir las entidades que aspiran a la formalización de un convenio o un concierto coinciden en la exigencia de un régimen de autorizaciones y homologaciones para prestar el servicio que obligan a las entidades que se postulan a someter su organización empresarial a criterios más rigurosos que cualquier otra empresa que actúe en el mercado, que excluye la planificación vinculante o imperativa por parte de los poderes públicos.

2.3.2. Gestión contractual de los servicios

Una de las formas de gestión de los servicios sanitarios es mediante la formalización de un contrato de servicios o, en su caso, de un contrato de concesión de servicios —que ha venido a sustituir al contrato de gestión de servicios públicos, regulado en el TRLCSP y que en la modalidad de concierto era muy utilizado en la sanidad pública— siempre y cuando se produzca efectivamente el traslado de una parte del riesgo operacional al contratista, en los términos que exige el artículo 14.4 de la LCSP, lo cual resulta difícil de imaginar cuando está en juego la salud de las personas.

Estos contratos tienen sus especialidades reguladas en el artículo 22.1.c), 29.4, 107.1, 135.5, 145.3.g), 145.4 y 312, amén de las disposiciones adicionales cuadragésima séptima y cuadragésima octava. Con todo, esta regulación no constituye un régimen jurídico simplificado para su adjudicación, al que alude la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública en su considerando 114, que habrá de ser legislado por las comunidades autónomas.

Es posible establecer unas normas diferentes de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios a las personas, que ponga en el acento en aspectos técnicos y de calidad. Cataluña ha sido la primera que se ha lanzado a llevar a cabo esta tarea y la han seguido otras comunidades autónomas como Aragón, Asturias, Baleares, Galicia, Valencia o Murcia. Es cierto que en toda esta normativa se aprecia una relevancia muy sobresaliente de la dedicación a los servicios sociales o sociosanitarios frente a los servicios sanitarios, que son también servicios a las personas.

En la LCSP, estos contratos de servicios, además de un umbral económico diferenciado, 750.000€, su plazo de duración puede ser mayor de cinco años para garantizar la continuidad de tratamientos. Los criterios de adjudicación nunca podrán descansar en el precio siendo la calidad del servicio el aspecto más valorado, siempre con un mínimo del 51% de la puntuación. La experiencia de la empresa podrá ser valorada no solo en la fase de admisión sino

también en la de adjudicación, siempre que pueda afectar de manera significativa en su mejor ejecución. Se podrá reservar la participación en los correspondientes procedimientos de adjudicación de contratos de servicios sanitarios a determinadas organizaciones que reúnan las condiciones que se establecen en el artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE.

Es importante destacar que la figura del AM, analizada para los contratos de suministro de medicamentos y productos sanitarios en el apartado 2.2.1 de este trabajo, tiene también encaje en determinados servicios sanitarios a las personas. Presenta las ventajas propias de las técnicas de racionalización y es utilizada²⁴.

2.3.3. Gestión no contractual de los servicios

Al margen de la gestión contractual de los servicios sanitarios a las personas, sometida al bloque normativo de contratos públicos, la Directiva de 2014 reconoce otras formas de gestión, siempre que se garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación. Mucho antes de este reconocimiento comunitario, en España la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya previó la posibilidad de formalizar conciertos o convenios singulares de vinculación con entidades privadas, para llevar a cabo prestaciones sanitarias. El artículo 66 de dicha ley dispone que los hospitales generales del sector privado que lo soliciten sean vinculados al Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con un protocolo definido, siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades económicas del sector público lo permiten. En el artículo 90 se regulan los conciertos que se establezcan entre las Administraciones Públicas Sanitarias y medios ajenos a ellas. La interpretación de si estos conciertos debían estar sometidos a la normativa de contratos públicos, por tratarse de una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos (hoy día eliminado) no ha sido pacífica. En la actualidad carece de fundamento tal debate pues la LCSP no regula los conciertos y se debe acudir a las normas autonómicas para establecer su régimen jurídico.

Vemos por tanto que es posible la «adjudicación directa» de convenios singulares de vinculación o de conciertos siempre que estén justificadas razones objetivas. Algunos pronunciamientos del TJUE han avalado esta posibilidad (STJUE de 17/06/1997, Asunto C-70/95 *Sodemare*. STJUE de 11/12/2014, Asunto. *Aziencia Sanitaria Locale n. 5 Spezzino y Croce Rossa Italiana*, y STJUE de 28/01/2016, Asunto C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio- CASTA*.). Otros pronunciamientos sin embargo parece que cuestionan esta técnica al margen de la normativa de contratación pública. La STS de 6 de noviembre de 2012 puso un toque de atención al considerar que los actos preparatorios de un contrato deben darse en la gestación de los convenios singulares de la Ley de Sanidad. Por otro lado, la reciente sentencia del TJUE, de 18 de octubre de 2018, Asunto C-606/17, entre *IBA Molecular Italy Srl* y el Ministerio de Salud italiano, que contrató de manera directa con el *Istituto Sacro Cuore — Don Calabria di Negrar* el radiofármaco fluorodesoxiglucosa, también siembra ciertas dudas.

²⁴ A modo de ejemplo el AM para la prestación de procedimientos quirúrgicos y atención urgencias en el ámbito de gestión del Servicio de Salud de las Illes Balears. Pliego accesible la Plataforma de Contratación del sector Público.

Como ya expresé en otra ocasión²⁵, corresponde al TJUE determinar qué elementos diferenciadores se deben producir para que un negocio pueda ejecutarse al margen de la regulación contractual. Ahí entran en juego las palabras claves: onerosidad, lucro, interés económico, competencia en el mercado, finalidad social, objetivos de solidaridad, costo, beneficio industrial, eficiencia presupuestaria, exclusividad a un solo operador económico, reserva, etc.

Ambas figuras, convenio y concierto, suponen una colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación del servicio sanitario público.

Conforme dispone el artículo 48 de la LRJSP, las Administraciones públicas y los organismos públicos podrán suscribir convenios, con persona pública o privada, sin que ello pueda suponer cesión de titularidad de competencias, con el contenido, trámites y límites que se establecen en esta ley. Los convenios singulares de vinculación con centros privados para la atención sanitaria están previstos en los artículos 66 y 67 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, y su objeto es la vinculación a la red pública de los hospitales privados. Esta figura también se encuentra regulada en la legislación autonómica, como es el caso de Baleares que prevé su utilización en el artículo 3 del Decreto Ley 3/2013, por la que se crea la Red Hospitalaria Pública de las Illes Balears, permitiendo a estos convenios una duración de veinte años.

3. Conclusiones

Como indiqué al inicio de este trabajo los órganos de control externo han detectado diversas irregularidades en el sistema de contratación sanitaria entre las que destaca la adjudicación de contratos sin el cumplimiento de la legalidad vigente. A pesar de que es posible que se trate de un problema sistémico urge dar una solución a esta situación utilizando los medios humanos, técnicos y jurídicos que se tienen al alcance.

En primer lugar, se debe dar solución al problema de financiación, lo cual requiere un esfuerzo por parte de los gobiernos de las comunidades autónomas, pero también que el Estado ponga en valor el principio de suficiencia para que todas las comunidades autónomas dispongan de los recursos necesarios para financiar los servicios que son de su competencia.

Es imprescindible destinar un equipo al mantenimiento de la situación legal de los contratos válidamente celebrados. Los procesos de licitación deberían incoarse con una antelación de 12 meses. Esta tarea, a la que se debe dedicar el área de contratación y de compras, no se puede llevar a cabo sin la colaboración de los servicios promotores de los contratos. Hasta que se consiga poner el contador a cero, es recomendable seguir una política continuista en el sentido de tramitar los expedientes sin grandes innovaciones, lo cual permite encomendar su tramitación a personal con un nivel medio o bajo de especialización.

Aquellas prestaciones/entrega de bienes que se están llevando a cabo sin cobertura legal y no exista ningún procedimiento iniciado, dada la rapidez de estos procedimientos, se podrían canalizar a través de INGESA o a través de encargos de ejecución a medios propios, si se dispone de ellos, mientras se tramitan los procedimientos de licitación que resulten

²⁵ MOREO MARROIG, T. «Los servicios a las personas en la nueva legislación». blog espublico, disponible desde 12/07/17. <https://www.administracionpublica.com/los-servicios-a-las-personas-en-la-nueva-legislacion/>

más adecuados, utilizando las técnicas de racionalización que la LCSP pone a disposición. Ello supone iniciar una forma de trabajar diferente a la que es habitual. Los procedimientos en curso que una vez finalizados pondrán fin a la situación irregular deben acelerarse en la medida de lo posible. La LCSP en el artículo 28 obliga a planificar nuestras compras con un horizonte al menos anual y va a disciplinar la política de compras de los hospitales. La LCSP efectivamente ofrece muchas oportunidades, pero debe ir acompañada de un proceso de profesionalización de la compra pública.

No es posible imaginar el futuro de la contratación pública sanitaria sin contar con la innovación. La LCSP introduce un nuevo procedimiento denominado asociación para la innovación que, sin duda, ha de tener mucho recorrido. Los ARC son una herramienta muy útil que presenta sus luces y sombras pero que sin duda ha de colaborar a construir un sistema de compras sanitarias más eficiente. Corresponde a los gestores hacerlo realidad.

Bibliografía y doctrina consultada

Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Gasto Sanitario Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2016.

Recomendación C.E (UE) 2017/1805 3-10-2017 2017. «Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública».

Tribunal de Cuentas. Informe n.º 584 de fiscalización sobre la contratación celebrada o en vigor en 1999 y 2000 de las adquisiciones de medicamentos y productos farmacéuticos en una muestra de hospitales de titularidad pública del sistema nacional de salud. 30 de abril de 2003.

Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid. Informe, de 30 de diciembre de 2013, de fiscalización de los convenios y conciertos de los hospitales de la red pública del SERMAS con entidades privadas para prestación de los servicios sanitarios. Ejercicio 2011.

Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias Informe sobre los conciertos sanitarios ejercicio 2013, de 24 de abril de 2015.

Cámara de Cuentas de Canarias. Informe de fiscalización del gasto de adquisición e intervención para implantes quirúrgicos realizados por el Servicio Canario de la Salud, de 20 de diciembre de 2016. Informe de fiscalización de los gastos por productos farmacéuticos en el Servicio Canario de la Salud, ejercicio 2013, de 20 de diciembre de 2016.

Sindicatura de Cuentas de las Illes Balears. Informe 151/2018 de la Cuenta general de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears correspondiente al ejercicio 2016.

Consejo de Cuentas de Castilla y León. Informe de fiscalización del análisis y evolución de la deuda sanitaria no imputada a presupuesto en la Comunidad de Castilla y León . Plan anual de fiscalizaciones 2018.

Sentencia del TJUE (Sala Quinta), de 2 de junio de 2016. Asunto C-410/14. Falk Pharma Gmb.

Sentencia del TJUE (Sala Octava), de 18 de octubre de 2018. Asunto C-606/17. IBA Molecular Italy.

Sentencia del TJUE (Sala Novena), de 25 de octubre de 2018. Asunto C-413/17. Roche Lietuva. UAB.

TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 6 noviembre 2012. RJ/2012\10355. Conciertos: convenio singular de vinculación: asistencia sanitaria sustitutoria.

TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia num. 98/2018 de 29 enero. RJ\2018\318.

Abogacía del Estado. Contratos de la Administración. Dictamen 6/07 Distinción entre convenios de colaboración y contratos a efectos del artículo 3.1.C) del TRLCAP. Consulta sobre el convenio de colaboración entre la fundación del sector público estatal «Centro Nacional de Investigaciones Cardiovasculares Carlos III» y la sociedad XXX.

César Tolosa Tribiño. Magistrado Sala Tercera Tribunal Supremo. Informes, estudios e investigación 2017. Contratación pública y subastas de medicamentos en Andalucía.

Gonzalo París, profesor Investigador Honorífico. Departamento de Ciencias Biomédicas. Facultad de Farmacia. Universidad de Alcalá. «Efectos colaterales del procedimiento de fijación de precios y financiación».

Pascual García, José y Rodríguez Castaño, Antonio R., 2018. «Régimen Jurídico del Gasto Público. Presupuestación, ejecución y control». Colección: Estudios Jurídicos. Editorial BOE.

Palomar Olmeda, Alberto. «Responsabilidad contable y administrativa. El nuevo delito de falsedad contable pública. La articulación general de la responsabilidad derivada de la gestión de fondos públicos» (Madrid, 18 de febrero de 2014. IGAE 140 años).

Varios autores. Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público. Aranzadi. 2018.

Varios autores. Tratado de Contratos del Sector Público. Tres Tomos. Tirant lo Blanch. 2018.