

# ASPECTOS LABORALES DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA CONCERTADA

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

**Palabras clave: Prestación sanitaria, concierto administrativo, aspectos laborales**

La Constitución española no establece un determinado modelo de gestión del servicio público de asistencia sanitaria; por ello, se permite a la Administración sanitaria que pueda gestionar sus recursos de forma directa o de forma indirecta.

La gestión indirecta del servicio puede adoptar diferentes modalidades recogidas en la normativa de contratos del sector público, inscritas en el denominado contrato de gestión de servicio público; pero de todas ellas la Ley General de Sanidad ha optado por la técnica del concierto, que es la utilizada en sanidad para contratar los servicios de empresas, públicas o privadas, para la prestación del servicio público sanitario.

Esta fórmula permite a la Administración titular del servicio dotarse de establecimientos, instalaciones y medios personales y técnicos de una empresa ya constituida con fines análogos mediante la adecuada compensación económica.

El concierto administrativo, como ocurre con otras modalidades de contratos administrativos, es muestra de una relación triangular de trabajo que se desenvuelve entre la Administración sanitaria, que sigue conservando poderes de inspección y policía, la empresa o entidad concertada que resulta adjudicataria del servicio y los trabajadores que prestan servicios para ésta última; siendo los consumidores y usuarios los últimos destinatarios de la prestación del servicio público de salud.

En este estudio nos centraremos en analizar las particularidades del concierto sanitario y específicamente, las repercusiones jurídico-laborales para los trabajadores que prestan servicios en las empresas concertadas; incidiendo fundamentalmente en un análisis jurisprudencial en un intento de "tomar el pulso" a cuáles son las cuestiones más controvertidas y que más conflictos han originado en el ámbito laboral.

## ABSTRACT

**Key words: providing health, concert administrative, aspects labour**

The Spanish Constitution does not establish a specific model of management of the public health care service; for this reason, is permitted to health administration that it can manage its resources directly or indirectly. Indirect management can adopt different modalities contained in the normative of contracts of the sector public. All of them, the General Law of Health has opted for the technique of the concert, which is used in healthcare to hire the services of companies, public or private, for the provision of the public health service. This formula allows the incumbent administration of service provide establishments, facilities and personal media and technicians of a company already established similar purposes through the adequate economic compensation.

Administrative concert shows a triangular working relationship that develops between the health administration, which still retains powers of inspection and police, the company won the contract for the service and workers; still users the latest recipients of the provision of the public health service.

In this study we will focus on analysing the peculiarities of the sanitary concert and, specifically, the labour law implications for workers providing services in these enterprises; focusing primarily on jurisprudential analysis, in an effort to "take the pulse" what are the most controversial issues and that more conflicts have resulted in the workplace.

## ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO
2. LA TÉCNICA DEL CONCIERTO COMO MECANISMO DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA: ESPECIAL REFERENCIA AL CONCIERTO SANITARIO
3. LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA CONCERTADA POR EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
  - 3.1. Introducción
  - 3.2. Los aspectos laborales del concierto público sanitario en la Administración de la Seguridad Social
  - 3.3. Los aspectos laborales del concierto público sanitario en las entidades privadas aseguradoras
    - 3.3.1. La trascendencia de los pliegos administrativos en los conciertos sanitarios en relación a las condiciones de trabajo del personal que presta servicio en entidades aseguradoras concertadas
    - 3.3.2. La potestad de la Administración de modificar el objeto del contrato: en particular la modificación de las condiciones económicas del concierto y su repercusión en las condiciones salariales de los trabajadores de entidades aseguradoras concertadas
    - 3.3.3. El concierto sanitario y las modalidades de contratación laboral: especial referencia al contrato de obra o servicio determinado
    - 3.3.4. Condicionamientos de las cuestiones de personal en el concierto sanitario y viceversa: la aplicación de la normativa de incompatibilidades al personal que presta servicios en entidades aseguradoras concertadas
    - 3.3.5. Efectos jurídico-laborales de la finalización del concierto sanitario en los contratos de trabajo del personal que presta servicios en entidades aseguradoras concertadas
4. LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA CONCERTADA POR LAS MUTUALIDADES DE FUNCIONARIOS (MUFACE, ISFAS, MUGEJU): LA INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL CON EL PERSONAL QUE PRESTA SERVICIOS PARA LAS ENTIDADES ASEGURADORAS CONCERTADAS

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO

El artículo 41 de la Constitución establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, precepto desarrollado por la Ley General de Seguridad Social (en adelante TRLGSS<sup>1</sup>).

Al mismo tiempo la Constitución en su artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud y, de nuevo, encomienda a los poderes públicos configurar un sistema público de tutela de la salud; precepto, a su vez, desarrollado por la Ley General de Sanidad (en adelante LGS<sup>2</sup>); pues, como ha afirmado el

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 8 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social

<sup>2</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Tribunal Constitucional (STC 37/1994), dicho precepto “recoge la prestación del servicio de salud como un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema...el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”.

No obstante, la Constitución no establece un determinado modelo de gestión de la asistencia sanitaria, sino que lo remite a la normativa legal, permitiendo al legislador optar por uno u otro modelo (gestión pública, privada o mixta), con el requisito insoslayable de que ha de quedar garantizada de forma suficiente la prestación de asistencia sanitaria para todos los ciudadanos en condiciones de igualdad.

La titularidad de la gestión del servicio público corresponde a la Administración pública, pero éste puede ser gestionado de forma directa, mediante su propia organización y medios, o de forma indirecta; decisión que corresponde a la propia Administración, aunque con la salvedad de servicios que impliquen ejercicio de autoridad que han de ser prestados directamente, como veremos posteriormente y tal como prevé la LGS, al estar en juego, en la cuestión de la organización administrativa del servicio de salud, el derecho a la salud como bien jurídico protegido. Podemos decir que, en la prestación de servicios sociales básicos donde se incluye la asistencia sanitaria, se ha pasado de un Estado abstencionista a un Estado intervencionista.

Las Administraciones públicas, entre las que se incluye la Administración sanitaria, pueden, por tanto, gestionar indirectamente los servicios públicos en general y el servicio sanitario en particular utilizando la técnica contractual, siempre que no implique el ejercicio de poderes soberanos y tenga un contenido económico. Así lo prescribe expresamente el TRLGSS, al disponer que el régimen de contratación de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social se atenderá a la Ley de Contratos del Sector público (en adelante TRLCSP) y su normativa de desarrollo (art. 128 TRLGSS)<sup>3</sup>. Dicha norma regula los diferentes contratos administrativos, aunque a los efectos de nuestro estudio interesa el contrato de gestión del servicio público<sup>4</sup>, -donde se diferencian distintas

<sup>3</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>4</sup> El artículo 8 TRLCSP define el contrato de gestión de servicios públicos como “aquél en cuya virtud una Administración pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante”.

modalidades, a saber, concesión administrativa, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, art. 277 TRLCSP)-, y dentro de él nos ocuparemos del concierto.

El objeto del contrato de gestión del servicio público será la gestión del servicio de titularidad de la Administración pública con la que se suscribe dicho contrato; lo que implica la decisión de la Administración de prestar el servicio por medio de terceros, de forma que a través del contrato de gestión de servicios públicos la Administración encomienda a una persona física o jurídica, la gestión de un servicio público de su competencia exclusiva, de un contenido y potencial económico tal que haga rentable su explotación por parte de empresarios particulares. Es significativo resaltar que los destinatarios finales del contrato de gestión de servicios públicos son los consumidores y usuarios del servicio público y no directamente la Administración.

El presente trabajo se va a centrar en la utilización del concierto para la prestación de asistencia sanitaria pública, como forma de gestión indirecta de un servicio público, dejando al margen otras formas de concierto o concertación que pudieran realizarse, así como las formas de colaboración voluntaria en la gestión de la Seguridad Social; quedan asimismo fuera del objeto del trabajo los conciertos entre Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social con empresas privadas y el análisis sobre las bondades o maldades de la privatización de la asistencia sanitaria<sup>5</sup>; como tampoco vamos a analizar los conciertos entre la Administración pública sanitaria y las Universidades con fines de investigación, a pesar de que pudieran producirse conflictos o cuestiones de índole laboral<sup>6</sup>.

Específicamente, y ya centrándonos en la asistencia sanitaria pública concertada, el objeto de nuestro estudio abarcará las cuestiones de índole laboral, quedando excluido el análisis de otros aspectos no jurídico-laborales, como puede ser la responsabilidad administrativa patrimonial en los conciertos sanitarios formalizados entre la Administración pública sanitaria y las entidades aseguradoras concertadas por los daños causados a terceros por la prestación

<sup>5</sup> Sobre el particular vid. Sánchez Martínez, Fernando, Abellán Perpiñán, José María, Oliva Moreno, Juan: La privatización de la gestión sanitaria: efecto secundario de la crisis y síntoma de mal gobierno. Informe SESPAS 2014. Gaceta sanitaria vol. 28/2014, que realizan un análisis económico sobre la privatización de la asistencia sanitaria. Sánchez Bayle, Marciano: La privatización de la asistencia sanitaria en España. Fundación Alternativas. Madrid, 2013.

<sup>6</sup> Así ocurre con la reducción de un 25% de los efectos económicos derivados de la carrera profesional para el personal con plaza vinculada, supuesto contemplado en la STSJ de Asturias (Contencioso-administrativo, Secc. 1<sup>a</sup>) de 28 de septiembre de 2011 (JUR 358592).

de asistencia sanitaria por centros privados<sup>7</sup>, por quedar fuera del marco del Derecho del Trabajo.

## **2. LA TÉCNICA DEL CONCIERTO COMO MECANISMO DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA: ESPECIAL REFERENCIA AL CONCIERTO SANITARIO**

Como hemos adelantado, las Administraciones públicas pueden gestionar sus servicios de forma directa o indirecta, encontrándose el concierto en esta última modalidad. Se trata de una figura que tiene su origen en las necesidades que en ocasiones tiene la Administración pública de garantizar o aumentar la eficacia de un servicio, acudiendo a la contratación con empresas dedicadas habitualmente a prestaciones similares a las que constituyen objeto del servicio público en cuestión, especialmente en áreas de actuación en las que concurren iniciativa pública e iniciativa privada, en sectores como educación, servicios sociales o, el que nos interesa a efectos de nuestro estudio, sanidad.

El concierto es una fórmula contractual que permite a la Administración pública titular del servicio y para su mejor prestación valerse de forma indirecta de establecimientos, instalaciones y medios personales y técnicos de una empresa ya constituida con fines análogos mediante la adecuada compensación económica; destacando como características principales de esta fórmula contractual la de un pago a tanto alzado por la Administración concertante y la del mantenimiento por el contratista de la propiedad de los bienes que aporta para la gestión del servicio público, sin que en ningún caso se origine una nueva personalidad jurídica del concierto por sí mismo<sup>8</sup>.

Esta fórmula permite a la Administración titular del servicio dotarse de establecimientos, instalaciones y medios personales y técnicos de una empresa ya constituida con fines análogos mediante la adecuada compensación económica. La propiedad de los bienes es mantenida por el empresario y la Administración le paga un precio por los servicios que éste haya prestado en su lugar.

La regulación vigente de los conciertos administrativos se rige por el TRLCSP y su normativa de desarrollo. Así, el artículo 277 TRLCSP incluye entre

<sup>7</sup> Puede verse Mayor Gómez, Roberto: “La problemática jurídica de la imputación de los daños causados en centros sanitarios privados concertados”. Revista Aranzadi doctrinal 3/2013. BIB 2013/387

<sup>8</sup> Ballester Fernández, A. et alii: Contratos de las Administraciones públicas. 2ª ed. Madrid, 1997, pág. 157.

los contratos administrativos, y específicamente dentro del contrato de gestión de servicio público, “el concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”, de forma que se permite que las Administraciones públicas puedan prestar servicios de su competencia mediante concierto con entidades públicas o privadas. La diferencia con la concesión se encuentra en que la Administración, no habiendo establecido por sí servicios de su competencia, aprovecha la circunstancia de servicios destinados a la misma finalidad, pero en manos de entidades públicas o privadas<sup>9</sup>.

Centrándonos en la regulación normativa de los conciertos administrativos, la normativa permite tanto la gestión directa como la gestión indirecta de los servicios de su competencia, con la salvedad de los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos (art. 275 TRLCSP); trazando en su artículo 278 el carácter eminentemente temporal de dicho contrato a un máximo de veinticinco años, prórrogas incluidas. No obstante, las peculiaridades del servicio público de asistencia sanitaria condicionan su duración máxima a diez años. De forma que el concierto administrativo, como contrato de gestión de servicio público, finaliza por cumplimiento del plazo, debiendo producirse la reversión de los bienes de la Administración en caso de que fuera necesario.

La normativa prevé otras causas de resolución del contrato de gestión de servicio público, entre las que se encuentran el rescate del servicio por la Administración, la supresión del servicio por razones de interés público, la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato, e incluso la muerte del contratista, que podrá determinar la continuidad del contrato con sus herederos o el rescate del servicio para ser gestionado directamente por la Administración (arts. 286 TRLCSP).

La finalización del concierto será una de las cuestiones sobre las que abundaremos, dado que se producen repercusiones y consecuencias jurídico-laborales cuyo análisis forma parte de este estudio.

<sup>9</sup> En las concesiones administrativas “la titularidad del hospital es pública, es la Administración la que proporciona los medios y recursos de su titularidad así como la fuente de ingresos a la empresa privada que accede a la gestión y explotación del hospital garantizándole ab initio la producción generadora de los ingresos [...] en el caso del concierto sanitario no se produce la publicación de la organización y funcionamiento del centro concertado, teniendo además la Administración potestades de inspección y control en dicho hospital privado”. STSJ de la Comunidad valenciana (contencioso-administrativo, Secc. 3<sup>a</sup>) de 20 de diciembre de 2001 (JUR 160009).

Por lo que respecta a la posibilidad de utilizar el concierto administrativo en materia sanitaria y por la Administración pública sanitaria, hasta no hace mucho se debatió si el mismo entraba en la categoría de contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, se regulaba por la normativa administrativa, o si, en caso contrario, no se consideraba dentro de las modalidades de dicho contrato. Sería el Informe de la Junta Consultiva de contratación administrativa 37/1995 el que resolviera a favor de la aplicación de la normativa administrativa a los conciertos sanitarios<sup>10</sup>; siendo en la actualidad una cuestión no controvertida, al incluirse expresamente el concierto administrativo en la normativa vigente –para más señas LCSP y LGS- como contrato de gestión de servicio público y previéndose, a su vez, la posibilidad de utilizarlo en materia sanitaria, hablándose claramente de concierto sanitario.

La técnica del concierto puede, pues, ser utilizada por las diferentes Administraciones públicas, incluida la Administración sanitaria, y es precisamente por ello por lo que la Ley General de Sanidad, al tiempo que reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario en base al artículo 38 de la Constitución, regula la posibilidad de que las Administraciones públicas sanitarias puedan, en el ámbito de sus respectivas competencias, “establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas” con el requisito de que, previamente, valoren “la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios” (art. 86 LGS). El concepto “recurso” ha de ser entendido tanto en términos de recursos materiales como de recursos humanos. Así lo ha precisado la STSJ del País Vasco (Contencioso-administrativo, Secc. 1ª) de mayo de 2013 (JUR 2014/137737) al considerar servicio sanitario “la unidad asistencial con organización diferenciada, dotada de los recursos técnicos y de los profesionales capacitados por su titulación oficial o habilitación profesional, para realizar actividades sanitarias específicas”.

Específicamente la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, LCCSNS) establece en su Exposición de Motivos que los profesionales de la sanidad constituyen elemento esencial de la modernización y calidad del sistema sanitario español en su conjunto. Y contiene en su Capítulo III cuestiones relativas a la planificación, formación, carrera profesional y movilidad de estos profesionales; que, aunque son cuestiones de personal, no serán tratadas en este estudio.

<sup>10</sup> Informe 37/1995, de 24 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que resolvió favorablemente sobre la aplicación de la normativa de contratación administrativa a los servicios de litroticia renal, Resonancia nuclear magnética, Hemodiálisis extrahospitalaria en Club de diálisis y transporte sanitarios para beneficiarios del Sistema de Seguridad Social.

En suma, la Ley General de Sanidad posibilita “la incorporación de medios privados al sector público sanitario a través de conciertos sanitarios y convenios singulares, pero no la incorporación de medios públicos al sector privado, pues esto implica la externalización de los medios y recursos públicos por la empresa privada<sup>11</sup>” situación que por el momento no está prevista ni en la LGS ni en el TRLGSS.

Centrándonos en el servicio público de asistencia sanitaria, se prevé que “los servicios sanitarios adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad (art. 7 LGS)”;<sup>12</sup> precisión que ha de entenderse tanto en el caso de que se realice la prestación del servicio de forma directa como indirecta. Y al mismo tiempo se tendrá que garantizar, mediante políticas, programas y servicios desarrollados por los poderes públicos, que la población alcance el mayor nivel de salud<sup>12</sup>, mediante el establecimiento de una cartera común de servicios<sup>13</sup> que se debe garantizar tanto si la prestación del servicio se realiza directamente por la Administración como si se lleva a cabo de forma concertada.

La prestación de los servicios sanitarios será, por ello, realizada bien con personal propio de la Administración sanitaria, que se regirá por su propio Estatuto, tal como prevé el artículo 84 LGS, o con personal perteneciente a las entidades aseguradoras concertadas, cuando se utiliza la técnica del concierto sanitario, y que se regirán por la normativa laboral.

La particularidad del concierto sanitario está íntimamente relacionada con la protección del bien jurídico salud, lo que condiciona qué entidades aseguradoras serán seleccionadas por la Administración pública sanitaria a la hora de formalizar un concierto sanitario; pues aunque la Administración sanitaria en el ejercicio de sus competencias puede realizar conciertos sanitarios con diferentes entidades, deberá asegurarse que las mismas pueden prestar el servicio concertado con las garantías necesarias en aras de preservar el derecho a la salud de los ciudadanos; e incluso con el fin de evitar eventuales responsabilidades por defectuosa prestación del servicio o la reclamación de reintegro de gastos médicos por prestación del

<sup>11</sup> STSJ de la Comunidad valenciana (Contencioso-administrativo, Secc. 3<sup>a</sup>) de 20 de diciembre de 2001 (JUR 160009).

<sup>12</sup> Como afirma la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud pública

<sup>13</sup> Se entiende por tal: «el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiéndose por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias» (art. 20.1 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).



servicio sanitario concertado. En este contexto es relevante articular los debidos mecanismos de responsabilidad tanto de la Administración sanitaria como de la entidad aseguradora concertada.

Este y no otro es el sentido del artículo 89.3 LGS cuando prevé que “las Administraciones públicas sanitarias no podrán concertar con terceros la prestación de atenciones sanitarias, cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los correspondientes planes de salud”; de hecho sólo será posible la subcontratación del contrato de gestión de servicios públicos cuando recaiga sobre prestaciones accesorias (art. 289 TRLCSP); en este contexto habría que plantearse si determinadas prestaciones o servicios sanitarios son accesorios, caso del transporte, comedor o servicio de bar, lavandería..., entre otros.

### **3. LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA CONCERTADA POR EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

#### **3.1. Introducción**

Para analizar la trascendencia jurídico-laboral que encierra la técnica del concierto sanitario hemos de partir del bien jurídico protegido (la salud), que puede llegar a condicionar con qué entidades puede, o mejor debe, realizar el concierto sanitario la Administración de la Seguridad. En este sentido, el artículo 90.3 LGS prevé que “las Administraciones públicas sanitarias no podrán concertar con terceros la prestación de atenciones sanitarias, cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los correspondientes planes de salud”; exigiendo, al mismo tiempo, condicionantes que aseguren la protección de dicho bien jurídico y que pueden afectar al personal que va a prestar los servicios sanitarios (vgr. Jornada de trabajo).

Derivado de ello, se ha cuestionado la trascendencia de los pliegos de condiciones administrativas para incluir condiciones relacionadas con la aptitud profesional de quienes van a prestar el servicio sanitario en entidades concertadas; resolviendo que “la inclusión o la omisión en ellos de una previsión legal o reglamentaria específica sobre aptitud para ejercer una profesión o actividad reglamentada, no la excluye, desplaza, ni deroga singularmente, una vez que carecen tales pliegos de toda naturaleza normativa y potencialidad innovadora al respecto<sup>147</sup>”.

<sup>14</sup> STSJ del País Vasco (Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 13 mayo de 2013. JUR 2014\137737

La Administración tendrá que valorar condiciones de eficacia, calidad y costes para elegir el establecimiento, centro o servicio sanitario con el que realizará el concierto sanitario, dando prioridad, previa valoración de tales condiciones y en condiciones de igualdad, a los que tengan carácter no lucrativo (art. 89.2 LGS); para ello se requiere la previa homologación de los centros, lucrativos o no, que podrán ser concertados para la prestación de asistencia sanitaria.

La particularidad más relevante del concierto sanitario está condicionada por el bien jurídico protegido, por ello se prevé que en el concierto no sólo se establecerán los derechos y obligaciones recíprocas de las partes sino que además es necesario asegurar que la atención sanitaria prestada es la misma para todos los usuarios, sin que sea posible establecer servicios complementarios a los que presta la propia Administración pública sanitaria (art. 90.6 LGS); por lo que es necesario garantizar el principio de igualdad en la prestación del servicio público sanitario.

### **3.2. Los aspectos laborales del concierto público sanitario en la Administración de la Seguridad Social**

La externalización de servicios por la Administración pública en general, y por la sanitaria en particular puede y, de hecho, produce repercusiones o consecuencias jurídico-laborales de diferente calado: disminución del número de contratos temporales o despidos por causas organizativas son algunos de ellos. De hecho no difieren excesivamente cuáles son dichas consecuencias laborales respecto de la utilización de fórmulas de descentralización productiva por la empresa privada, aunque los mecanismos para articularlas sean diferentes por razón del sujeto público que forma parte del mismo.

La crisis económica ha conducido, también en el sector sanitario, a un aumento de las jornadas de trabajo, así como a una paralela reducción de salarios, pero también a la privatización de determinados servicios “complementarios”, como lavandería, laboratorio, servicio de bar, transporte...muy polémica en determinadas Comunidades Autónomas, como es el caso de la Comunidad de Madrid, entre otras. La deficiente gestión de los centros sanitarios y los recortes presupuestarios se han utilizado como abanderado para defender la necesidad de una mejora en la eficiencia de los mismos.

La externalización de servicios sanitarios se puede producir hacia entidades públicas o hacia entidades privadas; el primer caso no es objeto de este estudio, y el segundo sólo cuando la técnica contractual utilizada sea

el concierto sanitario; que, aunque algunos autores consideran una forma de privatización funcional<sup>15</sup>, sin embargo, entendemos que no puede confundirse con la gestión indirecta de servicios, pues privatizar es dejar de tener cualquier tipo de responsabilidad pública directa sobre el servicio o actuación que hasta el momento no era responsabilidad de la Administración<sup>16</sup>; mientras que gestión de servicios públicos por particulares implica que el servicio continúa siendo público y la responsabilidad (su planificación, control y evaluación) también es pública. De forma que la Administración dirige y controla y sigue teniendo facultades de inspección y policía y las organizaciones privadas gestionan los servicios públicos. De hecho, la calidad de los servicios que los gestores presten a los ciudadanos depende en gran medida de que la Administración pública ejerza al máximo sus prerrogativas de planificación, control e inspección.

En cuanto a las repercusiones jurídico-laborales, consideramos que en el caso de los conciertos sanitarios pueden aplicarse, si se dan los presupuestos para ello, las consideraciones que existen para los supuestos de contrata o subcontratas de obras o servicios de propia actividad; tanto en relación a cuestiones de responsabilidad salarial y de Seguridad Social (art. 42 ET), como de prevención de riesgos laborales (arts. 42 ET y 24 LPRL) en supuestos de coordinación de actividades preventivas<sup>17</sup>. Como también ocurre cuando la modalidad de contratación administrativa que se utiliza es la concesión administrativa<sup>18</sup>.

Así lo han entendido los tribunales en diversas ocasiones, considerando, como ejemplo, que el servicio de transporte sanitario de urgencia que realiza una empresa privada que presta servicios para la Administración sanitaria ha de entenderse, a los efectos laborales, equiparado a la contrata o subcontrata de obras o servicios de propia actividad del artículo 42 ET, aunque realmente tenga que asumirse bajo la cobertura de un concierto administrativo de naturaleza sanitaria; afirmando que en dicho caso es un supuesto de descentralización productiva del

<sup>15</sup> Sánchez Martínez, Fernando, Abellán Perpiñán, José María, Oliva Moreno, Juan: La privatización de la gestión sanitaria...op. cit.

<sup>16</sup> Navarro Fallas, R.: "Dictamen jurídico sobre constitucionalidad de la gestión por terceros de los servicios de salud de la Caja costarricense de seguro social". Revista de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social. Vol. 9, nº 2, 2001, pág. 6.

<sup>17</sup> Por todos, Pérez Borrego, Gregorio: "Reflexiones sobre la coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales cuando una de las "empresas" es una Administración pública en el marco de un contrato administrativo". Revista Alcor de Mgo, número monográfico sobre coordinación de actividades preventivas.

<sup>18</sup> STSJ del País Vasco (Social) de 29 de octubre de 2002 (AS 3006) sobre responsabilidad solidaria en materia salarial en el caso de una concesión administrativa del servicio de ambulancias.

artículo 42 ET, puesto que “incide en el núcleo de servicios que el Departamento de Sanidad debe prestar necesariamente<sup>19</sup>”.

Otra cuestión a tener en cuenta es que la existencia de una relación triangular de trabajo que puede darse en los conciertos sanitarios podría llevar a la declaración de una cesión ilegal de trabajadores<sup>20</sup>; y es que ésta, como negocio ilícito, suele venir encubierta por otro negocio jurídico lícito –simulación relativa que afecta a la naturaleza del contrato–, que usualmente es una contrata o subcontrata de obras o servicios pero que puede ser también un contrato administrativo, como el caso del concierto. Para el caso de que se considerara que existe una cesión ilegal de trabajadores se pondrían en marcha todos los mecanismos de responsabilidad y las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 43 ET, sobre cuyo estudio no abundaremos.

Por lo demás, la condición de empresario es asumida por la entidad concertada adjudicataria del servicio público sanitario, conservando la Administración poderes de inspección y policía por lo que respecta al cumplimiento de lo previsto en los pliegos administrativos y respecto al concierto; pudiendo incluso comprobar si se siguen dando las condiciones de idoneidad y profesionalidad del personal dependiente de la entidad aseguradora que presta dicho servicio público.

### **3.3. Los aspectos laborales del concierto público sanitario en las entidades privadas aseguradoras**

Es necesario destacar, como punto de análisis previo, que ninguna de las normas que regulan el concierto administrativo en general, ni el concierto sanitario en particular, hacen referencia a las cuestiones jurídico-laborales que puede encerrar el mismo; es decir, a qué trascendencia tiene para el personal que presta servicios en las entidades aseguradoras concertadas utilizar la técnica del concierto sanitario; cuando realmente, como ya hemos puesto de manifiesto, los recursos humanos que prestan el servicio público sanitario, ya como forma de gestión directa ya como gestión indirecta a través de un concierto sanitario, son la piedra angular del sistema sanitario.

<sup>19</sup> STSJ del País Vasco (Social) de 29 de octubre de 2002 (AS 3006) que imputa una responsabilidad solidaria a la Administración sanitaria para el pago a los trabajadores de la entidad concertada del servicio de transporte sanitario de urgencias de las horas de presencia previstas en convenio colectivo, al considerar que tienen naturaleza salarial.

<sup>20</sup> STSJ de Galicia (Social, Secc. 1<sup>a</sup>) de 3 de marzo de 2009 (JUR 187178) considera que existe cesión ilegal de trabajadores en el caso de una trabajadora, auxiliar administrativo, que fue cedida por una empresa privada al servicio de urgencias 061 de la Xunta de Galicia, dándose todos los indicios para la existencia del supuesto previsto en el artículo 43 ET.

La normativa se limita a establecer cuáles son las obligaciones recíprocas de ambas partes, resaltando que el contratista tiene que organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características previstas en el contrato y dentro de los plazos pactados<sup>21</sup>, conservando la Administración los poderes de policía para asegurar la buena marcha del servicio (art. 279 TRLCSP), sin perjuicio de que será obligación del contratista cuidar del buen orden del mismo; y precisando que la Administración tiene que pagar al contratista las contraprestaciones económicas previstas, entre las que se incluirá una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración (art. 281 TRLCSP); al mismo tiempo, el concierto sanitario tiene que garantizar y asegurar la prestación de asistencia sanitaria según el principio de igualdad<sup>22</sup>.

Aunque no vamos a analizar los casos de reclamación de usuarios y consumidores contra la Administración sanitaria y la empresa que ha formalizado el concierto con ésta por defectuoso funcionamiento de servicios sanitarios, o en casos de urgencia vital, entre otros supuestos, al ser cuestiones que escapan al objeto del presente trabajo, sí podemos apuntar que pudiera ser una de las razones, entre otras muchas, por las que las Administraciones sanitarias tienen preferencia por utilizar la técnica del concierto sanitario.

En cuanto al tema de estudio que nos ocupa, el régimen jurídico previsto para el concierto sanitario repercute necesariamente en el personal que presta servicios tanto para la Administración sanitaria como para la entidad aseguradora que ha formalizado el concierto. Esta laguna normativa tampoco ha sido suplida o integrada por la labor de los tribunales, que se han pronunciado en contadas ocasiones sobre cuestiones de índole laboral que pudieran afectar al personal que presta servicios para las entidades aseguradoras concertadas. Sin embargo, es evidente que la trascendencia jurídico-laboral del concierto para la entidad aseguradora que pueda resultar adjudicataria del servicio es tal que incluso en ocasiones puede llevar a pactar con los trabajadores compromisos de aumento de contratación, subrogación del personal de la anterior adjudicataria y garantías

<sup>21</sup> El artículo 280 TRLCSP establece las obligaciones generales del contratista, entre las que se encuentran: prestar el servicio con la continuidad convenida mediante el abono de las tarifas pactadas; cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar instrucciones sin perjuicio de los poderes de policía de la Administración; indemnizar los daños causados a terceros, salvo que los mismos sean imputables a la Administración.

<sup>22</sup> En este sentido, y en relación a la posibilidad de expedir recetas por los facultativos que prestan servicios en la empresa concertada, la STSJ de Galicia (Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 30 de abril de 2001 (RJCA 1092).

de estabilidad del empleo entre otros<sup>23</sup>. O, en otro orden de cosas, puede llevar a despidos o reajustes de personal por descenso de la actividad concertada, entre otros motivos<sup>24</sup>.

Y ello es así porque cada vez es más frecuente la concertación de prestaciones extrahospitalarias (resonancia magnética, rehabilitación, logopedia, consulta, atención primaria...), admitida también en el ordenamiento autonómico, donde entre los criterios que se tendrán en cuenta están, entre otros, los referidos al personal que prestará los servicios concertados, como las titulaciones, cualificación y competencia profesional del personal, y en particular del personal responsable de prestar el servicio objeto de la homologación; así como “la cualificación por categorías e índices de personal/cama de las distintas unidades, con especial referencia al personal sanitario<sup>25</sup>”.

La complejidad que encierra el objeto de estudio nos ha llevado a seleccionar aquellas cuestiones de índole laboral que han resultado más controvertidas y que se relacionan con la formalización de un concierto con la entidad aseguradora; dejando al margen aquellas otras cuestiones laborales que pudieran plantearse entre un centro sanitario privado y su personal cuando no se ha utilizado la técnica del concierto con la Administración pública sanitaria. En este orden de cosas es necesario señalar que el concierto con una determinada entidad puede realizarse respecto de determinadas actividades o servicios, de forma que puede ocurrir que la actividad esté concertada en parte –ej. concertada en un 60%-, lo que puede plantear toda una serie de cuestiones en materia laboral, a algunas de las cuales nos referiremos a continuación.

### *3.3.1. La trascendencia de los pliegos administrativos en los conciertos sanitarios en relación a las condiciones de trabajo del personal que presta servicio en entidades aseguradoras concertadas*

Es usual que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de contratación incluyan previsiones de índole laboral; en ocasiones referidas a cuestiones relacionadas con la solvencia técnica del contratista y relacionadas con aspectos de responsabilidad social de las empresas –vgr un menor índice de siniestralidad laboral- y en otros casos relativos a cláusulas aclaratorias de

<sup>23</sup> Pacto extraestatutario de 1 de febrero de 2001 del sector de ambulancias de Zamora. BO de Zamora de 9 de febrero de 2001.

<sup>24</sup> Vid. STSJ de Cataluña (Social, Secc. 1<sup>a</sup>) de 6 de marzo de 2013 (AS 1392).

<sup>25</sup> Un botón de muestra lo tenemos en el Decreto 105/2006, de 20 de julio del Gobierno de Canarias, que regula la homologación de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y por el que se desarrolla el régimen jurídico del concierto sanitario.

exención de responsabilidad respecto a obligaciones de dichas empresas con sus propios trabajadores, que pueden redactarse como verdadera exención de responsabilidad laboral por parte de la Administración o, en su caso, como, digamos, “recordatorio” a dichas empresas de que tendrán que cumplir tales obligaciones –salariales, de Seguridad Social, de prevención de riesgos laborales– previstas tanto en la normativa vigente como en los convenios colectivos.

Incluso en ocasiones es posible que los pliegos de condiciones administrativas particulares especifiquen que el personal que prestara servicios para la empresa adjudicataria, y participara en la ejecución de dicho contrato, no adquirirá relación laboral alguna con la Administración pública contratante<sup>26</sup>.

En este sentido, los tribunales han remarcado cuál es la finalidad de los pliegos de condiciones administrativas generales o particulares, que “no es otra que la de incluir los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por la Ley y sus normas de desarrollo, pero la inclusión o la omisión en ellos de una previsión legal o reglamentaria específica sobre aptitud para ejercer una profesión o actividad reglamentada, no la excluye, desplaza, ni deroga singularmente, una vez que carecen tales pliegos de naturaleza normativa y potencialidad innovadora al respecto<sup>27</sup>”; lo que implica que será necesario tener en cuenta las previsiones contenidas en los pliegos administrativos, pero que en caso de conflicto con una norma, prevalecerá ésta al carecer los mismos de naturaleza normativa.

*3.3.2. La potestad de la Administración de modificar el objeto del contrato: en particular la modificación de las condiciones económicas del concierto y su repercusión en las condiciones salariales de los trabajadores de entidades aseguradoras concertadas*

La Administración pública titular del servicio y, a su vez, parte del contrato de gestión del servicio público, goza de *ius variandi*, esto es, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, que es la prerrogativa más importante de la que gozan estos poderes públicos. Consiste en un poder para adaptar los contratos ya perfeccionados a nuevas necesidades, cuya justificación

<sup>26</sup> Es el caso previsto en la STSJ de Navarra (Social, Secc. 1ª) de 30 de julio de 2004 (AS 2722).

<sup>27</sup> STSJ País Vasco (Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª) de 13 mayo (JUR 2014\137737).

radica en la mejor gestión del interés público y en la prevalencia del fin sobre el objeto de los contratos administrativos<sup>28</sup>.

En el contrato de gestión de servicios públicos la Administración podrá modificar: las características del servicio contratado por razones de interés público y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios (art. 282 TRLCSP); aunque cuando la modificación afecte al régimen financiero del contrato, deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados básicos en la adjudicación del mismo; es lo que se conoce como equilibrio financiero de la concesión, que surge como contrapartida al *ius variandi* de la Administración y como derecho del contratista al mantenimiento de dicho equilibrio cuando como consecuencia de modificaciones de la Administración, se altere el equilibrio inicial existente en el momento de la adjudicación<sup>29</sup>. Se ha llegado a afirmar que la revisión de tarifas no es una potestad de la Administración, sino un deber<sup>30</sup>.

El equilibrio económico del contrato de gestión de servicio público se realizará mediante la adopción de las medidas que procedan, entre las que se encuentran: la modificación de tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato; incluso en determinados casos será posible la prórroga del plazo del contrato por un período que no exceda de un diez por ciento de su duración inicial, respetando siempre el límite máximo de su duración (art. 282.5 TRLCSP).

En cualquier caso, cuando los acuerdos que dicte la Administración carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

A diferencia de lo que ocurre en otros contratos administrativos, en el de gestión de servicios públicos no se regula expresamente la posibilidad de que el contratista inste la resolución del contrato a causa de las modificaciones fijadas

<sup>28</sup> Aunque en referencia a la normativa anterior, cabe citar a Moreno Molina, José Antonio: Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas tras el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. 2<sup>a</sup> ed. Madrid, 2000, pág. 590.

<sup>29</sup> Informe n<sup>o</sup> 29/2000, de 30 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación administrativa.

<sup>30</sup> STS (Contencioso-administrativo) de 20 de mayo de 1999 (RJ 5099). En relación a la normativa anterior, Gilabert Cervera, M.A.: “Comentario al artículo 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas”. VV.AA.: Comentarios a la legislación de las Administraciones públicas. 2<sup>a</sup> ed. Pamplona, 1996, pág. 1438.



por la Administración; aunque tampoco se prevé que la Administración inste la resolución por la modificación de los mismos, aunque por razones de interés público podrá acordar el rescate para gestionarlo directamente<sup>31</sup>. En cualquier caso, la modificación del contrato administrativo de gestión de servicios públicos, al igual que el resto de contratos administrativos, requiere la tramitación del correspondiente expediente de modificación que garantice la audiencia al contratista.

Centrándonos en el objeto de estudio, es quizá el tema de la modificación de las condiciones económicas del concierto y su repercusión en las condiciones de trabajo, concretamente las salariales, de los trabajadores que prestan servicios para entidades aseguradoras concertadas, el tema sobre el que más se han pronunciado los tribunales. Por ello, es previo a analizar dicha cuestión hacer un breve resumen de cómo funcionan las condiciones económicas del concierto.

Como hemos visto el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el concierto; sin embargo, éstas no tienen que ser las mismas durante toda la vida del contrato, pudiendo darse modificaciones que podrían repercutir en los salarios de los trabajadores que prestan servicios para las entidades aseguradoras concertadas. Así, el artículo 281 TRLCSP prevé la posibilidad de revisión de dichas contraprestaciones económicas, y el 282 TRLCSP establece los requisitos y condiciones, incluido el derecho a indemnización del contratista y el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en los supuestos en los que el mismo sea modificado por la Administración por razones de interés público que pueden afectar a la reducción de las tarifas que abonan los usuarios.

La revisión de precios del concierto puede realizarse al alza, paralelamente al incremento de actividad y precios, o puede ser a la baja. En uno u otro caso se pretende el equilibrio financiero del contrato provocado por circunstancias o acontecimientos imprevistos. Cuando se produce al alza se plantea si los trabajadores podrían reivindicar mejoras en sus condiciones económicas de trabajo, pero el tema que se debate realmente es qué ocurre cuando la revisión se produce a la baja y la entidad aseguradora concertada se puede incluso ver obligada a rebajar los salarios a los trabajadores.

<sup>31</sup> Fernández Astudillo, José María: *Contratación administrativa*. 3ª ed. Barcelona, 2003, págs. 630-631.

El Tribunal Supremo<sup>32</sup> ha precisado que “la revisión de precios, como técnica equilibradora, debe tener un contenido bien definido”, pero tratándose de conciertos sanitarios “presentan evidente complejidad, dados los distintos elementos a tener en consideración en los casos de fluctuaciones de precios [...] en este caso se establece un específico mecanismo de revisión a fin de que la regularización del importe global pactado por causa de las fluctuaciones de los precios se realice anualmente coincidiendo con la presentación de la documentación del segundo semestre”.

Los tribunales han tenido que pronunciarse sobre si la reducción de tarifas del concierto sanitario por parte de la Administración pública sanitaria puede o no redundar, a su vez, en una reducción de salarios para el personal que presta servicios en el centro concertado y cuál será el procedimiento a utilizar; resolviendo que no es posible una reducción automática ni unilateral de salarios al personal que presta servicios en la empresa concertada como reacción causa-efecto al recorte de tarifas del concierto; precisando que es necesaria la negociación colectiva como instrumento para modificar las condiciones retributivas de dicho personal, al estar las mismas contempladas en convenio colectivo, sin que pueda aplicarse de forma analógica la reducción retributiva del personal sanitario que presta servicios directamente para la Administración sanitaria, derivada de los recortes salariales mediante normas anticrisis<sup>33</sup>.

Y es que la crisis económica que ha afectado a todo el país ha sido otra de las razones que han influido en las condiciones económicas de los conciertos sanitarios y han posibilitado la revisión de precios de dicho contrato, todo ello consecuencia de la aplicación de la normativa estatal anticrisis aplicada a partir de 2010.

Dicha normativa supuso la reducción económica generalizada en los conciertos que realizaban las Administraciones públicas, incluida la Administración sanitaria, y llevó a numerosas empresas o entidades aseguradoras concertadas a aplicar la vía del artículo 82.3 ET sobre descuelgue salarial, medida de carácter temporal; que produjo la inaplicación de salarios y subidas salariales durante dicho período de tiempo. Sin embargo, la recuperación económica posterior no se

<sup>32</sup> Es doctrina del Tribunal Supremo, iniciada en STS (Contencioso-administrativo, secc. 4<sup>a</sup>) de 20 de septiembre de 1991 (RJ 6857), y posteriormente reiterada en sentencias más recientes, caso de SSTS (Social, Secc. 1<sup>a</sup>) de 17 de octubre de 2013 (AS 501), de 24 de diciembre de 2014 (RJ 2887).

<sup>33</sup> En este sentido, la STS (Social) de 17 de octubre de 2013 (RJ 2014/501), asimismo, SSTSJ de Cataluña (Social, Secc. 1<sup>a</sup>) de 22 de marzo de 2000 (AS 2001, 969), de 26 de julio de 2011 (AS 2483), de 3 de octubre de 2011 (JUR 405007), de 21 de diciembre de 2012 (JUR 104594).

dejó sentir en el aumento de condiciones económicas de los conciertos, por lo que las entidades concertadas siguieron aplicando el descuelgue salarial, generando conflictos entre los trabajadores que prestaban servicios en dichas entidades<sup>34</sup>.

La normativa anticrisis que llevó a la reducción de salarios del personal que prestaba servicios para las Administraciones públicas se ha pretendido también aplicar al personal que prestaba servicios sanitarios concertados con dichas Administraciones. Utilizando la vía de la aplicación directa de la norma y sin seguir procedimiento alguno, -entiéndase el de los artículos 41 ET u 82.3 ET, en su caso-. Todo ello en un intento de establecer la homologación de condiciones laborales y profesionales del personal que presta servicios para la Administración sanitaria, tanto en gestión directa como concertada.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado afirmando que es cierto que los recortes de la financiación pública de los conciertos sanitarios afectan tanto a las entidades públicas como a las privadas, y ha supuesto “una descompensación o desequilibrio para las empresas privadas” que no se compensa, a su vez, con una reducción de salarios, como sí se ha producido en las públicas. Por lo que se plantea si se puede producir la homologación de condiciones de trabajo entre el sector público sanitario y el sector privado concertado<sup>35</sup>; dicho de otra forma, si es posible mantener los salarios del personal que presta servicios en entidades aseguradoras concertadas previsto en convenio colectivo si no se mantienen las condiciones económicas del concierto; o, por el contrario, se pueden homologar dichas condiciones a la del personal que presta el servicio directamente para la Administración sanitaria.

Más específicamente, si podría ser alegada la *cláusula rebus sic stantibus*, de forma que fuera suficiente el cambio en las condiciones económicas del concierto para justificar la reducción de salarios del personal al servicio de entidades aseguradoras concertadas.

<sup>34</sup> Esta es la situación que se contempla en el acuerdo de mediación de la asociación de empresarios de ambulancias de Castilla y León (ALECA), con eficacia de convenio colectivo estatutario, aprobado por Resolución de 8 de enero de 2015, que dispone la inscripción en el Registro Central de Convenios colectivos de trabajo, depósito y publicación; acuerdo planteado a consecuencia de la inaplicación del acuerdo alcanzado para la reposición en el año 2014 del 5% del salario sobre las tablas de 2012 que fue reducido por acuerdo temporal y vigencia durante 2013; cuando el acuerdo al que las partes habían llegado vinculaba la revisión salarial para 2014 previo análisis de la situación del sector a la aplicación de los presupuestos de los concursos, que condicionó no sólo el pago del salario sino la propia empleabilidad de los trabajadores.

<sup>35</sup> STS (Social, Secc. 1ª) de 24 de febrero de 2014 (RJ 2857).

El Tribunal Supremo ha analizado la virtualidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en este contexto, afirmando que para que ésta pueda aplicarse es necesario: “a) alteración extraordinaria de las circunstancias, b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles<sup>36</sup>”. El Alto Tribunal ha defendido que, en todo caso, dicha cláusula, excepcional en el propio Derecho Civil, sólo tendría virtualidad respecto a condiciones de trabajo pactadas en contrato de trabajo, a efectos de posibilitar la modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario, pero no en las previstas para convenio colectivo; por lo que no puede justificarse una modificación unilateral de las condiciones pactadas en el mismo utilizando como abanderado dicha cláusula; siendo necesario seguir el procedimiento previsto en su caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo previsto en el artículo 41 ET.

Otra de las cuestiones planteadas es si pudiera suponer una discriminación retributiva entre el personal laboral que presta servicios para la Administración pública sanitaria, y que ha visto reducido sus salarios con la crisis, y el personal que presta servicios para entidades aseguradoras concertadas. No existe discriminación en dichos supuestos, como afirma el Tribunal Supremo, porque “entre los empleados de las entidades públicas y los de las empresas privadas no existe la necesaria identidad, ya que el vínculo laboral se establece para los primeros con unas entidades que están sometidas a un régimen específico que tiene limitaciones en sus esferas de actuación y de financiación, mientras que las segundas operan o pueden operar en el mercado, sin perjuicio de que hayan establecido conciertos con la Administración pública competente para la prestación de un servicio público en las condiciones pactadas en el concierto”, todo ello en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre igualdad y no discriminación en las relaciones laborales.

En suma, podemos decir que, producida la revisión de tarifas o precios por la Administración sanitaria, la entidad aseguradora concertada, si dicha revisión se produce a la baja, podrá utilizar dicha medida como causa económica a efectos de realizar reajustes de personal o cambios en las condiciones de trabajo del personal que presta servicios para la misma –vgr. Jornada, salario....-, pero no podrá

<sup>36</sup> Requisitos que no concurren en el presente caso, pues ni era imprevisible el fenómeno de la recesión económica, ni el desfase en el incremento del coste salarial puede calificarse de exorbitante, inasumible y decisivamente aniquilador del equilibrio del convenio. STS (Social, Secc.1<sup>a</sup>) de 17 de octubre de 2013 (AS 2014/501). En igual sentido, y posteriormente, STS (Social, Secc. 1<sup>a</sup>) de 24 de diciembre de 2014 (AS 2887).

hacerlo de forma unilateral o aplicando directamente la normativa prevista para el personal que presta servicios para la Administración sanitaria:

- No podrá hacerlo de forma unilateral porque tendrá que utilizar los procedimientos legalmente previstos en el Estatuto de los Trabajadores, ya sea de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET, el de despidos por reducción de personal por las vías de los artículos 52.c ET ó 51 ET, el de reducciones de jornada de trabajo regulado en el artículo 47 ET e incluso el descuelgue salarial por el procedimiento previsto en el artículo 82.3 ET, siempre que se cumplieran los requisitos para ello.

- No podrá aplicar directamente la normativa prevista para el personal que presta servicios directamente para la Administración pública sanitaria, porque, como hemos visto, los tribunales han negado la posibilidad de analogía, específicamente la retributiva, a pesar de que se reclamaba la homologación de condiciones de trabajo entre el personal que presta servicios directamente para la Administración sanitaria –gestión directa-, y el personal que presta el servicio sanitario para las entidades aseguradoras concertadas –gestión indirecta-; porque lo contrario pudiera suponer una vulneración del derecho a la negociación colectiva.

### *3.3.3. El concierto sanitario y las modalidades de contratación laboral: especial referencia al contrato de obra o servicio determinado*

La celebración de un concierto sanitario puede suponer para la entidad aseguradora concertada la necesidad de contratación temporal de nuevo personal para cubrir debidamente las necesidades de dicho servicio. En este contexto podemos plantearnos qué modalidad de contratación puede ser más idónea utilizar por dicha entidad.

Por razones obvias, si se tratara de una circunstancia del mercado, un exceso de pedido o una acumulación de tareas el contrato temporal a utilizar sería el eventual; para el caso que fuera una necesidad de sustitución temporal de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, el de interinidad por sustitución; y para el caso de que existiera una vacante que pretendiera cubrirse por los procedimientos legalmente previstos, el de interinidad por vacante.

Pero el caso que nos planteamos es, celebrado un concierto sanitario con la Administración pública, de carácter eminentemente temporal, qué contrato resulta idóneo.

En relación a la posibilidad de utilización del contrato de obra o servicio

determinado, los tribunales se han planteado si existe autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pues cuando nos referimos a servicio público sanitario “no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización. Sin embargo, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida para las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste [...] sin que sea decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que pueda también responder a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato<sup>37</sup>”.

Manifestamos nuestro acuerdo con la resolución de los tribunales, y entendemos que en este supuesto el contrato que la entidad aseguradora concertada podrá utilizar será el de obra o servicio determinado cuya duración, aunque en principio es incierta, estará vinculada al concierto, siempre con un máximo de tres años como prevé el artículo 15 ET. Precisamente esto plantea qué ocurre para el caso en que el concierto finalice ante tempus; para este caso entiendo que es aplicable la doctrina de los tribunales en relación a la extinción del contrato de obra o servicio vinculado a una contrata o subcontrata de obra o servicio de propia actividad, doctrina de todos conocida y que no reiteraremos.

En otro orden de cosas, y siguiendo con la posibilidad de utilización del contrato de obra o servicio determinado, la normativa prevé que los centros y establecimientos sanitarios, propiedad o no de la Administración, puedan percibir subvenciones con cargo a fondos públicos para realizar actividades sanitarias

<sup>37</sup> Así lo entiende expresamente la STSJ de Asturias (Social) de 22 de diciembre de 2000 (AS 4192) que analiza el caso de una diplomada en enfermería contratada con un contrato de obra o servicio determinado con el objeto de “hacer frente a la actividad derivada de las intervenciones quirúrgicas concertadas para el año 1999 entre la Fundación Hospital de Avilés y el Insalud”. Dicha sentencia, salvo mejor parecer, se pronuncia erróneamente sobre la finalización de dicho contrato, puesto que fue contratada para realizar las intervenciones quirúrgicas en dicho período, que comprendían un total de 480, y a fecha de finalización del contrato de trabajo quedaban aún 50 por realizar, que se produjeron entre enero y febrero de 2000; por lo que el contrato de trabajo debería haber continuado posteriormente hasta finalización de dichas intervenciones

calificadas de alto interés social<sup>38</sup>, sin que puedan servir para financiar actividades ordinarias de funcionamiento del centro (art. 91 LGS).

La concesión de subvenciones puede conducir, desde la perspectiva jurídico-laboral, a la contratación de personal utilizando la vía del contrato de obra o servicio determinado del artículo 15.1.a) ET; esto supone la aplicación de la numerosa jurisprudencia que ya se ha pronunciado sobre la vinculación de la finalización de dicho contrato de trabajo a la terminación de la subvención; por lo que entendemos que, consiguientemente, será de aplicación en este caso toda la jurisprudencia relativa a despido y extinción de dicha fórmula contractual en aquellos casos en los que deja de otorgarse dicha subvención, por cuanto la duración de dicho contrato de trabajo quedaría vinculado a la existencia de subvención; precisamente porque dicha subvención se prevé expresamente en dicho precepto que tendrá carácter no periódico.

#### *3.3.4. Condicionamientos de las cuestiones de personal en el concierto sanitario y viceversa: la aplicación de la normativa de incompatibilidades al personal que presta servicios en entidades aseguradoras concertadas*

En este apartado podemos distinguir dos supuestos diferentes: primero, cómo las cuestiones de personal pueden afectar al concierto, de forma que no podrán celebrarse conciertos con centros sanitarios donde su personal no cumpla la normativa de incompatibilidades; segundo, cómo afecta el concierto a las cuestiones de personal, de forma que el personal que preste servicios en entidades aseguradoras concertadas tendrá que cumplir la normativa de incompatibilidades del sector público.

1º La Ley General de Sanidad prevé expresamente que “No podrán ser vinculados los establecimientos privados en el Sistema Nacional de Salud, ni se podrán establecer conciertos con centros sanitarios privados, cuando en alguno de sus propietarios o en alguno de sus trabajadores concurren las circunstancias que sobre incompatibilidades del sector público y el privado establezca la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas”.

Entendiéndose que dicha incompatibilidad y, por tanto, invalidez del concierto administrativo, sólo afectaría a aquellas actividades concertadas y no a

<sup>38</sup> El Gobierno dictará un Real Decreto para determinar las condiciones mínimas y requisitos mínimos, básicos y comunes, exigibles para que una actividad sanitaria pueda ser calificada de alto interés social, y ser apoyada económicamente con fondos públicos (art. 91 LGS)

aquéllas otras que se prestaran en régimen absoluto de Derecho privado y como empresa privada sin concierto administrativo. En este sentido se pronuncian los tribunales, en base a la normativa de incompatibilidades, que afirma que “si un centro tiene concertada con la Seguridad Social exclusivamente la realización de una o varias de esas actividades, pero no el centro en su conjunto, esa actividad o actividades se consideran privadas, encontrándose afectado por la incompatibilidad exclusivamente el personal que trabaje en esos servicios concertados<sup>39</sup>”.

Encontramos cómo una cuestión relativa al personal que va a prestar servicios en la empresa que ha concertado la asistencia sanitaria con la Administración sanitaria puede condicionar la formalización del concierto administrativo.

2º Otra de las cuestiones analizadas por los tribunales es si es posible aplicar la normativa de incompatibilidades<sup>40</sup> de prestación de servicios en sector público y sector privado al personal que presta servicio en las entidades aseguradoras concertadas.

Los tribunales se han decantado afirmativamente considerando que es incompatible prestar servicios en centro de salud del Servicio de salud de una Comunidad Autónoma y al mismo tiempo en el servicio de urgencias de una institución hospitalaria con concierto sanitario, al defender el carácter público del centro hospitalario incluso aunque dicho servicio no estuviese incluido en el concierto<sup>41</sup>; al considerar que la normativa de incompatibilidades “construye las prohibiciones que establecen sobre la concepción de incompatibilidad genérica y no funcional [...] pues se trata de conjurar los eventuales compromisos a la independencia e imparcialidad en el desempeño de la función pública”, abundando que la normativa de incompatibilidades no establece excepción alguna, cuando define qué entidades son concertadas, para el caso de que alguna actividad del centro no esté concertada, por cuanto, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, la finalidad de la normativa de incompatibilidades es evitar comprometer la imparcialidad o independencia del personal al servicio de las Administraciones públicas, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes y evitar un perjuicio para los intereses generales<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> En este sentido se pronuncia la STSJ de Galicia (Contencioso-administrativo, Secc. 1<sup>a</sup>) de 5 de junio de 2002 (JUR 2003/4930) en relación a la inexistencia de incompatibilidad por prestar servicios en Obstetricia cuando dicho servicio no estaba concertado con la Administración sanitaria.

<sup>40</sup> Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades y RD 598/1985, de 30 de abril.

<sup>41</sup> STSJ de Galicia (Contencioso-administrativo, Secc. 1<sup>a</sup>) de 26 de septiembre de 2003 (JUR 2004/18714) citando STS (Contencioso-administrativo, Secc. 3<sup>a</sup>) de 12 de junio de 2001 donde se citaba compatibilidad para el Departamento de hemodiálisis de un centro sanitario concertado

<sup>42</sup> STC 178/1989, de 2 de noviembre.



Otro efecto de la celebración de un concierto sanitario en la esfera jurídica del personal que presta servicios para las entidades aseguradoras concertadas es que, en supuestos de selección del personal, facultativo o no facultativo, por la Administración sanitaria pública autonómica o central, se computarán los servicios prestados en entidades aseguradoras concertadas<sup>43</sup>.

### *3.3.5. Efectos jurídico-laborales de la finalización del concierto sanitario en los contratos de trabajo del personal que presta servicios en entidades aseguradoras concertadas*

El modo normal de finalización de los contratos administrativos es el cumplimiento del plazo pactado, tanto por el contratista como por la Administración. Específicamente el concierto administrativo tiene un carácter eminentemente temporal, situándose en un máximo de veinticinco años, prórrogas incluidas (art. 278 TRLCSP), y reduciéndose su duración máxima a diez años en el caso del concierto sanitario; cumplido el plazo debe producirse la reversión de los bienes de la Administración en caso de que fuera necesario.

La normativa prevé otras causas de resolución de los contratos administrativos (art. 223 TRLCSP<sup>44</sup>), que podemos sistematizar en finalización por: mutuo acuerdo o causas consignadas en el contrato, causas atinentes a los contratantes (muerte o extinción de la personalidad jurídica del contratante y declaración de concurso o de insolvencia), incumplimiento de obligaciones por una de las partes (demora en el pago por la Administración o demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista o incumplimiento de otras obligaciones esenciales), la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta

<sup>43</sup> Así lo reconoce el Tribunal Supremo en STS (Contencioso-administrativo, Secc. 2ª) de 2 de marzo de 1989 (RJ 1760) cuando considera no discriminatorio el cómputo de servicios en entidades aseguradoras concertadas no estando vigente el concierto.

<sup>44</sup> Dicho precepto establece como causas de resolución de los contratos administrativos:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85; b) la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento; c) el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista; d) la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112; e) la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8; f) el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato; g) la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I; h) las establecidas expresamente en el contrato; i) las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley.

de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos cuando no sea posible modificar el contrato.

A estas se añaden causas específicas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos (art. 223 TRLCSP): el rescate del servicio por la Administración, la supresión del servicio por razones de interés público y la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato. Y se añade el plazo de seis meses en la demora por la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato, que ya figuraba como causa de resolución para todos los contratos administrativos.

A estas causas se añaden la pérdida sobrevenida de la solvencia técnica, económica y financiera del contratista y la revocación o caducidad de la autorización de apertura y funcionamiento o de la resolución de homologación como centro sanitario a efectos de poder ser concertado con la Administración sanitaria; es decir, será necesario cumplir todos los requisitos necesarios como centro homologado y todos aquéllos exigidos para haber sido autorizado como tal durante toda la vida del concierto; pues la falta de alguno de ellos puede llevar a la Administración a revocar la autorización y solicitar, en caso necesario, la reversión de los bienes. Se trata de circunstancias que afectan al concierto sanitario, pero que, sin duda, pueden y afectan de hecho al contenido de la prestación laboral que desarrolla el personal al servicio de la entidad concertada.

Dicha cuestión ha sido objeto de resolución en muchas ocasiones por los tribunales<sup>45</sup> que, basándose en el artículo 31 TRLCSP referido a la invalidez de origen por causa de los actos preparatorios o el de adjudicación, consideran inválido el contrato administrativo bajo sanción de nulidad por aplicación del artículo 32 TRLCSP, definiendo a dichas empresas como empresas incapaces por “falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60”.

Uno de los elementos más controvertidos en la cuestión que nos ocupa es qué sucede con las relaciones de trabajo de los trabajadores cuando se produce el cambio de empresa adjudicataria del servicio público sanitario. La normativa prevé la subrogación en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato

<sup>45</sup> STSJ del País Vasco (Contencioso-administrativo, Secc. 1<sup>a</sup>) de 13 de mayo de 2013 (2014/137737)

administrativo en supuestos de sucesión del contratista (art. 85 TRLCSP<sup>46</sup>), al entender que en estos casos se ha producido un cambio de titularidad en la empresa; para que se produzcan los efectos jurídico-laborales previstos en el artículo 44 ET y, consiguientemente, la subrogación contractual por parte de la nueva empresa adjudicataria tendrán que cumplirse los requisitos legales exigidos, de los que el más relevante es el tracto sucesivo y la transmisión de los elementos necesarios para continuar la actividad de la empresa.

Han sido escasos los pronunciamientos judiciales sobre la aplicación del artículo 44 ET a los conciertos sanitarios en supuestos de sucesión de empresas adjudicatarias del servicio público sanitario concertado; aplicando al caso la doctrina general sentada por el Tribunal Supremo para el caso de adjudicaciones sucesivas para la prestación de un determinado servicio.

Específicamente, y por lo que respecta a la sucesión de empresas adjudicatarias del servicio sanitario concertado, el Tribunal Supremo ha considerado que “ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de modo que en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no se opera en virtud de este mandato estatutario, si no se ha producido transmisión de activos patrimoniales<sup>47</sup>”.

De esta forma pudiera darse la circunstancia de que una nueva empresa adjudicataria de un servicio público sanitario no tuviera que subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores de la anterior empresa prestadora del servicio concertado o incluso sólo tuviera que hacerlo parcialmente respecto de un determinado número de trabajadores; caso éste último que se produciría cuando la nueva adjudicación de un determinado servicio sanitario concertado con la Administración sanitaria no abarcara la totalidad de los servicios adjudicados a la

<sup>46</sup> El artículo 85 TRLCSP, referido a supuestos de sucesión del contratista, prevé que “en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato”.

<sup>47</sup> Vid. STSJ de Andalucía (Contencioso-administrativo, Secc. 3ª) de 8 de noviembre de 2007 (2008/197) y jurisprudencia allí citada.

anterior empresa o entidad aseguradora que prestó el mismo<sup>48</sup>. De esta forma la subrogación puede ser total o parcial, en función a si se produce o no respecto a todos los trabajadores que se encontraban prestando dicho servicio o sólo respecto a una parte de los mismos.

La subrogación puede ser parcial, sólo respecto a determinados trabajadores cuando a la nueva empresa adjudicataria sólo se le adjudica una parte de la actividad menor que a la de la empresa anterior; afirmándose que “el derecho de subrogación se refiere sólo al servicio mismo adjudicado y no a las actividades auxiliares [...] pues el principio que debe primar, según el convenio colectivo, es el de la subrogación de los trabajadores y es a la nueva concesionaria a la que corresponde la prueba plena de cuales son aquellos trabajadores que no son necesarios para la prestación del servicio<sup>49</sup>”.

De esta forma puede ocurrir que no se produzca la subrogación en la totalidad de contratos de trabajo de la anterior empresa contratista; pero lo que no tiene sentido es no cumplir con la subrogación en la totalidad de contratos de trabajo de la anterior empresa y posteriormente contratar nuevo personal o utilizar el mecanismo de las horas extraordinarias para el resto del personal contratado.

Otra de las cuestiones debatidas es si existe algún mecanismo de subrogación que establezca la prioridad en la subrogación de los contratos de los representantes de los trabajadores de la anterior empresa contratista cuando se produce finalmente una subrogación parcial. Los tribunales se han pronunciado considerando que no es posible imponer a la nueva empresa contratista la condición de representantes de los trabajadores que hubieran sido despedidos por la anterior empresa, a efectos del derecho de opción previsto en la normativa laboral<sup>50</sup>.

No obstante, hemos de precisar que no siempre la consecuencia es la subrogación, total o parcial, en los contratos de trabajo de los trabajadores de la anterior empresa que prestaba la asistencia sanitaria concertada; para el

<sup>48</sup> Así, la STSJ de Andalucía (Contencioso-administrativo, Secc. 3<sup>a</sup>) de 8 de noviembre de 2007 (2008/197) considera que la empresa Urbaser sólo tiene que subrogarse parcialmente en los contratos de trabajo, es decir, no tiene que asumir la totalidad de la plantilla de la anterior empresa prestadora del servicio, al sólo resultar adjudicataria de la prestación del servicio de transporte por ambulancia del Hospital Puerta del Mar de Cádiz.

<sup>49</sup> STSJ de Navarra (Social, Secc. 1<sup>a</sup>) de 30 de julio de 2004 (AS 2722).

<sup>50</sup> STS (Social) de 28 de junio de 1990 (RJ 5531); SSTSJ de Galicia (Social) de 29 de enero de 1998 (AS 280) y 13 de julio de 2001 (PROV 218586); STSJ del País Vasco de 30 de julio de 1997 (AS 2846) y 3 de junio de 2003 (AS 2825); STSJ de Baleares (Social) de 14 de marzo de 1998 (AS 1466); STSJ de Cataluña (Social) de 26 de noviembre de 2003 (PROV 2004, 36729).

supuesto en el que la finalización del concierto se hubiera producido por muerte del contratista habrá que diferenciar dos supuestos: el primero, que se produzca la continuidad del concierto por sus herederos, que tendrán que subrogarse en los contratos de trabajo, aplicando en toda su virtualidad el artículo 44 ET; el segundo, que no se produzca la aceptación de la herencia o que los herederos decidan no continuar dicha actividad, en cuyo caso el efecto jurídico no será la subrogación en los contratos de trabajo prevista en dicho precepto estatutario, sino la extinción de los contratos de trabajo por muerte del contratista recogida en el artículo 49 ET, y el consiguiente rescate del servicio para ser gestionado directamente por la Administración sanitaria (art. 286 TRLCSP).

Como tampoco la consecuencia es la subrogación en los contratos de trabajo cuando la nueva entidad adjudicataria del servicio no reúna las condiciones de solvencia necesarias exigidas para ejecutar el mismo, en cuyo caso se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario (art. 85 TRLCSP).

Iguales consecuencias jurídico-laborales podrían producirse en el supuesto en el que no se produjera la renovación del concierto sanitario, que tendría mayor o menor repercusión en función al porcentaje de actividad concertada. De forma que si una empresa concierta el 100% de su actividad con la Administración pública sanitaria y ésta posteriormente no renueva el concierto con dicha entidad, ello podría conducir a la medida más drástica que dispensa el Derecho del Trabajo: el cierre de la entidad y el recurso al procedimiento de despidos colectivos por causas económicas. Para el caso de que la actividad concertada lo fuera en un porcentaje inferior, las repercusiones jurídico-laborales podrían ser menos drásticas.

Se ha llegado a plantear si el cese en la remisión de pacientes a una entidad aseguradora concertada podría ser causa de finalización del concierto, e incluso si podía lesionar intereses legítimos de dicha entidad. La STSJ de la Comunidad Valenciana (Contencioso-administrativo, Secc. 3<sup>a</sup>) de 7 de marzo de 2011 (RJCA 536) resolvió dicha cuestión considerando que no se lesionan dichos intereses legítimos, y que dicha circunstancia produce la finalización del concierto.

#### **4. LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA CONCERTADA POR LAS MUTUALIDADES DE FUNCIONARIOS (MUFACE, ISFAS, MUGEJU): LA INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL CON EL PERSONAL DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS CONCERTADAS**

El concierto sanitario entre las Mutualidades de funcionarios y diferentes entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria se realiza con carácter anual, publicándose en BOE una Resolución para cada una de las Mutualidades –a saber, MUFACE, ISFAS, MUGEJU-<sup>51</sup>.

La Disposición Adicional vigésima TRLCSP establece, respecto a los conciertos para la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por MUFACE, MUGEJU e ISFAS que dichos conciertos, “cualquiera que sea su importe y cantidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público, regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público”.

Comenzando por MUFACE, el concierto sanitario se rige por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (en adelante TRLSSFCE)<sup>52</sup> (art. 5.2), que en su artículo 17.1 prevé que la asistencia sanitaria puede realizarse por concierto con entidades públicas o privadas, dejando claro que a este concierto sanitario se le aplica el TRLCSP y normativa de desarrollo y que el orden jurisdiccional para las eventuales reclamaciones será el contencioso-administrativo.

Centrándonos en los aspectos laborales del concierto sanitario de MUFACE, es importante remarcar que, como señala el artículo 7.2.1 de la Resolución que lo aprueba para 2016, el concierto sanitario de MUFACE “no supone ni hace surgir ninguna relación entre MUFACE y los facultativos o centros de la Entidad que presten la asistencia. Las relaciones entre la Entidad y los facultativos o centros son en todo caso ajenas al Concierto”.

Es necesario tener en cuenta que las circunstancias laborales del personal

<sup>51</sup> A título de ejemplo, la Resolución de 16 de diciembre de 2015, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el concierto suscrito con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional durante los años 2016-2017 y se regula el cambio de entidad prestadora de la asistencia sanitaria (BOE de 19 de diciembre de 2015).

<sup>52</sup> Así como el artículo 77 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo.

que presta servicios para entidades aseguradoras concertadas con MUFACE se están viendo afectadas por la crisis económica, que ha determinado menor aportación del Estado a los presupuestos de la entidad; pero, al mismo tiempo, por la disminución del número de cotizantes, ya que, las diferentes reformas en materia de Seguridad Social han supuesto que los funcionarios de nuevo ingreso en CCAA y otros colectivos –vgr. personal docente universitario- pasen a integrar el Régimen General de Seguridad Social, en cumplimiento de los Pactos de Toledo de 1985, donde se pactó, entre otras medidas, la progresiva eliminación de Regímenes, hasta quedar sólo el Régimen General de Seguridad y el Régimen de Trabajadores Autónomos. Paralelamente se está detectando que la cobertura sanitaria de MUFACE no incluye la cartera común de servicios del Sistema Nacional de salud, lo que pudiera plantear problemas de discriminación, aunque no es un tema que vayamos a tratar en este estudio.

En relación al Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el ISFAS tiene un régimen de colaboración concertada con la sanidad militar, así como concierto con el INSS y la TGSS, permitiendo la opción entre sanidad militar y sanidad pública; previsión contenida en los artículos 14 y siguientes del TRLSSFFAA<sup>53</sup>.

El Gobierno asegura que “penalizará” a las entidades aseguradoras que colaboran con Muface --la mutua de los funcionarios-- que incumplan el **concierto**, bien sea por no garantizar el acceso a los medios asistenciales o por vulnerar el principio de continuidad asistencial para pacientes en tratamiento por patologías graves al obligarles a cambiar de centro **sanitario** Principio del formulario

---

Final del formulario

Principio del formulario

---

Final del formulario

Las relaciones jurídicas del concierto son las que vinculan al ISFAS y la Entidad aseguradora, así como las que vinculan a los beneficiarios y la Entidad; sin embargo, se establece expresamente que dicho concierto “no supone ni hace surgir ninguna relación entre el ISFAS y los facultativos o centros de la Entidad que presten la asistencia. Las relaciones entre la Entidad y los facultativos o centros son en todo caso ajenas al Concierto<sup>54</sup>”.

<sup>53</sup> Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio y 61 del Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre.

<sup>54</sup> Así lo establece expresamente la cláusula 6.2.1 de la Resolución 4B0/38195/2015, de 14 de diciembre, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se publican los conciertos

Por último, en referencia al Régimen Especial de Seguridad Social de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia<sup>55</sup>, la MUGEJU –Mutualidad General Judicial- - el concierto sanitario se rige por la Resolución de 18 de octubre de 2013, prorrogada hasta 2017; y curiosamente, a diferencia de los otros dos Regímenes Especiales de funcionarios públicos, dicha normativa no contempla la cláusula de exclusión de entre MUGEJU y los facultativos que presten servicios para las entidades aseguradoras concertadas.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones<sup>56</sup> sobre la responsabilidad de la Administración por deficiente prestación sanitaria en casos de concierto administrativo de funcionarios, cuestión que no es objeto de nuestro estudio; sin embargo, no hemos encontrado pronunciamientos judiciales sobre cuestiones de índole laboral relacionadas con MUFACE, ISFAS o MUGEJU y el personal que presta servicios sanitarios para las entidades aseguradoras concertadas con dichas Mutualidades; por lo que entendemos aplicable todas las consideraciones realizadas a lo largo de este estudio.

suscritos con entidades de seguro para la asistencia sanitaria de beneficiarios durante los años 2016 y 2017.

<sup>55</sup> Regulado por Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de disposiciones legales vigentes de este Régimen General y su normativa de desarrollo, el Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio.

<sup>56</sup> STS (Contencioso-administrativo, Secc.3<sup>a</sup>) de 3 de julio de 2003 recurso casación para unificación de doctrina.