



Expediente: 15/21. Subcontratación de Mutuas de accidentes de trabajo.

Clasificación de informes: 1. Ámbito de aplicación subjetiva. 1.1. Entidades sometidas a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. 7. Capacidad y solvencia de la empresa. 11. Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. 11.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.7. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

La Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

"En la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) en su artículo 3, apartado 1, letra f) se establece que "a los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: f) las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social".

Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social son entidades privadas con autorización del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones e inscripción en el registro especial dependiente de este, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley.

En el ámbito de sus competencias les resulta de aplicación el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de



Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto 1.993/1995, de 7 de diciembre, y están sometidas igualmente al Real Decreto 1.630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, que, a tenor de su articulado, permite a estas Entidades concertar la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora con medios privados bajo el cumplimiento de determinados requisitos.

Esta sujeción de las Mutuas a la LCSP, genera en algunas ocasiones contradicciones con la normativa que es de aplicación para estas Entidades, como es el caso de lo establecido en los apartados a) y e) del artículo 12 del Real Decreto 1.630/2011 referido a los requisitos que deben cumplir los medios sanitarios y recuperadores privados para concertar con las Mutuas, que inciden directamente en el régimen jurídico de la Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y, por ello, procede a realizarse las siguientes CONSULTAS:

1. El artículo 12.a) del Real Decreto 1.630/2011 requiere a los medios sanitarios y recuperadores privados, para concertar con las Mutuas, acreditar entre otras condiciones:

i) Que dispongan de medios propios, materiales y personales, para llevar a cabo los servicios objeto del concierto.

ii) Que acrediten un volumen de facturación por prestaciones satisfechas en los tres años precedentes superior a la facturación estimada por las prestaciones objeto del contrato.

Respecto de la primera de las condiciones se plantean dudas en relación a lo que deben ser considerados "medios propios materiales y personales". En cuanto a los "medios materiales", se ciñen a si sería factible su acreditación por los licitadores, haciendo valer acuerdos de colaboración con terceros para la integración de la solvencia o para la ejecución del contrato (aportando aparataje o maquinaria médica o incluso todos los medios materiales de centros asistenciales ajenos acreditando el cumplimiento de los requisitos administrativos para el ejercicio de dichos servicios).

Respecto de los "medios personales", se plantea la duda respecto de si dentro de los mismos sólo caben los vinculados al licitador mediante una relación de naturaleza laboral



(personal en plantilla) o también pueden serlo los que tengan su origen en una relación mercantil (acuerdo de colaboración, contrato mercantil...), en cuyo caso debería contemplarse en los pliegos necesariamente la posibilidad de su subcontratación por los licitadores sin impedimento alguno.

2. En lo concerniente al volumen de facturación, en el artículo 87.1 de la LCSP se establece que la solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario. Y así lo ha interpretado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 675/2015: "Pero no puede inferirse con claridad del PCAP la interpretación del órgano de contratación expuesta en su informe de que la solvencia económica y financiera se recoge expresamente "en función de la fecha de creación o del inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de la referencia de dicho volumen de negocios", y de que, por tanto, no se está exigiendo una antigüedad obligatoria a la empresa de tres años, sino que tal declaración debe referirse al periodo en que la empresa haya comenzado su actividad" y de la misma forma lo ha interpretado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 17/2013, de 26 de junio: "Esta redacción, frente a la de normas anteriores, fue incluida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que precisó que, en relación con este medio de acreditación de la solvencia económica, debía aportarse declaración referida a los tres últimos ejercicios disponibles, «en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario». Esta precisión permite afirmar que, en relación a la solvencia económica, no se está exigiendo una antigüedad obligatoria de la empresa de tres años, lo que podría resultar contrario a la concurrencia, sino que la declaración debe referirse al período en el que la empresa haya comenzado su actividad."

A su vez, y en relación con la solvencia técnica o profesional, la LCSP introdujo como novedad en la contratación no sujeta a regulación armonizada el prestar una atención especial a aquellos operadores económicos que, por haber iniciado de forma reciente su actividad, no pudieran acreditar su solvencia técnica mediante la experiencia en trabajos similares al que es objeto de licitación (arts. 88.2, 89.1 h) y 90.4 para los contratos de obras, suministros y resto de contratos, respectivamente).

Así, se dispone en los mismos que, en los contratos no sujetos a regulación armonizada y de valor estimado inferior a 500.000 euros en el caso de obras, cuando el contratista sea



una empresa de nueva creación (entendiendo por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años), su solvencia técnica se acredite por uno o varios de los medios a que se refiere cada precepto respectivamente, "sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de obras/suministros/servicios".

Asimismo, el propio Tribunal de Cuentas, en su "informe nº 1.119" (aprobado en su Pleno de 26/11/2015), correspondiente a la "Fiscalización sobre la gestión y el control efectuados por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social en materia de asistencia sanitaria concertada con medios ajenos", sienta el criterio de que en la comprobación de los datos del volumen de facturación aportados por las empresas licitadoras, a los efectos previstos en el artículo 12 del Real Decreto 1630/2011, no debe computarse la facturación mantenida con la propia Mutua (véase la página 118, así como las 30,61,62,69 Y 124 de dicho informe).

3. Habida cuenta de los puntos anteriores, se plantean las siguientes cuestiones:

¿Puede quedar limitada la libertad de subcontratación por parte de los adjudicatarios de los servicios sanitarios y de recuperación, por la necesidad impuesta por el Real Decreto 1.630/2011 de que dispongan de medios propios, materiales y personales, para llevar a cabo los servicios objeto del concierto, cuando la nueva LCSP favorece, con carácter general, la subcontratación? En especial, cuando no les es de aplicación el artículo 296 de la LCSP, que en el ámbito del contrato de "concesión de servicios" limita la posibilidad de subcontratación a las prestaciones accesorias, habiéndose dejado de identificar la contratación de dichos servicios por las Mutuas con la figura de la "gestión de servicios públicos" prevista en la normativa anterior y asimilable a una "concesión de servicios" (artículo 8 del antiguo texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

¿Sería posible, en el caso de las Mutuas, que se pudieran presentar empresas o profesionales que, aunque cumplan tal volumen de facturación, hayan iniciado su actividad en un plazo inferior a esos tres años?

En el supuesto de que se presenten empresas o profesionales que no cumplan el volumen de facturación por haber iniciado su actividad en un plazo inferior a esos tres años, ¿se podrían presentar?



¿Se consideraría una limitación a la libre concurrencia la exclusión de licitadores por este motivo, teniendo en cuenta lo reflejado en el artículo 87 de la LCSP, así como el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 675/2015, y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Informe 17/2013, de 26 de junio?

¿Para el cálculo sobre el volumen de facturación, debe excluirse la facturación efectuada a la Mutua que promueve la licitación?

4. Igualmente, el artículo 12.e) establece literalmente "en los tres años precedentes" para referirse al volumen de facturación. En cambio, En la Resolución 281/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de Madrid se establece que la solvencia económica se acredite en relación a un periodo de tiempo y no ejercicio a ejercicio: "La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su informe 13/1997, en relación a la interpretación que ha de darse a la expresión "referido como máximo a los tres últimos ejercicios", ha señalado que la Ley quiere que la solvencia se acredite en relación a un periodo de tiempo y no ejercicio a ejercicio. Por ello cuando la cifra de negocios o la relación de servicios realizados deben referirse al último trienio previo a la licitación no implica que los licitadores hayan de acreditar la solvencia económica y financiera y profesional por cada uno de los ejercicios que se integran en el trienio"

Habida cuenta de lo anterior, la cuestión sería si debe entenderse este cómputo ejercicio a ejercicio o bien conjuntamente con relación a un periodo de tiempo, como ha estimado el Tribunal referido anteriormente para un supuesto similar.

Hay que tener en cuenta que antes de su publicación en el BOE, el Consejo de Ministros manifestó en el Considerando V de su Dictamen de 13 de octubre de 2011 sobre el Proyecto de esta norma: En relación con los requisitos de los sujetos privados, a los efectos de poder celebrar conciertos con las mutuas, la letra e) del artículo 11 exige la acreditación de 'un volumen de facturación por servicios a terceros en los tres años precedentes superior a la facturación estimada por los servicios a prestar a la mutua. Sobre ello ha de indicarse, de un lado, que la referencia al volumen de facturación guarda cierta similitud con lo establecido en los artículos 64 y 67 de la LCSP en materia de solvencia de los contratistas, (. . .)"



Conviene traer a colación asimismo que el requisito de acreditar un volumen de facturación mínimo sería contrario a los artículos 87.4 y 132 de la actual LCSP, interpretación que resulta coherente con los propios principios generales que deben regir en toda contratación pública (Artículo 1 LCSP).

Al respecto, la Directiva 2014/24/UE, sobre los principios de adjudicación de los contratos que afectan a entidades del sector público, como es el caso de las Mutuas, establece reiteradamente que los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio. Asimismo, en su artículo 184, aboga por el respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, sin que en ningún caso pueda restringirse la libre competencia.

A mayor abundamiento, el artículo 87.1.b de la ya en vigor LCSP, establece la posibilidad de acreditar la solvencia económica "en los casos en que resulte apropiado" mediante la presentación de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales equivalente, o por cuantía superior al del valor estimado del contrato. Doctrina consolidada a raíz de lo dispuesto en los últimos años por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, indistintamente, TACRC), respecto de la solvencia económica y financiera en una sociedad de nueva creación "la finalidad que persigue el requisito que ahora nos atañe no es otro que el de tratar de asegurar la capacidad y aptitud de la empresa para ejecutar el contrato".

La razón de ser de esta admisión es proteger la competencia y la libre concurrencia entre los licitadores. Así lo entiende también el TACRC en su Resolución 1.206/2018, en la que aplica a una empresa de nueva creación la flexibilización que con carácter general permite la ley para la acreditación de la solvencia económica, permitiendo que no se le exija acreditar solvencia económica mediante volumen de negocio o de patrimonio neto (que son los otros dos medios de acreditación que recoge la ley). Ello, puesto además en relación con el artículo 86.1 LCSP, que dispone que cuando el operador, por una razón válida, no esté en condiciones de presentar las referencias indicadas en el Pliego de Cláusulas Particulares, podrán admitirse otros medios, pudiendo perfectamente entender que la razón válida a que alude el precepto, pueda ser que se trate de una empresa de nueva creación.

5. Por último, en el Real Decreto 1.630/2011, entre las reglas específicas que establece para la contratación de servicios sanitarios por las Mutuas con entidades privadas, persiste



una limitación en la duración de los contratos a un año (prorrogable por otro más) para la asistencia sanitaria que se preste en centros ambulatorios (entendiendo el concepto como sin internamiento) y dos años (prorrogables por dos más) en centros hospitalarios (con internamiento).

Los contratos de servicios de prestación sucesiva (y la asistencia sanitaria lo es, al menos a priori) tienen un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las eventuales prórrogas, en la redacción dada por el artículo 29.4 LCSP, superando las limitaciones señaladas en el párrafo anterior.

La limitación del RD 1.630/2011 resulta tanto más chocante en cuanto la naturaleza de los servicios objeto del contrato se encuadran en lo que tanto la Ley como la propia Directiva 2014/24 denomina "servicios a las personas" (educativos, sociales, sanitarios), señalando expresamente que "al determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo nº 26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos ..."

En su trasposición al ordenamiento jurídico español, el propio artículo 29 LCSP señala que podrá establecerse en los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas un plazo de duración mayor cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio de prestador pudiera repercutir negativamente.

Esta regulación de la duración de los contratos de servicios a las personas es igualmente coherente con lo previsto en la DA 47^a, cuando señala que "en los procedimientos de licitación de contratos de concesión de los servicios que figuran en el anexo IV y de contratos de carácter social, sanitario o educativo también del anexo IV, los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios (. . .).

En definitiva, resulta manifiestamente incoherente que, en la contratación de servicios de asistencia sanitaria del Anexo IV (CPV 85000000-9 a 85323000-9), en los que la continuidad es un principio recogido expresamente en la normativa nacional y europea,



permitiendo a los Estados miembros un amplio margen de maniobra en tanto posibilita incluso la no celebración de contratos públicos (como recoge expresamente el Considerando 114 de la Directiva), en la celebración de estos contratos por parte de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social se ve constreñida su capacidad de contratar los servicios durante plazos más largos, en un menoscabo constante no sólo de la adecuada capacidad de planificación de la contratación de las Mutuas, en la medida que el inicio de la ejecución de algunos contratos casi acaba enlazando con la preparación de su sucesor, sino también en detrimento del adecuado grado de calidad asistencial que podría obtenerse de no estar la prestación del servicio sujeta de forma constante a los vaivenes de la concurrencia, que sin perjuicio de ser deseable como principio rector, la sobreexposición al mismo no deja de evidenciar efectos adversos en aquellos contratos cuyo objeto se encuadra en los servicios a la ciudadanía (la salud).

Ante estas situaciones, surge la disyuntiva de qué norma es de aplicación y prevalece, la LCSP por los motivos expuestos, amén de ser de mayor rango y posterior, o la norma específica, siendo ésta el Real Decreto 1.630/2011, por ser específica a pesar de estar pendiente de desarrollo reglamentario y obsoleta (contraria a la normativa nacional y europea de obligado cumplimiento) para los supuestos en que la aplicación de ambas resulta contradictoria.”

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Presidente de la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en adelante, AMAT), se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para plantear una consulta relativa al régimen jurídico aplicable a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de contratación pública. En su escrito de consulta plantea una serie de cuestiones relativas a la posible contraposición entre la regulación contenida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) con la recogida en el Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y



enfermedades profesionales de la Seguridad Social (en adelante, Real Decreto 1630/2011).

Las distintas cuestiones se plantean diseminadas a lo largo del escrito, al mismo tiempo que se realizan reflexiones y se aportan ejemplos de resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, del Tribunal de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid, de dictámenes de Juntas Consultivas y de artículos y considerandos de las Directivas de Contratación Públicas de 2014. Por esta razón, esta Junta Consultiva irá analizando cada cuestión separadamente, estableciendo una conclusión en cada epígrafe para cada una de aquellas.

2. En relación con la primera de las cuestiones consultadas, que plantea la duda de si la posibilidad de subcontratación por parte de los adjudicatarios de los contratos que adjudican las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para la prestación servicios sanitarios y de recuperación mediante medios privados queda excluida por la necesidad impuesta por el Real Decreto 1.630/2011 de que tales entidades dispongan de medios propios, materiales y personales, para llevar a cabo los servicios objeto del concierto, es necesario hacer una serie de reflexiones previas.

En primer lugar, hemos de recordar que la sujeción de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social a la LCSP se establece de manera expresa en el artículo 11 del Real Decreto 1630/2011 y supone que los contratos que estas celebren con medios privados para la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora deba configurarse como un contrato público, a pesar de que el Real Decreto 1630/2011 lo califique como un concierto¹.

¹ Artículo 11 del Real Decreto 1630/2011. *“En el caso de que las mutuas no dispongan de recursos sanitarios y recuperadores, incluidos los mancomunados, ni exista posibilidad de utilización de instalaciones de otras mutuas en condiciones económicas al menos tan ventajosas como las que ofrezcan los conciertos privados o no exista convenio con las administraciones públicas sanitarias a través de los cuales se pueda dispensar de forma adecuada la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora en el área geográfica de influencia en la que se precise dicha asistencia, las mutuas podrán prestar dichos servicios mediante concierto con medios privados, siempre que éstos reúnan las condiciones que se señalan en el artículo 12. Tales conciertos, que deberán ajustarse a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, no podrán suponer la sustitución de la función colaboradora atribuida a las mutuas, en cuyo nombre se prestará la asistencia, ni excluir la posibilidad de que tales conciertos se extiendan a otras mutuas.*

La vigencia de dichos conciertos no podrá superar el periodo de dos años cuando la prestación de servicios se realice en centros hospitalarios, o de un año en el resto de los supuestos, y podrán prorrogarse expresamente



Sujeta esta actividad a la LCSP, cabe señalar que la norma que determina el régimen jurídico aplicable a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social desde el punto de vista de la aplicación de la legislación de contratos públicos es el artículo 3.3.c) LCSP, conforme al cual:

*“3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:
c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.”*

Esta previsión legal proviene de la doctrina desarrollada por esta Junta Consultiva en diferentes informes. En efecto, en nuestro informe 3/10, de 3 de julio ya destacamos que *“las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público, pertenecen a éste, no son Administraciones Públicas y merecen la consideración de poderes adjudicadores.”* El mismo criterio se mantuvo en nuestros informes 34/2011 y 51/2018. Por causa de esta precisa calificación legal a este tipo de entidades les resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 26.3 LCSP y, por su remisión, por lo preceptuado en los artículos 317 y 318 LCSP.

Si, por tanto, estamos en presencia de un contrato público, al mismo resultan de aplicación las condiciones generales de aptitud establecidas para todos los contratos públicos en el artículo 65 LCSP y, concretamente, la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional a que alude el artículo 75 de tal norma legal. Tal acreditación se verifica en la forma establecida en los artículos 86 y siguientes de la LCSP.

Esta forma de acreditar la solvencia en el aspecto económico y financiero incluye en el artículo 87 un criterio característico consistente en el volumen anual de negocios de la entidad licitadora, y en el artículo 90 un medio para acreditar la solvencia técnica en los contratos de servicios consistente en la indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, de las instalaciones técnicas o de la maquinaria, material y equipo técnico de que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones. Estas referencias son muy próximas conceptualmente y se solapan con algunos de los requisitos que el artículo 12² del Real Decreto 1630/2011 exige

por igual periodo, por acuerdo de la junta directiva, en el caso de persistir las circunstancias señaladas en el párrafo anterior.”

² En los supuestos señalados en el artículo 11, las mutuas podrán concertar la prestación de los servicios sanitarios y recuperadores a su cargo con centros sanitarios privados, ya se trate de personas jurídicas o de personas físicas, que reúnan las siguientes condiciones:



a los medios sanitarios y recuperadores privados para concertar con las mutuas, entre los cuales figuran:

- a) disponer de medios propios, materiales y personales, para llevar a cabo los servicios objeto del concierto; y
- e) Acreditar un volumen de facturación por prestaciones satisfechas en los tres años precedentes a la formalización del concierto superior a la facturación estimada por las prestaciones objeto del contrato.

Aparentemente, esta coincidencia no significaría que se trate de la misma figura jurídica, puesto que donde la LCSP establece condiciones de solvencia, el Real Decreto 1630/2011 alude claramente a requisitos exigibles para la concertación. Por otro lado, tanto el artículo 87 como el 90 de la LCSP establecen la libertad de elección del órgano de contratación para escoger las condiciones de solvencia de entre las que expresamente menciona, mientras que el Real Decreto 1630/2011 parece configurar estos requisitos como obligatorios e inexcusables para que las entidades privadas puedan concertar con las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. En consecuencia, parece que sería posible que el órgano de contratación no exigiera el volumen anual de negocios o el volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato como condición de solvencia. Lo mismo puede decirse de los medios propios, humanos y materiales, para llevar a cabo los servicios objeto del contrato.

A pesar de las anteriores consideraciones esta Junta Consultiva considera que no existe tal diferencia. El artículo 3 del Código Civil exige interpretar las normas jurídicas atendiendo

-
- a) Disponer de medios propios, materiales y personales, para llevar a cabo los servicios objeto del concierto.
 - b) Contar con la debida autorización de funcionamiento y acreditación de suficiencia y adecuación de medios por parte de la autoridad sanitaria competente de la comunidad autónoma y hallarse inscrito en el registro de entidades sanitarias autorizadas de dicha comunidad autónoma.
 - c) Hallarse inscrito en el correspondiente registro que se llevará a estos efectos en la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.
 - d) No tener ningún tipo de vinculación o relación comercial, financiera o de cualquier otra clase, con empresas representadas en la junta directiva de la mutua, con el representante de las mismas, con el director gerente o cualquier otra persona que ejerza funciones de dirección ejecutiva en la mutua.
 - e) Acreditar un volumen de facturación por prestaciones satisfechas en los tres años precedentes a la formalización del concierto superior a la facturación estimada por las prestaciones objeto del contrato.



a su espíritu y finalidad. Igualmente resulta necesario que dicha interpretación resulte coherente en el marco del ordenamiento jurídico, de modo que es necesario evitar que la intelección errónea de una norma jurídica lleve a resultados absurdos.

Pues bien, las normas que disciplinan los requisitos de solvencia tienen como finalidad asegurar que el licitador podrá ejecutar el contrato de resultar adjudicatario, tanto en el aspecto económico como en el técnico. Y precisamente, si atendemos a su finalidad, este es el objetivo de la norma contenida en el artículo 12 del Real Decreto 1630/2001 en las letras a) y e). Por tanto, la cercanía conceptual entre ellos no resulta baladí, sino que ambas normas son idénticas desde el punto de vista teleológico.

Como consecuencia de ello resultaría absurdo que en una licitación se pudiera exigir cumulativamente dos requisitos autónomos, uno consistente en acreditar el *“volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente”* (87.1 a) de la LCSP) y otro consistente en acreditar un *“volumen de facturación por prestaciones satisfechas en los tres años precedentes a la formalización del concierto superior a la facturación estimada por las prestaciones objeto del contrato.”* Lo mismo ocurriría con el requisito correspondiente a los medios materiales y humanos.

No se trata, por tanto, de dos conceptos jurídicos diferentes, sino de un supuesto muy particular en el que en ambas normas se regula la forma de acreditar las condiciones de aptitud para contratar en relación con la solvencia económica y técnica, y se hace de forma diferente.

En efecto, tal regulación no es simétrica, pues presenta aspectos significativamente disímiles. Consiguientemente, en estos supuestos existe un conflicto de normas que debe resolverse atendiendo a los principios generales del derecho que permiten evitar las antinomias jurídicas. De esta manera, atendiendo al principio de jerarquía normativa y al de temporalidad no cabe duda de que la LCSP es una norma de rango superior y posterior en el tiempo. Por su especialidad, es cierto que subjetivamente el Real Decreto 1630/2011 es una norma especial, pero también resulta cierto que la LCSP lo es por razones materiales. Finalmente, cuando el Real Decreto se remite a la LCSP a estos efectos, debemos entender que dicha remisión se realiza en bloque, en su conjunto, de modo que



también en lo que atañe a los requisitos de solvencia. De todo ello se deduce que tras la LCSP de 2017 las condiciones de solvencia han de acreditarse conforme a lo que dispone esta última también en estos supuestos.

En definitiva, para acreditar las condiciones de solvencia de los contratos públicos que celebren las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social con medios privados se aplicarán las normas de la LCSP, desplazando a las letras a) y e) del artículo 12 del Real Decreto 1630/2011. Esto, no obstante, parece lógico proponer una interpretación congruente de ambas normas, la cual es posible si entendemos que el redactor del Real Decreto 1630/2011 ha querido poner el acento en la importancia de que estos medios privados puedan disponer de medios humanos y materiales adecuados y de un volumen de facturación suficientes para ejecutar el contrato. De esta manera parece razonable entender que, aunque la norma reglamentaria no puede limitar la libertad de elección de las condiciones de solvencia que establece la LCSP, sí puede servir de guía al órgano de contratación para indicarle que estos criterios de solvencia son apropiados a estos efectos, sin perjuicio de la posibilidad de elegir otros, también apropiados.

Por todo ello nuestra primera conclusión es que a los efectos de determinar las condiciones de solvencia económica y financiera y técnica o profesional en los contratos que celebren las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales con medios privados para la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora deberá aplicarse la LCSP, sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda tener en consideración que el volumen de negocios y la tenencia de medios materiales y humanos suficientes constituyen medios adecuados para acreditar dicha solvencia.

3. Obviamente, la anterior conclusión se limita a los requisitos de las letras a) y e) del artículo 12 del Real Decreto 1630/2011 y no a los restantes. La existencia de estos requisitos que obligatoriamente ha de cumplir la entidad privada que va suscribir un contrato con las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y que no son propiamente requisitos de solvencia expresamente regulados en la LCSP transmite la preocupación del redactor de la norma por garantizar el cumplimiento de ciertas condiciones propias y específicas de las entidades concertadas. Ello se demuestra por las siguientes razones:



- Porque el artículo 11 del Real Decreto 1630/2011 limita la posibilidad de concertar la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora a los medios privados que reúnan las condiciones del artículo 12.
- Porque entre ellas se encuentra la de disponer de una autorización de funcionamiento y acreditación de suficiencia y adecuación de medios por parte de la autoridad sanitaria competente de la Comunidad Autónoma y hallarse inscrito en el Registro de entidades sanitarias autorizadas de dicha Comunidad Autónoma. A estos efectos previsiblemente se tendrán en consideración los requisitos que sobre medios personales y materiales fija la norma reglamentaria.
- Porque igualmente se alude al requisito de hallarse inscrito en el correspondiente registro que se llevará a estos efectos en la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.
- Porque incluso se exigen unas condiciones específicas de ausencia de incompatibilidad que son propias de la entidad concertada.

Por lo tanto, la entidad que vaya a concertar con la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social debe cumplir inexcusablemente y en todo caso el resto de las condiciones establecidas en el artículo 12 del Real Decreto 1630/2011. Ello es perfectamente congruente con lo dispuesto en el artículo 65.2 de la LCSP, cuando exige que los contratistas cuenten con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

4. Sentadas las dos anteriores conclusiones, podemos continuar con el análisis de la primera cuestión consultada. La naturaleza de contrato público que hemos reconocido a la relación jurídica que se establece entre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y las entidades privadas en los casos de los artículos 11 y siguientes del Real Decreto 1630/2011 ya fue reconocida por nuestra legislación con anterioridad a la actual LCSP. El artículo 8.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la redacción dada al mismo por la disposición final quincuagésima quinta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible calificaba como contrato de gestión de servicios públicos a 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, añadiendo que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrían realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.

En la actual LCSP ha desaparecido esta figura contractual por lo que, según nuestra reiterada doctrina (ver, por ejemplo, nuestro Informe 22/09, de 25 de septiembre de 2009), y conforme a lo establecido en el artículo 15.2 LCSP, el contrato se calificará en la actualidad como un contrato de servicios o como una concesión de servicios dependiendo de que exista o no la transferencia del riesgo operacional del contrato, cuestión que habrá de analizarse caso por caso.

5. Conforme a lo señalado en la consideración jurídica anterior podemos diferenciar dos supuestos. Cuando estemos en presencia de un contrato público de servicios, la LCSP regula la subcontratación de un modo amplio en el artículo 215, restringiendo notablemente los supuestos en que cabe excluir la misma. Hemos de recordar que dichas normas son aplicables a la contratación de las Administraciones Públicas y que, conforme al artículo 319 de la LCSP, también lo son a las entidades que, sin ser Administraciones Públicas, estén investidas de la condición de poderes adjudicadores. Pues bien, es importante recordar que para poder garantizar que la parte de la prestación objeto del contrato que va a ser subcontratada pueda ser ejecutada correctamente por el subcontratista la LCSP exige que el contratista justifique a la entidad contratante la aptitud de aquél para ejecutarla, incluyendo su solvencia, por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar. Es igualmente destacable que el apartado 5 del artículo 215 LCSP señale que *“en ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 71.”* Por tanto, no podrán subcontratar quienes se encuentren afectados por una prohibición de contratar, pero tampoco quienes estén inhabilitados para ello por otras razones. Entre estas razones obviamente se encuentra carecer de las autorizaciones o habilitaciones necesarias para ello y, desde luego, no cumplir los requisitos necesarios para realizar la actividad conforme a la normativa reguladora de la misma.



Resulta patente que el conjunto de estas normas tiene por finalidad garantizar que quien ejecuta parte de la prestación a través de un subcontrato pueda hacerlo atendiendo a su aptitud y a sus condiciones legales. Esta conclusión también es aplicable a los contratos que estamos tratando puesto que, como en otros muchos supuestos, en ellos la normativa propia exige unos requisitos concretos para ejecutar la actividad, pero sin que ello suponga restringir la actuación exclusivamente al contratista desde el punto de vista legal y, si ello es así, conforme a la evolución normativa y jurisprudencial de la figura, bien podemos concluir que las entidades privadas que concierten la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora con las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social podrán acudir a la figura de la subcontratación, pero siempre que lo hagan cumpliendo las condiciones establecidas en el artículo 215 de la LCSP, y para ello deberán acreditar que el subcontratista cumple las condiciones de aptitud para contratar conforme a la LCSP, y separadamente el resto de los requisitos que se imponen en el artículo 12 del Real Decreto 1630/2011.

Cuando estemos en presencia de una concesión de servicios la peculiaridad estriba en que conforme al artículo 296 LCSP en dicho contrato la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, si bien en esta parte resultará de aplicación la misma conclusión antes alcanzada.

Por tanto, siguiendo esta doctrina podemos contestar a la primera cuestión que se nos ha planteado que no existe ninguna incompatibilidad entre la LCSP y el artículo 12 del Real Decreto 1630/2011 a los efectos de aplicar las normas sobre subcontratación contenidas en la primera de estas normas siempre que se cumplan los requisitos de solvencia establecidos en la LCSP y el resto de requisitos del artículo 12 del Real Decreto 1630/2011.

6. En segundo lugar, la Asociación de Mutuas pregunta si sería posible que se pudieran presentar a la licitación empresas o profesionales que, aunque cumplan el volumen de facturación exigido en el artículo 12 del Real Decreto 1630/2011, hayan iniciado su actividad en un plazo inferior a esos tres años.

Ya hemos indicado en la Consideración Jurídica 2 de este informe que las normas de solvencia exigidas conforme a la LCSP para la celebración de este tipo de contratos son las que se aplican en este caso. Resulta evidente que cuando se exija en el pliego de cláusulas administrativas particulares la acreditación de la solvencia a través de lo dispuesto en el artículo 87.1 a) de la LCSP, tal condición de solvencia se solapa de facto



con la exigida en el Real Decreto 1630/2011. Como hemos indicado, el objetivo de ambas normas es idéntico, esto es, garantizar la capacidad económica para la ejecución del contrato, de modo que con el fin de evitar un conflicto de normas que conduzca al absurdo ha de prevalecer la norma legal.

Por otro lado, si no se exige en el pliego la acreditación de la solvencia a través de lo dispuesto en el artículo 87.1 a) de la LCSP podría pensarse, prima facie, que la acreditación del cumplimiento del requisito establecido en el artículo 12 e) del Real Decreto 1630/2011 no estaría sujeta a las mismas condiciones que se establecen en la LCSP, puesto que se trataría de un requisito distinto y sujeto a una normativa diferente. Sin embargo, tratándose de un contrato público por expresa disposición de la norma cuestionada, y exigiéndose una condición cuya finalidad, tanto en la norma especial reguladora de las Mutuas como en la LCSP, es garantizar la aptitud para la realización de la prestación desde un punto de vista económico y financiero, carecería de sentido que la interpretación del requisito divergiese. De este modo, parece más lógico entender que la solución que el redactor de la LCSP ha querido ofrecer a la participación en licitaciones de empresas de nueva creación pueda ser aplicable también a este tipo de contratos.

La LCSP exige en el artículo 87.1 a) la acreditación a través del volumen anual de negocios, o bien del volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. Esta formulación deja claro que el redactor de la norma ha querido asegurarse de que el licitador dispone de un volumen de facturación adecuado para la ejecución del contrato, en la cuantía que para ello se determine con el límite establecido en el precepto, y que no es necesario que el operador económico disponga de ese volumen todos los años ni necesariamente durante tres años. Por eso la norma alude al mejor ejercicio y a los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas. El Real Decreto 1630/2011 no hace esta distinción, pero en la medida en que la finalidad perseguida es la misma, parece razonable entender que la interpretación del requisito sea equivalente.



De otro modo, nunca sería posible que los centros sanitarios privados que alcancen *ex novo* las condiciones para la realización de los conciertos para la prestación de los servicios sanitarios y recuperadores puedan acceder a nuevos contratos, al no poder acreditar la concurrencia del requisito del artículo 12 e) del Real Decreto 1630/2011 en el aspecto temporal, solución que dista mucho de lo querido por el legislador en la LCSP y también, a nuestro juicio, en el Reglamento que venimos analizando.

Por tanto, debemos entender, contestando a la segunda cuestión planteada en la consulta, que el requisito referido al volumen de facturación ha de interpretarse conforme a la LCSP, siendo posible admitir a la licitación a una persona que acredite un volumen de facturación conforme a lo exigido en ella, aunque su creación sea más reciente. Esta es la única conclusión posible desde el respeto del principio de concurrencia en las licitaciones públicas.

7. En la tercera de las cuestiones se nos consulta si se podría admitir a la licitación a empresas o profesionales que no cumplan el volumen de facturación por haber iniciado su actividad en un plazo inferior a esos tres años.

La Resolución 79/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales indica que cuando se emplee la cifra global de negocios como criterio de solvencia económica, se debe considerar la fecha de creación o de inicio de actividades de las empresas licitadoras, de modo que estas han de aportar una declaración sobre al menos un ejercicio cerrado, y si no hubiera podido finalizar al menos uno, su única forma de justificar la solvencia será valiéndose de los medios alternativos. En este sentido el Tribunal ha declarado en su Resolución 587/2013, de 29 de noviembre que *“no puede interpretarse en el sentido de dispensar de aportar información sobre estos extremos en los casos en que la empresa, por ser de nueva creación, no tuviese ningún ejercicio cerrado en el momento de concurrir a la licitación, pues ello supondría tanto como presumir una solvencia económica que, en los demás casos, ha de justificarse. Es obvio que ello, además de contrario al tenor del pliego, es un absurdo incompatible con la finalidad que persigue el requisito que ahora nos atañe y que no es otro que el de tratar de asegurar la capacidad y aptitud de la empresa para ejecutar el contrato (Resoluciones de este Tribunal 60/2011, 266/2011, 81/2012, 82/2012, 117/2012 y 39/2013, entre otras).”* Añade el Tribunal que la única lectura posible es que el licitador ha de aportar una declaración sobre al menos un



ejercicio cerrado, de manera que, si aún no ha completado uno, su única forma de justificar la solvencia será valiéndose de los medios alternativos.

En este caso, por las mismas razones que hasta ahora hemos venido exponiendo, la solución ha de ser la misma que ha señalado el Tribunal porque, como ya hemos expuesto en la consideración jurídica anterior, la razón de la existencia del requisito del artículo 12 del Real Decreto 1630/2011 es la misma que la de las condiciones de solvencia económica y financiera de la ley, esto es, acreditar que la entidad dispone de capacidad económica suficiente para hacer frente a las obligaciones contractuales y ello debe ser posible hacerlo sin cerrar el mercado a los nuevos operadores.

Por tanto, debemos entender que es posible admitir a la licitación a un operador económico que por razón de su reciente creación no haya podido finalizar al menos un ejercicio de actividad económica siempre que acredite su solvencia económica por medios alternativos. En los demás supuestos, ha de cumplirse el volumen mínimo de facturación establecido en el pliego.

8. Se nos consulta a continuación si para el cálculo del volumen de facturación debe excluirse la facturación efectuada a la Mutua que promueve la licitación. Se cita en la consulta el informe nº 1119 del Tribunal de Cuentas en el que expresamente se indica que en los casos en que el volumen de facturación declarado coincide con el facturado a la Mutua no se puede tener por cumplido el requisito del volumen de facturación del artículo 12 e) del Real Decreto 1630/2011.

Este criterio parece razonable en relación con el citado requisito si se pudiese considerar aisladamente, pero no lo parece tanto en relación con una condición de solvencia que, como hemos reiterado, ha de aplicarse conforme a la LCSP porque la finalidad de esta es acreditar que se puede realizar una prestación a favor de la Mutua contratante por un valor equivalente. Si, de hecho, tal prestación ya se venía desarrollando no puede haber duda de que es posible entender que la empresa dispone de la capacidad necesaria para ejecutarla nuevamente desde el punto de vista económico.

Por tanto, a juicio de esta Junta Consultiva para el cálculo del volumen de facturación no debe excluirse la facturación efectuada a la Mutua que promueve la licitación.



9. La siguiente cuestión que plantea la entidad consultante es si el cómputo del volumen de facturación debe entenderse ejercicio a ejercicio o bien conjuntamente con relación al periodo de tiempo de tres años que establece el artículo 12 e) del Real Decreto 1630/2011.

Esta cuestión ya la hemos resuelto al recordar la necesidad de aplicar las normas de solvencia de la LCSP.

En los casos en que la solvencia económica se haya de acreditar mediante el volumen de facturación conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares es indiscutible que esta condición se solapa con el requisito antes citado y que, como ya hemos indicado, la interpretación debe ser la de la LCSP para no conducir al absurdo. Por tanto, en estos casos, conforme a lo establecido legalmente y a la interpretación que de este requisito ha hecho el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, nuestra conclusión es que habrá de analizarse el volumen de facturación ejercicio a ejercicio, siendo suficiente con cumplir en uno de las tres últimas anualidades. Otra solución implicaría un incumplimiento de la norma legal y, por añadidura, del artículo 58.3 de la Directiva 2014/24 que utiliza el parámetro “*volumen de negocios mínimo anual*” a estos efectos, por lo que no puede admitirse una media ponderada de volumen de negocios de los últimos tres años, sino un volumen de negocio mínimo anual, al objeto de acreditar la solvencia económica y financiera (ver en este sentido RTACRC 470/2017).

10. Como última cuestión se nos indica que en el Real Decreto 1.630/2011 persiste una limitación en la duración de los contratos a un año (prorrogable por otro más) para la asistencia sanitaria que se preste en centros ambulatorios y dos años prorrogables por dos más en centros hospitalarios con internamiento. Se nos cuestiona de nuevo sobre la compatibilidad estas normas con las que sobre la duración de los contratos contiene la LCSP.

Si atendemos a las reglas de duración de los contratos de servicios la LCSP resulta que el artículo 29.4 establece como regla general que los contratos de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas. Como es lógico, esto no significa que los contratos hayan de durar necesariamente cinco años, siendo perfectamente posible establecer en el pliego una duración inferior.



En este sentido el Real Decreto 1630/2011 contradice a la LCSP que, por razón de su rango, debe prevalecer. Por tanto, la conclusión que debemos alcanzar en este punto es que la duración máxima de este tipo de contratos será la que se establezca en el artículo 29 de la LCSP.