



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2015/2016
Convocatoria: Marzo

LA SUPUESTA PRIVATIZACIÓN DE LA SANIDAD EN ESPAÑA

**THE ALLEGED PRIVATIZATION OF THE SPANISH
HEALTH SYSTEM**

Realizado por el alumno D. Cristina González Rodríguez

Tutorizado por el Profesor D. Andrés Manuel González Sanfiel



Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas
Área de conocimiento: Derecho Administrativo

ABSTRACT

From recent years, Europe and Spain in particular, has been submerged in an economical depression, reason why public health system sustainability is being questioned at the moment. A lots of different european norms contains the obligation to Governments to have not so much public debt.

In this context, the Public Administration seeks new ways of management, that the media and the society in general understands as a privatization of public health system.

It is clarified in this paper that the only thing that changes is the health management system in certain territories, collaborating with a private partner to carry out aforementioned sanitary services. The sanitary system is still public, and the people's health rights are also guaranteed.

The potential risks of this new health model are analyzed and also its possible impact on the patient's rights. Therefore, a brief study is done to determine if these changes are justified from an economic point of view and if the objectives are achieved.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Durante los últimos años, Europa y España en particular, han estado sumidas en una crisis económica, razón por la cual se está poniendo en duda la sostenibilidad del sistema público de salud. Numerosas normas europeas obligan a los Gobiernos a no contraer elevada deuda pública.

En este contexto, las Administraciones Públicas buscan nuevas formas de gestionar, que tanto los medios de comunicación como la sociedad en general, entienden como privatización del sistema sanitario público.

Se aclara en el presente trabajo que lo único que se modifica es la manera de gestionar la sanidad en determinados territorios, acudiendo a un colaborador privado para prestar los servicios sanitarios antedichos. La sanidad sigue siendo pública, y el derecho a la salud de los ciudadanos sigue estando garantizado.

Se analizan, asimismo, los riesgos potenciales de este nuevo modelo de gestión sanitaria y su posible impacto en los derechos de los pacientes. Por consiguiente, se hace un breve estudio para determinar si estos cambios están justificados, desde una óptica económica, y si se han logrado los objetivos planteados.

LA SUPUESTA PRIVATIZACIÓN DE LA SANIDAD EN ESPAÑA

1. INTRODUCCIÓN.

2. SITUACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SOCIALES ANTE LA CRISIS, EN ESPECIAL, LA SANIDAD.

2.1. Qué es un servicio social. Definición y regulación legal.

2.2. Impacto de la crisis económica en los servicios sociales.

2.3. Consecuencias.

3. NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO.

3.1. El porqué de estas alternativas. Consideraciones jurídicas. Las distintas fórmulas contractuales.

3.2. Sobre la deuda pública y la teoría del riesgo.

3.3. Derechos de los usuarios ante las nuevas formas de gestión. Mecanismos de control.

3.4. Análisis de la eficacia de estas fórmulas.

4. EL CASO DE LA SANIDAD MADRILEÑA.

5. CONCLUSIONES.

-BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN.

Los diferentes medios de comunicación han dado cuenta en los últimos años de la polémica suscitada con la denominada privatización de los servicios sanitarios. Algunas Comunidades Autónomas como Madrid, Galicia o Valencia, entre otras, apostaron por permitir la introducción de fórmulas privadas de gestión que permitieran afrontar problemas de financiación y reducción del déficit público, al menos así se presentaban tales medidas. Se hablaba abiertamente de privatizar la sanidad y múltiples colectivos afectados, como médicos, enfermeras, personal sanitario en general y la propia ciudadanía, formularon diversas protestas y manifestaciones por la citada privatización. Pero, ¿se trataba realmente de una privatización? ¿Se justificaban tales medidas? ¿Se conseguían los fines y objetivos que los responsables políticos decían conseguir con las mismas?

El presente trabajo, desde una perspectiva jurídica, da cuenta de la problemática suscitada. De su verdadera naturaleza jurídica; del efecto real que tales medidas han tenido y del alcance efectivo de las mismas. Un problema que se desarrolla en el ámbito de un servicio público esencial para la colectividad, la sanidad pública, y que tanta repercusión tiene para miles de usuarios y profesionales que desarrollan su actividad en este ámbito.

Para ello, el análisis se ha estructurado en distintas partes. En primer lugar, se hace una aproximación desde distintas perspectivas al contexto actual de crisis y de cómo ello ha incidido en la actividad prestacional del Estado, siempre sin perder de vista el objeto que nos ocupa, y por ello, se analiza el tema haciendo especial hincapié en el aspecto sanitario. Por otra parte, se estudian en los siguientes apartados las consecuencias de todos esos aspectos detallados en el anterior punto, siendo el principal de ellos, sobre el que se centra el trabajo, la búsqueda de fórmulas alternativas de gestión de la sanidad. Su incidencia en los distintos ámbitos y su eficacia determinan el alcance y la línea expositiva de este trabajo.

2. SITUACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ANTE LA CRISIS, EN ESPECIAL, LA SANIDAD.

2. 1. Qué es un servicio social. Definición y regulación legal.

La Administración prestadora de servicios, que deja atrás al Estado liberal y por ende, abstencionista, nace aproximadamente a finales del siglo XIX y con ella, los servicios públicos. Estos son un tipo de servicio, en especial los sociales, a cuya prestación está obligada la administración, que pretenden cumplir con las exigencias que comporta la definición de España como un Estado, además de democrático y de derecho, "social", *ex. art. 1.1 CE*. Así pues, podría decirse que existen cuatro grandes bloques de servicios entre los que podemos hablar de servicios públicos sociales, estos son, educación, dependencia, seguridad social y sanidad. Existen otros sectores que también pueden ser considerados como servicio social, pero los de mayor envergadura son los citados.

Por otra parte, no queremos obviar la complejidad de la definición de servicio público, que se presenta como un elemento de enorme abstracción e indefinición, tanto que autores como VILLAR PALASÍ, conscientes de la enorme dimensión de la actividad prestacional de la administración y de los problemas para determinar el alcance de tales servicios, apuntó que ha *"gastado muchos años en perseguir este fantasma"*. En términos generales, y siguiendo la definición de DE LA CUÉTARA, podemos decir que los servicios públicos son *"aquellas actividades que se desarrollan en el seno de la sociedad y que por su trascendencia social se incorporan a la esfera pública para ser controladas, regidas y gestionadas por la Administración"*¹, siempre aceptando los inconvenientes que hemos señalado para encontrar un enunciado general que englobe lo que se denomina servicio público y su régimen jurídico, y que dicha definición no es absoluta ni mucho menos única. Por contra, es pacífico en la doctrina que todo servicio público debe gozar de las siguientes notas caracterizadoras, las cuales serían, además de la igualdad, la accesibilidad, y la regularidad en su prestación, la

¹ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 120.

orientación a la gratuidad (L.ROLLAND)².

Una vez atendido el término "servicio público", haremos una breve contextualización legal y constitucional de los servicios públicos sociales, para más adelante exponer los cambios legislativos producidos al respecto y analizar en qué medida está afectando la crisis a la configuración del servicio prestacional en España tal y como hasta ahora lo hemos venido conociendo.

De esta manera, es el artículo 9.2 CE el que expone que *"corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica cultural y social"*. Así los servicios sociales quedan configurados como un mandato a los poderes públicos, y más especialmente como principios rectores de la política social y económica. Por su parte, y en relación directa con ello, es obligado citar aquí el mandato del artículo 43 CE donde se reconoce el derecho a la salud, y en su apartado 2, se expone que *"compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios"*.

Este hecho comporta una especial consecuencia, esto es la imposibilidad de exigir directamente ante los tribunales el derecho a la salud, a diferencia de otros derechos sociales que tienen un distinto tratamiento constitucional, como por ejemplo la educación, al que se le otorga el rango de derecho fundamental, *ex. Art 27 CE*. Por este motivo, se hace necesario el desarrollo legislativo del contenido del artículo 43 CE para poder acudir a los tribunales exigiendo su cumplimiento (art. 57.3 CE). En cuanto al resto de servicios sociales, debemos indicar que la seguridad social y sus formas de participación se rigen por lo dispuesto en el art. 50 CE; mientras que en el art. 49 CE se habla de que los poderes públicos realizarán políticas de integración y tratamiento de

² Citado por AGUADO I CUDOLÀ, VICENÇ, «El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales», en *El marco jurídico de los servicios sociales en España* (coord. Antonio Ezquerro Huerva), Atelier, Barcelona, 2012, p 57.

disminuidos físicos y sensoriales.

Sin embargo, en opinión de SOTELO, de la que se hacen eco ALONSO-OLEA GARCÍA y MEDINA GONZÁLEZ *"la intervención pública en materia social trasciende a una actuación meramente normativa, pues solo con leyes y reglamentos no se puede transformar la realidad ni hacer efectivas las finalidades inherentes al Estado social, en general, y la garantía y realidad de los «derechos sociales», en particular"*³. Se habla allí de que no es suficiente una enunciación legislativa de principios, derechos y servicios, sino que es necesario todo un entramado institucional y una serie de procedimientos que den cauce a la totalidad de las finalidades enunciadas. Por lo tanto, además del marco legal expuesto, se requiere *"todo un sistema público [...] con sus estructuras organizativas, materiales y financieras"*⁴.

En el caso de la sanidad, ese entramado es una red conocida como Sistema Nacional de Salud, órgano descentralizado y coordinado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, entre cuyas funciones está la de deliberar la Cartera de Servicios, cuyo contenido se configurará como un conjunto derechos subjetivos de los ciudadanos, -y ya no como meras expectativas de derecho- y que, por lo tanto, vinculan a todos los poderes y son directamente exigibles.

Por otro lado, y retomando la regulación del servicio sanitario, que es aquí lo que más interesa, no podemos olvidarnos de determinar quién tiene competencia sobre la materia, dada la importancia y la repercusión que ello tiene en el presente trabajo. Así, el artículo 149.1.19^a CE, atribuye al Estado competencia exclusiva en sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad, y legislación sobre productos farmacéuticos. Por otro lado, es el artículo 148.1.21^a CE el que hace competentes a las Comunidades Autónomas en sanidad e higiene. Asimismo, en un escalafón inferior de la conocida pirámide de Kelsen, debemos citar el cuadro legislativo general que regula la sanidad en España. En él, estarían básicamente, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General

³ ALONSO-OLEA GARCÍA, B., MEDINA GONZÁLEZ, S., *Derecho de los servicios públicos sociales*, Aranzadi, S.A., Navarra, 2014, p. 28.

⁴ *Ibidem*.

de Sanidad, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y 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.

Para finalizar, una vez entendido qué es servicio social y desarrollada de forma sucinta, puesto que no es el objeto que nos ocupa, la regulación de la sanidad, podríamos cuestionarnos para zanjar el asunto, qué entienden los tribunales por "protección de la salud". El Tribunal Constitucional ya señaló que el derecho a la salud es *"un concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado, y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo"*⁵.

2. 2. Impacto de la crisis económica en los servicios sociales

Las leyes sociales se aprueban en tiempos de expansión económica, pero han de aplicarse en una fase antagónica del ciclo económico, esto es, en plena crisis. La imposibilidad de endeudamiento de las administraciones públicas, cuya regulación se establece a nivel europeo, nos avoca *"a una cada vez mayor colaboración entre el sector público y privado, en el que aquel queda en una mera posición de garante y de control sobre la prestación de los servicios"*⁶. El impacto de la crisis en los servicios sociales es innegable, tanto que se ha llegado a temer el entero desmantelamiento del Estado social. Según algunos autores, la cuestión sobre el mantenimiento o no de los derechos y prestaciones sociales no pasa por estar de acuerdo o no, sino en *"si puede el derecho consentir que lo que se proclama en sus normas o actos jurídicos no se corresponda con la realidad"*. Hemos acudido al *"simple recorte sin más explicación que la económica o acaso política [...]* y sin que la dimensión jurídica de esos sacrificios parezca tener relevancia alguna"⁷.

⁵ STC 35/1983, de 11 de mayo.

⁶ Vid. AGUADO I CUDOLÀ, VICENÇ, «El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales», en *El marco jurídico de los servicios sociales en España* (coord. Antonio Ezquerra Huerva), Atelier, Barcelona, 2012, p 84.

⁷ *Ibidem*.

Siguiendo esa línea expositiva, el autor asocia a los servicios sociales una "*debilidad crónica*", argumentando que históricamente, a los derechos sociales se les ha intentado dar un tratamiento de derecho subjetivo más débil que cualquier otro de esa misma clase, paradójicamente, a pesar de tener el mismo rango legal. En este punto, es importante traer a colación algo que se expuso en el apartado anterior, y esto es la competencia en sanidad (bases y coordinación general de la sanidad, competencia del Estado; Comunidades Autónomas, sanidad e higiene). En base a esta distribución competencial, se establece que unos servicios determinados se darán en toda España de manera general por medio de la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, y por otro lado, cualquier servicio no común, es decir, que no figure en esa cartera, y que las Comunidades quieran ofrecer de manera complementaria, podrá establecerse por parte de éstas.

Se trata de una tupida red de prestaciones, que se reconocen, una vez aprobado el reglamento, como derechos subjetivos plenos. Entiende CUDOLÀ, que no es jurídicamente correcto que se oferten una serie de servicios asistenciales por medio de las carteras, y que luego la práctica no se corresponda con la realidad porque no se está dando cumplimiento a lo allí dispuesto por falta de medios económicos. Un ejemplo de la incoherencia de las leyes con la realidad, podría ser el de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la conocida "Ley de dependencia". La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas supuso que estas últimas tuvieran que aplicar de pronto una ley en cuya elaboración apenas participaron y para cuya ejecución no estaban del todo preparadas, y la consecuencia fue que personas a las que se había reconocido el derecho a la prestación, murieran sin llegar a percibirla. Este texto se aprobó en una fase de expansión económica, pero en el momento de su aplicación se encuentra con la crisis económica, y por ello se reducen los presupuestos destinados a la dependencia e incluso se suprimen distintas partidas a ella destinadas.

El problema, reconoce el autor, no es sólo económico, sino de intereses políticos,

y esto porque, si existen una serie de leyes sociales aprobadas, cuya ejecución se hace inviable por las restricciones del gasto público que la crisis, se supone, ha impuesto, entonces, en lugar de dejarlas en "papel mojado", creando una amalgama legislativa obsoleta e inútil, lo correcto sería derogar frontalmente dichas leyes. Quizás desde el punto de vista meramente político pueda explicarse esta situación, dado que de cara al electorado parece más favorable anunciar medidas asistenciales y aprobar leyes del mismo carácter -aunque no se apliquen luego- pero no, sin duda, desde la perspectiva de un juristas.

La crisis económica, ha ido atravesando tres grandes fases, que se corresponden con momentos políticos diferentes. Tras la primera fase, que podríamos denominar de negación, donde el Gobierno, por aquel entonces liderado por Zapatero, negaba tajantemente que estuviera el país atravesando problemas económicos, se empiezan a tomar medidas contra la, ya reconocida, crisis financiera. Se desarrollan medidas de fomento, en distintos campos. De entre ellas, en el ámbito laboral, de las más recordadas, por su ineficacia, destacó el "Plan E". Por otro lado, el gobierno aprobó el endeudamiento de las entidades locales para el pago de proveedores, incentivó la concesión de créditos por parte de las entidades financieras y concedió créditos para la solvencia empresarial, vg. Créditos ICO. Posteriormente, siguiendo el curso de la evolución de la crisis, se empieza a cuestionar esa economía de inversión y desarrollo económico, y se avanza hacia un modelo de contención y reducción del gasto público, o lo que es lo mismo, de consolidación fiscal⁸. Es en esta última etapa, que podría decirse

⁸ Apoyando esta idea de falta de sensatez legislativa, es obligado citar a PEMÁN GAVÍN cuando expone que *"parece que los legisladores [...] hubieran tardado en percatarse de la magnitud de la tormenta que descargaba sobre nuestra economía y hubieran mantenido una línea de actuación marcada por un fuerte componente inercial que les ha llevado a aprobar una ambiciosa legislación social de forma no suficientemente reflexiva, habida cuenta de las insuperables dificultades para su pleno cumplimiento"* (PEMÁN GAVÍN, J.M^a., Prólogo de la obra *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier Libros Jurídicos, 2012, p.18). Véase también, las referencias en la misma obra de FRANCISCO LÓPEZ MENUDO, pp.40-44.

⁹ Para mayor abundamiento, véase RIVERO CEBALLOS, JOSÉ LUIS, «La crisis: una lección de economía», en *El derecho ante la crisis: nuevas reglas del juego*, coord. por Andrés González Sanfiel, Atelier Libros Jurídicos, 2013, pp. 35-40. Es interesante conocer el análisis que allí hace, de la política económica el profesor JOSÉ LUIS RIVERO CEBALLOS. Para empezar, el profesor distingue entre el análisis económico, que es el conjunto de ideas y teorías que en materia económica

que comienza en el año 2012, donde se empieza a cuestionar el papel de la Administración Pública, y más concretamente de su función como prestadora de servicios sociales. Se comienzan a tomar toda una serie de medidas encaminadas a reducir el gasto público social a través de instrumentos de urgencia, es decir, mediante Decreto-Ley. Así por ejemplo, se modifica la antedicha Ley de Dependencia mediante el Real Decreto-Ley 20/2012; la enseñanza pública por el R.D.-Ley 14/2012; y en el ámbito sanitario, se aprueba el R.D.-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Este Decreto-Ley introduce importantes modificaciones en sanidad, entre las cuales podemos distinguir las siguientes:

-Modificación de la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuando hace referencia al acceso universal a la sanidad, introduciendo el concepto de asegurado. Solo tendrán acceso a la sanidad los que ostenten la condición de asegurado según los criterios que la misma establece.

-Modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, cambia la gestión del copago farmacéutico y

nos podemos encontrar, y el de la política económica, es decir, las medidas económicas que llevan a cabo los distintos países para *"recuperar las variables básicas de la economía"*, y que se apoyan en alguna o algunas de aquellas diferentes ideas. Esto está relacionado con el tema que nos ocupa desde la perspectiva de conocer cómo la crisis económica ha afectado a los servicios sociales a raíz de las políticas que se han aplicado, y en especial, de comprender por qué se pasa de una política de fomento e inversión, -o en términos técnicos de una política *keynesiana*-, a una política de austeridad, que es la que ha impuesto los fuertes recortes en materia social. Esta modificación de la política económica aplicada se da a nivel europeo, y por ende, se aplica también en España, y su origen se encuentra, de forma muy sintética, en las políticas alemanas antinflacionistas y de consolidación fiscal (ordoliberalismo), según explica el profesor CEBALLOS. Es cierto que la etapa de incentivos fiscales constituyó una excepción y duró poco tiempo, y también, que los economistas empezaron a constatar que los políticos se empezaban a inclinar hacia la austeridad, en gran parte inspirados en la, relativamente buena, situación económica que tenía Alemania. De esta forma, las presiones alemanas junto con el Banco Central Europeo forzaron la "vuelta a la normalidad".

Por su parte, el autor explica la alternativa, esto es, el cuestionarnos estas políticas por su impacto en *"la dimensión y capacidad de crecimiento de algunas economías periféricas"* y porque genera *"costes de crecimiento y empleo sumamente altos"*. Se pone la vista en los Estados Unidos, donde si bien la situación económica no se podría considerar del todo buena, sí que se están aplicando incentivos fiscales que están generando una cierta expansión de la economía. Ello es consecuencia de las políticas keynesianas que, a diferencia de Europa, se siguieron aplicando una vez se constató la crisis. En definitiva, y dada la relación directa que tienen las políticas de austeridad con el impacto de la crisis en los servicios sociales, queda reseñado de modo sucinto el porqué de estas políticas en Europa.

se altera la distribución porcentual del coste del medicamento según la renta del usuario.

-Modificación de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias y de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en cuanto a la condición laboral del personal al servicio de la sanidad.

-Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, donde se regula el acceso de los extranjeros a la sanidad, su condición de asegurado y la obtención del permiso de residencia a tales efectos.

La aprobación de esta norma ha generado un intenso debate en el plano social y político, y también en el ámbito sanitario. Así por ejemplo, el Presidente de Médicos del Mundo-España en el año en que se aprueba el texto, ÁLVARO GONZÁLEZ FRANCO la ha calificado de "*injusta*", al pretender excluir del derecho a la sanidad a determinados colectivos; de "*ineficaz*" desde el punto de vista económico¹⁰; desde el punto de vista de la salud pública es "*peligroso*" puesto que "*las enfermedades infecto-contagiosas no entienden de barreras administrativas*"; y desde un punto de vista profesional, la tacha de "*poco ética*", puesto que se ven vulnerados algunos derechos de los profesionales de la sanidad¹¹.

Lo que se deduce de todas estas medidas es el carácter de urgencia que toman, de lo que dan buena cuenta los Reales-Decretos que las aprueban, y ya no sólo en el ámbito asistencial, sino en muchos otros sectores cuyas modificaciones se introducen mediante el mismo instrumento legislativo, específicamente diseñado para utilizarse en

¹⁰ En otros estudios, siguiendo la línea de GONZÁLEZ FRANCO, se ha analizado la medida que adopta el Real Decreto que modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, desde la perspectiva puramente económica. Se analizan factores como la frecuentación hospitalaria, la "carga de enfermedad" y el gasto farmacéutico. De esta forma se concluye, que tras analizar el gasto real que suponen los inmigrantes a la sanidad española en comparación con el gasto que generan los propios españoles o el turismo sanitario procedente de Europa, desde el punto de vista económico no tiene ningún fundamento la medida, más que ser discriminatoria y oportunista. Véase «Sanidad dejará sin tarjeta a 150.000 inmigrantes no comunitarios en dos años», publicado en el *Diario El país*, 23 de abril de 2012.

¹¹ Fragmento extraído de Youtube: <https://youtu.be/Ma7i4Gty3Pc>

casos de "extraordinaria y urgente necesidad", ex. Art. 86.1 CE. Se trata en todos esos casos de reformas que no son estructurales, lo que sería conveniente dado que los problemas que acusan al sector prestacional no nacen con la crisis, sino que venían existiendo de antes y con esta etapa económica se agravan y ponen en el punto de mira al Estado prestador.

Siguiendo el planteamiento de las reformas que, ahora parecen más pertinentes que nunca, algunos autores han apuntado dos cuestiones clave. La primera, es relativa al cuestionamiento de la propia Administración, y propone que, como hemos dicho, la modificación debe ser estructural y no coyuntural, es decir, de cara al futuro, que tenga como finalidad la racionalización de las Administraciones Públicas, y no su simple reestructuración (que es lo que se ha venido llevando a cabo con las antedichas reformas), de manera que los cambios obedecen al deseo de que las entidades públicas sean más eficientes atendiendo al déficit público "sin cuestionar su existencia ni fundamentos". Más allá de eso, la racionalización supone según VILLAR ROJAS la "renovación del marco normativo de las Administraciones públicas en cuanto a sus funciones, mecanismos de control y evaluación, estándares de calidad y reglas de funcionamiento" ¹².

La segunda, es relativa al servicio público, en el sentido de que, antes de realizar cualquier actuación sobre los servicios sociales, debemos atender a al menos cuatro factores clave, si lo que se quiere es, en fin, realizar un trabajo con miras de futuro y sólido, y ello a través del análisis de cómo está funcionando ahora para constatar cómo no quiere funcionar en adelante. Entre esos aspectos fundamentales, se debe atender a la "cobertura" o a los usuarios, es decir, examinar quiénes tienen derecho a percibir esa

prestación o a usar ese servicio; al "objeto", esto es, qué prestaciones se garantizan; al

¹² Véase VILLAR ROJAS, F.J., «Crisis económico-financiera; crisis de la Administración pública», en *El derecho ante la crisis: nuevas reglas del juego*, Andrés M. González Sanfiel (Director), Atelier Libros Jurídicos, 2013, p 71. Resulta sumamente interesante la exposición que allí hace V. Rojas, donde propone nada más y nada menos que realizar un trabajo totalmente inverso al que se está realizando. En su opinión, no se trata de recortar medios, personal y financiación a una determinada administración que sigue contando con las mismas competencias, sino de analizar qué necesidades cubre y cuántos recursos necesita para llevarlo a cabo, y luego, en base a ello, determinar si se justifica la existencia de una determinada competencia o incluso de una determinada entidad pública.

"coste" del servicio, y dentro de ello, estudiar quién lo financia y cómo; y por último, las "condiciones de acceso" al mismo, es decir, si se predetermina por parte de la Administración, o si por el contrario, se establece la libertad de elección del usuario¹³. Estudiando tales aspectos, se podría lograr una reforma del servicio público más eficiente que la actual, que se centra, básicamente en el aspecto económico. Esto por un lado, reduciendo los recursos (por ejemplo, mediante la congelación del sueldo de los funcionarios públicos o cerrando instalaciones), y por otro lado, modificando la forma de financiación del servicio (véase el copago en las prestaciones farmacéuticas).

Lo peligroso de estos recortes, tal y como reconoce VILLAR ROJAS, es lo silencioso y aparentemente inocuo de sus efectos, pues se dice que se trata únicamente de ajustes organizativos. En estos casos, no se suprime un servicio, pero al reducir los medios, se altera el tiempo de espera del usuario para acceder al mismo, y así, no se recorta de forma directa, pero se empeora la calidad. El análisis que se hace de todo ello, es que el empeoramiento de la calidad del servicio se atribuye al recorte económico, sin llegarse nunca a plantear si la gestión es adecuada. Por otro lado, y tal y como hemos expuesto anteriormente, también se modifica otro de los cuatro aspectos fundamentales citados -y ya no solo el económico- mediante la modificación del acceso universal a la sanidad, o lo que es lo mismo, mediante el establecimiento y regulación de la condición de asegurado, lo que implica un plus a la hora de acceder al servicio, y en definitiva, una modificación de las condiciones de acceso; así como también se reduce el "objeto" del servicio (véase la reforma que introduce el antedicho Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y por el Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que modifica

¹³ Se toman los cuatro aspectos fundamentales a analizar a la hora de abordar una posible reforma de la Administración, del profesor FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS, aspectos que destaca en diversos manuales de Derecho Administrativo aquí citados, tales como: *El derecho ante la crisis: nuevas reglas del juego*, op. cit. ; y *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, op. cit.

la Ley de Dependencia)¹⁴.

Lo que se observa, son modificaciones independientes de cada uno de esos cuatro ámbitos desde la óptica económica -en la mayoría de los casos-, sin llevar a cabo ningún tipo de estudio de conjunto que ponga sobre la mesa la interconexión de todos ellos y sin que las consecuencias de dichas modificaciones parezcan tener relevancia ni relación alguna.

2. 3. Consecuencias.

El panorama jurídico y social descrito, podemos resumirlo enunciando una cuestión que se planteó AGUADO CUDOLÀ y que reproducimos nosotros más arriba: ¿puede permitir el Derecho que lo que proclaman sus normas no se corresponda con la realidad? La consecuencia de este Derecho ante la crisis que no responde a la realidad, es la aparición de un Derecho "*menos garantista*". Así, según expone GONZÁLEZ SANFIEL, "*las medidas parecen pedir inexcusablemente que los particulares pierdan derechos y garantías. La creación de empleo y la reactivación económica, demandan [...] que los usuarios de los servicios públicos pierdan prestaciones o tengan que pagar por ellas*"¹⁵.

Por otro lado, VILLAR ROJAS exponía en la obra *El derecho ante la crisis: nuevas reglas del juego*, que la forma de gestionar el servicio público constituye el eje fundamental sobre el que debe girar toda reforma que se quiera hacer en el servicio público. Mantiene que, por otro lado, tanto el objeto del servicio como el derecho de acceso deben mantenerse tal y como están. Entendido esto así, la reforma no pasaría por reducir o vaciar de contenido el servicio, sino en plantearnos si la tradicional forma de gestionarlo, eminentemente pública, es la más adecuada.

Llegado el caso incluso, de que se hiciera del todo insostenible el mantenimiento del servicio tal y como lo conocemos, la cuestión no pasaría por suprimir el derecho,

¹⁴ VILLAR ROJAS, F.J., «Crisis económico-financiera; crisis de la Administración pública», *op. cit.*, pp. 66 y 78.

¹⁵ Véase el prólogo al libro *El derecho ante la crisis: nuevas reglas del juego*, *op. cit.*, p. 17.

reconocido constitucionalmente, a la salud y a que los poderes públicos la tutelen, sino por aceptar que, tal vez, *"la responsabilidad pública típica de los servicios públicos no equivale a organización pública -que es una decisión discrecional sobre el modo de gestión-, sino a garantía jurídica del poder público, de que los ciudadanos pueden acceder a determinadas prestaciones esenciales, ya sea mediante medios públicos, ya sea a través de medios privados"* ¹⁶.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, se hace difícil negar la necesidad de colaboración público-privada, y parece que poco a poco va quedando atrás aquella tradicional idea según la cual, la colaboración de empresas de carácter privado con el sector público sanitario constituía la excepción a la regla general, regla por la que la prestación del servicio se daba por la administración pública, que aporta medios y personal, en régimen de derecho público. Esta reconocida, por algún sector de la doctrina, necesidad, también comporta una serie de riesgos que no conviene dejar olvidados si lo que se quiere es realmente dotar a nuestra sanidad de una configuración y un servicio eficientes. Entre esos riesgos podemos destacar la posible vulneración de toda una serie de derechos¹⁷ tanto de titularidad individual como colectiva.

Vistos los riesgos que conlleva esta situación, es de especial importancia clarificar determinadas situaciones para evitar o minimizar los mismos, esto es, mejorar y actualizar la actual regulación de los contratos administrativos. Se trataría de introducir una regulación exhausta de las nuevas formas de gestión aplicadas a la sanidad y establecer mecanismos de inspección y control por parte de la administración de manera concisa, determinando por fin si existe un deber general de inspección, y, en

¹⁶ VILLAR ROJAS, F.J., «Crisis económico-financiera; crisis de la Administración pública», *op. cit.*, p. 80.

¹⁷ Así por ejemplo, se corre el riesgo de que el contratista seleccione a sus pacientes. Otro de los inconvenientes sería la forma de retribuir al empresario, ¿por acto médico, por proceso asistencial completo, o por bases capitativas (por atención sanitaria)? También se plantea la necesidad de calidad del servicio y evolución tecnológica, y el problema de cómo hacer que el prestador del servicio se actualice. Para mayor abundamiento, VILLAR ROJAS, F.J., «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», DS Vol. 17, Extraordinario XVII Congreso, *Revista Derecho y Salud*, 2009, pp. 19-21.

Sobre los riesgos, ver también, ANTOÑANZAS VILLAR, F., FANLO LORAS, A., «Sobre lo público-privado en sanidad», *Diario de la Rioja* del 26 de octubre de 2014, pp. 28 y ss.

el caso de que existiera, cuál es su alcance y contenido.

Por otro lado, y en relación con todo lo expuesto, es imprescindible en este punto distinguir dos situaciones jurídicas totalmente distintas y que, a raíz de la crisis económica y como consecuencia de falta de información suficiente y de titulares poco acertados por parte de los medios de comunicación, parecen no estar claras. En este escenario de crisis, donde se hace palpable el auge de la colaboración privada con lo público, algunos han querido hacer ver que estamos acudiendo a la privatización o al desmantelamiento de la sanidad pública en España. Aunque pueda ser que algunas medidas que se han tomado en relación con la sanidad, impliquen un importante recorte económico y de derechos, e incluso a pesar de que algunas voces apunten que la privatización de la gestión pretendida en distintas Comunidades Autónomas sean en realidad una privatización de la sanidad encubierta, es cierto que lo único que se ha pretendido es introducir la gestión indirecta de los servicios sanitarios. Esta forma de gestión no es si quiera algo novedoso, pues siempre se ha contemplado en la normativa contractual administrativa, aunque por la preferencia que se da a la colaboración privada sin ánimo de lucro, no es frecuente encontrarla en el ámbito de la gestión sanitaria¹⁸.

Por lo tanto, es importante puntualizar que no estamos asistiendo a la privatización de la sanidad (como hemos visto, a pesar de las modificaciones y recortes,

¹⁸ En cuanto al citado riesgo de los contratos de colaboración público-privada en el ámbito sanitario, y en relación con la idea de que la clave para establecer una satisfactoria colaboración pasa, entre otras muchas cosas, por clarificar las situaciones jurídicas que surgen con ella, tenemos que cuestionarnos el contenido y alcance de dicha colaboración. A este respecto, se habla del principio de solidaridad que domina en los sistemas sociales, que permite exceptuar las reglas generales de la contratación administrativa en determinados casos. Dice VILLAR ROJAS que el carácter solidario de los servicios sociales, viene en parte acentuado por la jurisprudencia y normativa europea que da cierta preferencia a los conciertos sanitarios con entidades sin ánimo de lucro. Sin embargo, en su opinión, "*su estructura jurídica es más la de un servicio público tradicional, con financiación presupuestaria*". Ello implica una importante consecuencia: el tratamiento legislativo de los servicios sociales asistenciales y sus particularidades vienen determinados por la discrecionalidad del legislador, y no por el principio de solidaridad; y por ende, los límites de la colaboración privada no se establecen en base a ese principio, VILLAR ROJAS, F.J., «Iniciativa privada y prestación de servicios sociales. Las redes o sistemas públicos», en *El marco jurídico de los servicios sociales en España* (coord. Antonio Ezquerro Huerva), Atelier, 2012, p. 110.

se mantiene el objeto del servicio sanitario y el derecho de acceso), sino únicamente a una nueva forma de gestionarla no vista en este servicio público hasta el momento. Así, y aunque mediante el Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, se establece el copago farmacéutico, la gestión indirecta de la sanidad no produciría, en principio este efecto, es decir, que los pacientes no tendrían que abonar una parte del coste de la atención médica. En palabras del catedrático de Derecho Administrativo, VILLAR ROJAS: *“pese a esas formas de prestación, la asistencia sanitaria [...] sigue siendo un derecho reconocido a los ciudadanos, con un contenido que se mantiene -catálogo de prestaciones, que se financia por el ciudadano-contribuyente, y no por el ciudadano-paciente- financiación pública”*¹⁹.

Además de tener como consecuencias un derecho menos garantista y una mayor colaboración privada en el servicio público asistencial, la crisis ha propiciado una tendencia a la recentralización de competencias. Si bien el servicio asistencial español se ha caracterizado por ser eminentemente descentralizado, hoy se ha apreciado alguna tendencia que parece cuestionar esa descentralización. El ejemplo más claro lo tenemos con la Ley de Dependencia, donde el Estado, apoyándose en la competencia que le otorga el art. 149.1.1ª CE, establece tres niveles de protección que serán garantizados en parte por la propia Administración General, y en parte por las Comunidades Autónomas. Dice AGUADO i CUDOLÀ, que de seguir la tendencia económica actual, que está dificultando la financiación autonómica, no sería extraño que el Estado, volviéndose a amparar en el citado art. 149.1.ª CE, legisle de nuevo sobre materias sociales²⁰.

¹⁹ Sobre este extremo, VILLAR ROJAS, F.J., «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», *op. cit.*, p 17.

²⁰ AGUADO i CUDOLÀ. V., *El marco jurídico de los servicios sociales en España, op. cit.*, pp. 53-56.

3. NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO.

3.1. El porqué de estas alternativas. Consideraciones jurídicas. Las distintas fórmulas contractuales.

La crisis parece haber hecho innegable la afirmación de que el servicio público requiere de colaboración privada para su gestión. Como sabemos, la iniciativa privada para la prestación del servicio asistencial puede ser social o mercantil²¹, lo que en el último de los casos, a priori, podría implicar un posible conflicto entre el interés empresarial y la sostenibilidad de las cuentas públicas y el bienestar social, de ahí que tradicionalmente desde la legislación (haciéndose eco, seguramente también, del pensamiento social general), se haya optado por la colaboración social frente a la mercantil. Siguiendo esa línea, se dice que a lo largo de la historia, *"la concesión se entendía inaplicable a la prestación de servicios sanitarios, por entender incompatible el ánimo de lucro del contratista ("gestiona a riesgo y ventura") con la protección de la salud, entendida como utilización de todos los medios necesarios para su recuperación o conservación ("cueste lo que cueste")*²².

Dicho esto, es necesario advertir que en nuestro ordenamiento se da un régimen general de libre iniciativa mercantil y profesional, con lo que VILLAR ROJAS, se cuestiona si ello es compatible con el posible establecimiento de una reserva autonómica o publicación de la asistencia sanitaria. En su opinión, la libertad de empresa que establece el artículo 38 CE, y el derecho a la protección de la salud amparado en el artículo 43 CE, harían incompatible la monopolización pública de los servicios sanitarios con la libre prestación de servicios reconocida en la Norma Fundamental, y todo ello, sin perjuicio de que el Estado esté obligado a prestarlo y garantizarlo²³. En la misma línea se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión

²¹ Para la iniciativa social, consúltense los artículos 10, 22 y 34 de la Constitución Española; y el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), relativo a la solidaridad social en el ámbito europeo. Por su parte, para analizar la regulación general de la iniciativa mercantil, acúdase a los artículos 35 y 38 CE; y al TFUE en sus artículos 26, 49 y 56, sobre las libertades económicas básicas.

²² VILLAR ROJAS, F.J., «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», *op. cit.*, p 13.

²³ *Vid.* VILLAR ROJAS, F.J., «Iniciativa privada y prestación de servicios sociales. Las redes o sistemas

Europea, al afirmar la "*proyección de la libertad de prestación de servicios sobre los servicios sanitarios, incluyendo el derecho de los pacientes a elegir prestador*"²⁴.

Una vez hemos determinado la existencia y el régimen jurídico de la libre iniciativa empresarial y profesional, hemos de apuntar también, que esa prestación comprende unos límites concretos en el ámbito sanitario, a saber: la protección de la salud, y la estabilidad del equilibrio financiero del sistema público. Este delicado equilibrio es lo que se debe garantizar en el panorama actual de regulación de lo público. Para ello, es necesario establecer mecanismos administrativos de control, lo cual se lleva a cabo, entre otros, a través de la imposición de determinadas condiciones que se exigen a la hora de otorgar la preceptiva autorización previa para el ejercicio privado de actividades sanitarias²⁵. Esta exigencia de autorización viene también reforzada por la jurisprudencia del, por aquel entonces, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al entender necesario el sometimiento a autorización previa a la iniciativa privada alegando razones imperiosas de interés general, y excepcionando, en este caso concreto, la regulación general comunitaria relativa a la libre competencia. De esta forma, se autoriza a los Estados Miembros a regular el mercado mediante ese mecanismo autorizador previo, siempre que no haya, matiza el Tribunal, otros mecanismos que no impliquen tanta intervención.

En vista, de la breve exposición del régimen legal que permite la iniciativa privada en el ámbito sanitario, nos centraremos en una de las consecuencias de la crisis con respecto a los servicios sociales que más se relaciona con la iniciativa privada y con el objeto del presente trabajo, esto es, la concreción de esa iniciativa en la aparición de nuevas formas de gestión de la sanidad no vistas allí hasta ahora. Se trata de la aplicación de fórmulas contractuales típicas a un sector en el que hasta ahora no se habían aplicado. Esto se puede explicar, resumidamente, desde una doble perspectiva, por un lado, siempre ha existido una cierta reticencia a la colaboración privada en la

públicos de servicios sociales», en *El marco jurídico de los servicios sociales en España* (coord. Antonio Ezquerro Huerva), Atelier, 2012, pp. 90-91.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Véase epígrafe número 3.4 de este trabajo.

sanidad pública, como ya se ha reseñado; y por otro, es ahora y no antes, cuando se comienzan a aplicar por la imposibilidad de endeudamiento que se impone a nivel europeo²⁶ y que se "constitucionaliza" en España a raíz de la modificación del artículo 135 de la Constitución. Estas nuevas formas de gestión son las que tienen como principal ejemplo los casos de Valencia y Madrid, donde para la construcción hospitalaria se han utilizado los contratos administrativos de gestión de servicio público en la modalidad de concesión, y de concesión de obra pública, respectivamente, tal y como se explicará en este trabajo más adelante.

Antes de seguir profundizando en aspectos básicos como pueden ser la repercusión económica y financiera de estas nuevas fórmulas en las cuentas de las Administraciones Públicas, la supuesta asunción del riesgo por parte del contratista, o incluso, el impacto que este tipo de contratos podrían tener sobre los derechos de los usuarios, creemos primordial determinar de qué tipo de contratos estamos hablando. De esta forma, y tal y como se acaba de exponer, los máximos referentes en cuanto a las nuevas formas de gestión son Valencia y Madrid, cuyos modelos se han extrapolado también a otras Comunidades Autónomas que han comenzado a gestionar sus centros sanitarios mediante estas técnicas de colaboración. Son casos como el de las Islas Baleares (*Hospital de Ibiza*), Castilla y León (*Hospital de Burgos*) y la ampliación parcial del *Hospital Virgen del Rocío*, en Sevilla, entre otros²⁷.

Es importante en este punto hacer referencia a un hecho clave que va a determinar el inicio de la aplicación de estos contratos de colaboración, esto es, que durante la época de bonanza económica, e incluso ya cuando la crisis estaba avanzada y sus efectos empezaban a notarse en todos los ámbitos, incluyendo el servicio social y

²⁶ Las restricciones al endeudamiento público, entendido como la generación de deuda y de déficit público en las Administraciones Públicas se establecen a nivel europeo a través de distintos actos. En primer lugar, el artículo 126 del TFUE (antiguo artículo 104 TCE) establece que "*los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos*", referenciados en base a los criterios contables y valores de referencia establecidos en el "*Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo anejo a los Tratados*". Asimismo, se aprueban diversos Reglamentos en dicha materia, entre ellos el más destacado es el conocido como Reglamento SEC-95.

²⁷ Más referencias en este sentido en VILLAR ROJAS, F.J., «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», *op. cit.*, p 5.

prestacional, las Administraciones territoriales aprueban y proyectan Planes de Infraestructuras Sanitarias para la construcción de nuevos centros hospitalarios, respondiendo así a la exigencia social de una mayor cercanía de dichos centros con respecto a sus usuarios y una mayor calidad del servicio sanitario, exigencias que son consecuencia de una sociedad que avanza y se desarrolla y que en base a ello, demanda más y mejores prestaciones. De esta manera, en el momento en que han de aplicarse esos Planes, las Administraciones se encuentran de frente con la crisis económica, y por aplicación de diversas normas europeas, entienden que el uso de las fórmulas contractuales típicas de construcción de hospitales -básicamente, el contrato de obra pública-, no tienen encaje en el contexto normativo europeo por superar los límites allí establecidos. No obstante, hay que entender que la norma europea no prohíbe el uso de ningún tipo de contrato administrativo, lo único que hace es, por un lado limitar el endeudamiento, y por otro, a través del Reglamento SEC 95, determinar qué se puede computar como deuda pública, y qué no. De esta manera, los Estados, y en este caso España, podrá aplicar la fórmula contractual que estime oportuna para la construcción de centros sanitarios, pero siempre dentro de esos límites contables.

El uso del tradicional contrato de obra pública, es un supuesto de financiación pública presupuestaria, con lo que a la hora de construir el centro, la Administración competente deberá analizar si la inversión que supone dicha obra supera los márgenes europeos. Si ello es así, se acudirá a estas nuevas formas de contratar en el ámbito sanitario, que se entiende que no computan como deuda pública, pero siempre sin olvidar que, más allá de las restricciones legales al gasto, la Administración tiene plena libertad para utilizar la forma contractual que estime conveniente, pues como ya hemos dicho, no hay ningún límite legal ni ningún tipo de contrato específico en el ámbito sanitario²⁸ que impida que se gestione el mismo de forma indirecta. Dicho esto, nada

²⁸ En este sentido, SÁNCHEZ LAMELAS, A. , «El nuevo contrato de colaboración público-privada en el ámbito sanitario», *Volumen. 19, Extraordinario XVIII Congreso, Revista Derecho y Salud, 2010*, p. 115. La autora expone que "a la vista de la regulación del contrato de colaboración público-privada, podemos decir que no es posible hablar de un régimen jurídico específico del contrato de colaboración público-privada en el ámbito sanitario". Asimismo, esta libertad de elección del tipo contractual se regula en la Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión

impide que si la Administración lo cree oportuno, acuda a contratos distintos del de obra pública -contrato de gestión de servicio público o contrato de concesión de obra pública- aunque la construcción del centro de que se trate no supere los valores de deuda y de déficit públicos aludidos.

Finalmente, es también imprescindible destacar la relación directa y casi condición existencial que comporta el modo de construir con respecto al modo de gestionar, pues son dos cuestiones correlativas tal y como ahora veremos en cada uno de los novedosos tipos contractuales por la materia a la que se aplican. Hasta este momento, el concierto solamente se había aplicado para la prestación de servicios sanitarios, pero no también para la construcción de hospitales. Estos contratos son:

a) Contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión.

Este tipo contractual se regula en el artículo 8 del TRLCSP, el cual dispone que: "*El contrato de gestión de servicios públicos es 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*". Es el tipo de contrato utilizado por la Comunidad Valenciana, conocido como concesión de servicio público hospitalario, cuyo primer ejemplo fue el de la construcción del *Hospital de Alcira*, y cuya particularidad es que, en este caso, el objeto del contrato es doble. Primeramente, se encomienda la construcción del hospital a una empresa -en este caso particular era una Unión Temporal de Empresas-, y con posterioridad, el mismo contratista aporta el personal sanitario para la gestión del centro. La forma de remunerar a la empresa privada sería mediante bases capitativas, esto es, una cantidad fijada por cada persona asegurada con período de referencia de un año.

La conclusión de todo esto, es que a pesar de que en el contrato se define la financiación como "*captación de recursos en el mercado privado de capitales*", lo cierto

del Sistema Nacional de Salud.

es, según VILLAR ROJAS, que simplemente se trata de una financiación pública diferida²⁹. Lo que se pretende con este tipo de contrato es evitar que su financiación figure como deuda pública, y se huye de esta forma de la forma contractual típica.

b) Contrato de concesión de obra pública.

Este es el tipo contractual por antonomasia que utiliza la Comunidad de Madrid, y su objeto es, básicamente, construir y explotar la obra por parte de un contratista, al cual se le ponen a disposición los servicios no sanitarios -servicios comerciales y complementarios- después de la construcción del centro hospitalario, como forma de remuneración. Además de ello, y de acuerdo con la regulación contenida en el TRLCSP, se pagarán unas cantidades determinadas por parte de la Administración. Así, en el artículo 7 del TRLCSP, se dice que: "*La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos contruidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio*".

Llegados a este punto, algunos autores como SÁNCHEZ LAMELAS, han señalado una polémica entorno a la utilización del contrato de concesión de obra pública para construir hospitales. Así, según la profesora, el problema radica en el difícil encaje que, según ella, tiene dicho contrato en el ámbito de la construcción hospitalaria. SÁNCHEZ LAMELAS no entiende que un hospital pueda ser susceptible de explotación económica, como así se manifestó también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuando negaba que pudiera emplearse el contrato de gestión de obra pública "*para la construcción de edificios destinados a albergar servicios administrativos o usos sociales y culturales (Informe 61/2003, 70/2004)*"³⁰,

²⁹ VILLAR ROJAS, F.J., «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», *op. cit.*, pp.1-22.

³⁰ SÁNCHEZ LAMELAS, A., «El nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario», *op. cit.*, p. 116.

cuyo caso es el de los hospitales, según la profesora. Siguiendo su exposición, este difícil encaje se debe al carácter económico del uso de la obra que exige la normativa contractual. El artículo 220 del derogado TRLCAP, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 2/2000 de 16 de junio, exponía de manera explícita que el objeto del contrato era, por parte del concesionario la *"construcción y explotación, o solamente explotación [...] de aquellas (obras) que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios de interés general"*.

Ese carácter económico, a pesar de las modificaciones sufridas en el precepto desde la citada disposición, hasta la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, que ya no menciona expresamente que el servicio que albergue la obra tenga que ser de carácter económico, siguen conteniendo implícitamente ese mismo carácter, al exponer en su artículo 229.b) que figura *"entre las obligaciones del contratista, la de explotar la obra asumiendo los riesgos económicos de su gestión"*. Lo mismo hay que decir de la actual regulación de este tipo contractual, donde la obra se explota *"a riesgo y ventura del contratista"*, ex. art. 7 TRLCSP.

La autora concluye que la solución a esta polémica jurídica vendría a solventarse mediante la construcción y gestión posterior de los hospitales a través de la utilización del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, actualmente regulado en el art. 11 TRLCSP, ya que en su opinión, tiene un margen jurídico de regulación más amplio que el anterior, donde este tipo de prácticas podrían tener un mejor encaje.

c) Otras tras formas de construir y gestionar.

Distintas de las dos anteriores son las fórmulas que se expondrán seguidamente y que tienen el mismo objetivo que las dos anteriores: construir centros hospitalarios sin generar deuda pública. En estos casos, las Administraciones crean una entidad con personalidad jurídica propia, sometida a derecho público o privado, que construyen el centro para posteriormente, arrendarlo a la Administración. En estos casos, la entidad

arrienda el edificio y las instalaciones a la Administración para que preste en ellas los servicios asistenciales sanitarios, mientras que aquella, mantiene la titularidad del hospital. Se trata, de la técnica conocida como arrendamiento operativo de bienes.

3.2. Sobre la deuda pública y la teoría del riesgo.

Una vez establecido de forma general el panorama jurídico y económico que concierne a los contratos para la gestión sanitaria, la pregunta obligada es ¿qué constituye deuda pública? ¿Realmente estas nuevas fórmulas evitan el endeudamiento de las Administraciones? En otras palabras, la cuestión clave para resolver las dos anteriores sería plantearnos si realmente se traspasa el riesgo al concesionario. Este factor es lo que determina que esas cantidades a invertir constituyan deuda pública o no, pues su asunción por parte de la Administración, o por parte del empresario, determina una serie de responsabilidades que comportan, finalmente, gasto financiero para una u otra entidad. Dado que la normativa europea, no puede permitir que se aplique teniendo en cuenta las particularidades de cada Estado miembro, al igual que sucede con otros conceptos europeos como pudiera ser el del poder adjudicador, lo verdaderamente importante es atender al fondo los acuerdos establecidos, no a su mera denominación o lo que es lo mismo, a su carácter formal.

Para llevar a cabo esta labor, haremos primeramente una breve referencia al régimen legal contractual que se establece en el Ordenamiento Jurídico español. A modo de contextualización general, debemos destacar que la regulación nacional actual de los contratos públicos se contiene en el 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 -TRLCSPP-, cuya última modificación entró en vigor en el año 2015 a través de las reformas operadas por la Ley 40/2014, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, por la que se modifican parcial y totalmente determinados artículos (relativos al contrato de concesión de obra pública y a la prohibición de contratar), y a su vez, se introducen otros nuevos. Entre esos nuevos preceptos se introduce por la

Disposición Final 9ª de la citada Ley 40/2014, la Disposición Adicional Trigésimo Sexta del TRLCSP, que crea la Oficina Nacional de Evaluación. Esa disposición, que entrará en vigor el 2 de abril de 2016, y su relevancia, así como la posible trascendencia que pueda tener para el tema que nos ocupa, será analizado en un epígrafe posterior.

Por otro lado, y ya en cuanto a la normativa europea, hemos de destacar que, a diferencia del régimen recién expuesto del derecho español, no prevé el Ordenamiento Comunitario un marco legal sustantivo relativo a las formas de contratación público-privadas. Sin embargo, tal y como destaca SÁNCHEZ LAMELAS, "*si que hay una preocupación por el desarrollo de técnicas que responden a esta o similares denominaciones*", y que, asimismo, "*la preocupación de las instituciones comunitarias por estas técnicas procede de una doble consideración, una jurídica y otra económica*"³¹. Así, la Unión europea teme que la utilización de este tipo de contratos implique "*niveles de endeudamiento y de déficit público superiores a los admisibles*"³², y desde la perspectiva puramente jurídica, la Unión no pasa por alto de que quizás, en la práctica, la aplicación de fórmulas contractuales de colaboración privada sean un intento de huir de la aplicación del derecho comunitario o administrativo. Centraremos el estudio del panorama europeo, que tiene, como hemos visto, una inevitable correlación nacional, entorno a estos dos ejes, el económico en primer lugar -como ya se adelantó, centrado en el análisis del cómputo de la deuda pública con el Reglamento SEC-95 como principal referencia-, y el jurídico después.

En relación con lo económico, se determina que no se computará como deuda pública³³, el gasto de inversión cuando el empresario privado asuma el riesgo de

³¹ SÁNCHEZ LAMELAS, A., «El nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario», *op. cit.*, p. 116.

³² *Íbidem*.

³³ El Reglamento (CE) nº 2223/96, del Consejo, de 25 de junio de 1996 establece el Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC-95), creado por la Comisión Europea (Eurostat), que tiene como objetivo "*disponer de información comparable, actual y fiable sobre la estructura y la evolución de la situación económica de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) y sus regiones*". Para ello se establece un sistema de definiciones, clasificaciones y normas contables comunes que servirán de bases comparables de las situaciones de los distintos Estados Miembros. Se declara, asimismo, en dicho texto, que se utilizarán "*los agregados de las cuentas nacionales para cálculos comunitarios administrativos y presupuestarios*". En este texto legal se determinó qué se debe

construcción de la obra y, además, alguno de los dos siguientes, esto es, el riesgo de disponibilidad o el de demanda.

Según el Reglamento 3605/93, en su artículo 1.5: "*Por «deuda pública» se entenderá el valor nominal total de las obligaciones brutas del sector «administraciones públicas» (S.13) pendientes a final del año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector «administraciones públicas» (S.13)*". Asimismo, y atendiendo al Reglamento 2223/1996 (SEC-95), esa deuda pública se integra por títulos que no sean acciones con determinadas excepciones, efectivo y depósitos, y préstamos.

Nos centraremos en la categoría de los préstamos como elemento integrante de la deuda pública. Podemos hablar en esta categoría de dos modalidades de colaboración público-privadas, que serían el arrendamiento operativo de bienes y el arrendamiento financiero. Cuando el arrendador compra el bien y "*el arrendatario le paga un alquiler con el que aquel recupera los costes e intereses, siendo superior el reembolso del préstamo que el valor de los servicios prestados (alquiler)*"³⁴, se interpreta que lo que está sucediendo es que el arrendador le concede un préstamo al arrendatario igual al valor de adquisición del bien. De esta forma, a efectos prácticos, el arrendador, que sería el empresario, compra o construye el hospital -sin obligación de repararlo ni de mantenerlo-, y el arrendatario, que sería la Administración Pública, paga un alquiler por el uso de dicho inmueble, que sin embargo será superior al valor real de dicho uso, y que por ello se entiende que estamos ante un préstamo igual al valor de adquisición del bien. En base a ese procedimiento, el arrendatario recupera el valor de la inversión que ha efectuado, y se dice que estamos ante un arrendamiento financiero, que por lo tanto tiene como objetivo la financiación diferida de la compra del hospital por parte de la

computar como deuda pública, evitando así endeudamientos excesivos por el uso de fórmulas contractuales de colaboración. De esta forma, se entiende por el SEC-95, que siempre que el concesionario asuma el riesgo de construcción, y el de disponibilidad o de demanda, no se computará la inversión en el balance de la Administración Pública correspondiente.

34 VILLAR ROJAS, F.J., «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», *op. cit.*, pp. 8-12.

Administración. Así, tras su construcción, el hospital revierte al dominio público, con la particularidad de que se entrega al contratista la explotación o gestión de determinados servicios (el servicio sanitario en el caso de la concesión de servicio público, y los servicios comerciales y complementarios en el caso de la concesión de obra pública).

Por otra parte, en el arrendamiento operativo de bienes, solamente se tiene en cuenta el valor de los pagos por el uso, pero no constituye una forma de financiar la adquisición de un activo. Por ello, en este caso, el arrendador tiene obligación de mantener y reparar el edificio, y simplemente se paga una renta por usar instalaciones o servicios del arrendador, sin que constituyan estas operaciones deuda.

En resumen, si el arrendamiento es financiero computará como deuda pública puesto que se entiende que es un préstamo, y por tanto, figura incluido en la categoría de elementos de deuda pública que describe la norma europea antedicha. Asimismo, y excluyendo el caso de que el coste de la obra lo financien los usuarios a través de tarifas -en cuyo caso no se incluiría la inversión como deuda-, cuando un empresario construye el hospital y a cambio recibe una remuneración pública, es decir, pagos por parte de las Administraciones, lo que determina que esa obra conste en el balance como deuda, es el riesgo, que se analizará caso por caso. Hemos de poner en relación con ello las modalidades contractuales que enumeramos en el apartado anterior, para determinar si realmente, dichas fórmulas implican que las inversiones realizadas para la construcción de hospitales no figure como deuda pública. Se parte de que, tanto el contrato de concesión de obra pública, como la concesión de servicio público hospitalario, son verdaderos arrendamientos financieros. Mediante dichos contratos, se pretende financiar la construcción de centros que, una vez construidos pasarán al dominio público, conservando el constructor la capacidad de gestionar, en el primer caso servicios no sanitarios, y en el segundo, los sanitarios.

¿Qué riesgos asume el contratista en cada tipo contractual?

-Contrato de obra pública: en este caso, concurre el riesgo de construcción, siempre matizado por la cláusula de revisión de precios típica del contrato de obra

pública. Asimismo, en cuanto al riesgo de disponibilidad, se establece que el contratista deberá mantener unos determinados estándares de calidad en los servicios que explota; y en cuanto al riesgo de demanda, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de concesión de servicio público, al no retribuir al empresario por bases capitativas, existe un riesgo mayor de demanda frente a ese otro tipo de contrato. Sin embargo, se paga de forma garantizada un alto porcentaje del total del contrato al empresario, relativo a la inversión, así como el resto de cantidades mediante la explotación de los servicios correspondientes. Asimismo, el riesgo de demanda no es pleno, puesto que para cada hospital hay una población asegurada asignada.

-Contrato de concesión de servicio público: en este caso, como en el anterior, también concurre el riesgo de inversión o construcción, y está igualmente, sometido a la cláusula de revisión de precios, y en determinados casos incluso, a la revisión por causas de fuerza mayor. No así, los otros dos riesgos son limitados, puesto que en este caso se retribuye al contratista mediante bases capitativas, esto es, por persona asegurada y adscrita a dicho hospital, y son aplicables tanto la teoría del riesgo imprevisible como la revisión de precios.

La conclusión de todo esto es una y es clara: tanto una modalidad como la otra constituyen endeudamiento para las Administraciones Públicas. No hay traspaso del riesgo al empresario. En palabras de VILLAR ROJAS: *"el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien, diferido en el tiempo [...] La responsable única ante el usuario es la Administración [...] Esto no es más que un contrato de servicios con una modalidad de pago vinculada con el cumplimiento de unos estándares"*³⁵.

Finalmente, analizamos brevemente la preocupación europea por la dimensión jurídica que puede acarrear el empleo de estas formas de colaboración, en concreto el caso en el que una empresa arrienda a la Administración las instalaciones y bienes, o lo que es lo mismo, el arrendamiento operativo de bienes. Así, SÁNCHEZ LAMELAS

³⁵ *Íbidem.*

advierde del peligro de huir hacia el derecho privado o intentar de eludir el público, hecho que también reconoce VILLAR ROJAS. De esta forma, el riesgo radica en las adjudicaciones de contratos públicos sin el preceptivo concurso público previo. La forma de llevarlo a cabo sería introduciendo capital privado en una empresa que en principio era de capital público, y realizando esa nueva empresa funciones que son objeto de contratos sujetos al derecho comunitario. La sentencia *Coname* [TJCE 2005, 247], establece la solución a este conflicto, determinando que: "*si la sociedad concesionaria es una sociedad abierta al capital privado, aunque sólo sea parcialmente, esta circunstancia impide considerarla una entidad de gestión «interna» de un servicio público en el ámbito de la entidad territorial a la que pertenece*". Por último, la sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau* [TJCE 2005/1], entiende que: "*la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados [...], ya que este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa, una ventaja en relación con sus competidores*"³⁶.

3.3. Derechos de los usuarios ante las nuevas formas de gestión. Mecanismos de control.

La introducción en el actual panorama sanitario de estas fórmulas contractuales, supone una novedad que no solo tiene un impacto jurídico y contractual, sino que tiene otra dimensión mucho más amplia y que es, en fin, un criterio básico a tener en cuenta la hora de poner en marcha estas iniciativas. Cuando se modifica el régimen de gestión sanitario, es importante atender al impacto que pueda tener dicha reforma sobre los

³⁶ Véanse más referencias en este sentido en SÁNCHEZ LAMELAS, A., «El nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario», *op. Cit.* En relación directa con lo anterior, véanse las formas de gestión detalladas en el epígrafe 3.1 de este trabajo, apartado c). Se podría dar el caso de la existencia de una Entidad Pública Empresarial de capital público, que se convierte en sociedad de capital mixto y a esa nueva empresa se le asigna la construcción del centro sin proceso de licitación previo.

usuarios del servicio. Si bien en este mismo trabajo, se decía que el modo de gestión constituye un elemento formal que no afecta al contenido del derecho subjetivo a la salud, es cierto que, sin embargo, sí que puede tener influencia en dicho contenido. Se ponía el ejemplo de las listas de espera, en relación con la rebaja presupuestaria en sanidad, y se decía que si bien ello era un elemento meramente organizativo, afectaba al derecho a la salud en tanto que el retraso para recibir la asistencia influía negativamente en la salud de los pacientes y, en definitiva, restringía el ámbito de tal derecho por la limitación del acceso al mismo.

Por otro lado, de las dos modalidades de colaboración utilizadas en mayor medida por Valencia y Madrid, de ellas la que más riesgos podría acarrear a los pacientes sería el modelo de concesión de servicio público hospitalario, pues recordemos que en este caso la gestión no se limita a los servicios complementarios -como ocurría en el caso del contrato de concesión de obra pública- sino que se extiende también al servicio asistencial o sanitario propiamente dicho.

Centrándonos ya en la modalidad de concesión de la gestión del servicio sanitario, debemos destacar varias posibles contingencias derivadas de su uso, las cuales destaca VILLAR ROJAS en su artículo *«La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid»*, al que hemos venido haciendo referencia a lo largo de nuestra línea expositiva:

-Riesgo de selección de los pacientes por parte del empresario: constituye el principal peligro de este tipo de contratos, es lo básico. Puede derivar, dicho riesgo, de dos elementos distintos del contrato, esto es, tanto de la forma de retribuir al concesionario, como del objeto de la prestación sanitaria concertada. En cuanto a lo primero, existen distintas formas de retribuir, pero lo fundamental es "*pagar por la asistencia sanitaria que, en condiciones normales, resulta necesaria de acuerdo con la lex artis y el estado de los conocimientos científicos*"³⁷. Se correría el riesgo de que el empresario privado, cuando el pago sea por ejemplo, por acto médico, preste más

³⁷ VILLAR ROJAS, F.J., *«La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid»*, *op. cit.*, pp. 20-21.

asistencia de la requerida (más pruebas de las necesarias, más visitas de las necesarias, más tratamiento del necesario, etc), aumentando de forma considerable el gasto sanitario. Por su parte, si el pago fuera per capita o mediante bases capitativas, se da el riesgo de que se deriven los pacientes a otros centros o de que no sean atendidos hasta que el caso fuera urgente y requiriera ya de asistencia médica (el resto de casos no estarían retribuidos, de ahí que puedan esperar a que el caso se agrave).

En cuanto al objeto del concierto, lo tradicional es que el centro público sea el que realice los actos más costosos, hecho que también influye a la hora de afirmar cosas tales como que la sanidad privada reduce los gastos, sin mirar más allá para atender al porqué de esa circunstancia, si entendiéramos que fuera cierta. De esta forma, la fase más cara es la de diagnóstico, por la cantidad de visitas al centro y de pruebas que se requieren para determinar la enfermedad de que se trate. Lo general es contratar la fase de tratamiento, que la realiza el centro privado de manera muy concreta. Si por el contrario, el objeto contractual es la fase de diagnóstico y de tratamiento, se puede producir la selección del paciente en el sentido de que deriven a otros centros (públicos) los pacientes pendientes de diagnóstico, ahorrándose los costes que ello supone, y encareciendo el sistema sanitario público.

-Riesgo de desinversión tecnológica: se establece un mecanismo por el que los centros privados se esfuerzan en invertir en actualizaciones técnicas y tecnológicas mediante la creación de un catálogo de centros. En base a la mejor calificación que tenga el centro en dicho catálogo, mayor será la retribución que pueda percibir.

-Riesgo de enriquecimiento injusto: se establece la cifra de 30 años para la concesión de servicio público, sin tener en cuenta lo que debería ser en realidad lo fundamental, es decir, el tiempo que tarda el concesionario en amortizar o recuperar la inversión efectuada.

-Falta de obligación legal de evaluación y concepto obsoleto de hospital: desde la normativa contractual señalada más arriba³⁸, además de establecer la libertad que

³⁸ Referencias legales apuntadas en el epígrafe 3.2 del presente trabajo.

tiene la Administración para elegir el contrato que estime oportuno -Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud y TRLCSP- salvo para determinados casos, no obliga a evaluar con carácter previo al establecimiento de estas fórmulas, cuál es la más ajustada a las necesidades o si hay alguna alternativa a esta gestión indirecta. Siguiendo esa línea de falta de evaluación suficiente, se ignora que la tendencia actual en la sanidad española es hacia estructuras más cercanas a los pacientes y más descentralizadas con respecto a los hospitales.

Vistos los peligros que son inherentes a esta modalidad prestacional, entendemos que la clave es fortalecer las potestades administrativas de control sobre la misma. Así también lo entendió el legislador, que tras la última modificación del TRLCSP, operada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, tras modificar el régimen de la prohibición de contratar y del contrato de concesión de obra pública, introduce la Oficina Nacional de Evaluación³⁹. Este órgano constituye un

³⁹ Se introduce la Oficina Nacional de Evaluación por la Disposición Final 9ª de la citada Ley 40/2014, que dispone: C) CREACIÓN DE LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN. "Disposición adicional trigésimo sexta. La Oficina Nacional de Evaluación".

1. Se crea la Oficina Nacional de Evaluación que tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios públicos.

2. Mediante Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se determinará la composición, organización y funcionamiento de la misma.

3. La Oficina Nacional de Evaluación, con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras y de gestión de servicios públicos a celebrar por los poderes adjudicadores dependientes de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales, evacuará informe preceptivo en los siguientes casos:

a) Cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario.

b) Las concesiones de obra pública y los contratos de gestión de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.

Asimismo informará de los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, en los casos previstos en los artículos 258.2 y 282.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, respecto de las concesiones de obras y servicios públicos que hayan sido informadas previamente de conformidad con las letras a) y b) anteriores o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en éstas. Cada Comunidad Autónoma podrá adherirse a la Oficina Nacional de Evaluación para que realice dichos informes o si hubiera creado un órgano u organismo equivalente solicitará estos informes preceptivos al mismo cuando afecte a sus contratos de concesión.

Reglamentariamente se fijarán las directrices apropiadas para asegurar que la elaboración de los informes se realiza con criterios suficientemente homogéneos.

mecanismo que pretende establecer controles administrativos acerca de las condiciones financieras en la contratación mediante la fórmula contractual del contrato de concesión de obra pública y de concesión de servicio público, para proteger al erario público de posibles fugas de dinero no justificadas y evitar así determinados riesgos como sería el de enriquecimiento injusto. Se trata de algo distinto a lo visto hasta ahora. No consiste en establecer un régimen de autorizaciones para las empresas que pretendan prestar un servicio sanitario privado, ni es tampoco un método de control contractual a posteriori. En este caso, se crea un órgano que emitirá informes previos donde se estudien conceptos tan fundamentales como los acuerdos de reestablecimiento de equilibrio económico del contrato o "evaluarán si la rentabilidad del proyecto obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y

4. Los informes previstos en el apartado anterior evaluarán si la rentabilidad del proyecto obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario. En dicha evaluación se tendrá en cuenta la mitigación que las ayudas otorgadas puedan suponer sobre otros riesgos distintos del de demanda, que habitualmente deban ser soportados por los operadores económicos.

En los contratos de concesión de obra en los que el abono de la tarifa concesional se realice por el poder adjudicador la oficina evaluará previamente la transferencia del riesgo de demanda al concesionario. Si éste no asume completamente dicho riesgo, el informe evaluará la razonabilidad de la rentabilidad en los términos previstos en el párrafo anterior.

En los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, el informe evaluará si las compensaciones financieras establecidas mantienen una rentabilidad razonable según lo dispuesto en el primer párrafo de este apartado.

5. Los informes serán evacuados, a solicitud del poder adjudicador contratante, en el plazo de treinta días desde la petición o nueva aportación de información al que se refiere el párrafo siguiente. Este plazo podrá reducirse a la mitad siempre que se justifique en la solicitud las razones de urgencia. Estos informes serán publicados a través de la central de información económico-financiera de las Administraciones Públicas dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y estarán disponibles para su consulta por el público a través de medios electrónicos.

El poder adjudicador que formule la petición remitirá la información necesaria a la Oficina, quien evacuará su informe sobre la base de la información recibida. Si dicha Oficina considera que la información remitida no es suficiente, no es completa o requiere alguna aclaración se dirigirá al poder adjudicador peticionario para que le facilite la información requerida dentro del plazo que ésta señale al efecto. La información que reciba la Oficina deberá ser tratada respetando los límites que rigen el acceso a la información confidencial.

6. Si la Administración o la entidad destinataria del informe se apartara de las recomendaciones contenidas en un informe preceptivo de la Oficina, deberá motivarlo en un informe que se incorporará al expediente del correspondiente contrato y que será objeto de publicación. En el caso de la Administración General del Estado esta publicación se hará a través de la central de información económico financiera de las Administraciones Públicas.

7. La Oficina publicará anualmente una memoria de actividad".

la tasa de descuento establecida es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario", ex. Disposición Final 9ª de la Ley 40/2014. Esta disposición entrará en vigor el 2 de abril de 2016, y como en todo, el tiempo se encargará de determinar su utilidad⁴⁰.

Hasta este momento, como dijimos, la Administración contaba con otros mecanismos de control, pero más enfocados al cumplimiento del contrato en sí mismo, o sea, una vez éste está vigente el mismo. Así, en el caso de Madrid se creó la Unidad Técnica de Control, en Baleares una Unidad de Supervisión y Control de la Administración con funciones similares -coordinar los servicios no sanitarios junto con otras entidades, vigilar el cumplimiento del contrato-, y en Valencia se designó a un funcionario para realizar las mismas labores pero con un plus, puesto que no se trata únicamente de servicios comerciales, sino de supervisión de los sanitarios. La función de supervisión en este caso es fundamental para evitar algunos de los riesgos a los que se aludió más atrás. Al tratarse de un pago per capita, el funcionario debe controlar que el empresario no demore la asistencia y que cumpla de esta forma lo establecido en el contrato. Se trata, en fin, de vigilar que se atiende adecuadamente al paciente en términos de cumplimiento del contrato.

3.4.- Análisis de la eficacia de estas fórmulas.

Llegados a este punto es esencial plantearnos la siguiente cuestión: ¿hay alguna evidencia que demuestre que lo privatizado implique una mejora de la eficiencia y la relación calidad-precio en la prestación del servicio sanitario?. Se parte de que no existen demasiadas evidencias a este respecto, y se critica fuertemente que el sistema carezca de suficientes análisis comparativos que ofrezcan datos científicos que permitan avalar la elección de uno u otro modelo de gestión. Lo que a estas alturas parece indudable, es que no se puede determinar apriorísticamente que un modelo de gestión

⁴⁰ En el siguiente enlace se puede acceder a todas las modificaciones sufridas por el TRLCSP: <http://contratodeobras.com/modificaciones-del-texto-refundido-de-la-ley-de-contratos-del-sector-publico-trlcsp/>.

determinado sea más o menos eficiente en función de la titularidad pública o privada del gestor.

Asimismo, no se debe caer en el error de intentar establecer las ventajas y los inconvenientes de la gestión directa frente a la indirecta vía contrato de gestión de servicio público o vía concesión de obra pública, porque aunque en principio parece lo más razonable, no lo es tanto cuando se tiene en cuenta que existen multitud de formas de gestión que parecen haber sido olvidadas por el largo camino que se inició desde la puesta en marcha de estas iniciativas⁴¹. En este sentido se manifiestan I. SÁNCHEZ, MARÍA ABELLÁN y J. OLIVA, al exponer que *"resulta desalentador comprobar cómo, pese al tiempo transcurrido desde que se iniciaran los primeros ensayos de las nuevas y variadas formas de gestión mencionadas [...] algunas de ellas se han ido perdiendo por el camino"*⁴². Entienden los autores también, que es inconcebible como en España, a pesar de los diversos casos de gestión indirecta de la sanidad que se han ido produciendo, *"no se disponga de evaluaciones sistemáticas de los resultados de las mismas que resulten útiles a los responsables políticos a la hora de diseñar las estrategias de organización y gestión futura"*. No se encuentran datos que determinen si la puesta en marcha de estos modos de gestionar han logrado cumplir sus objetivos, salvo determinados casos. Así, en Cataluña se han realizado estudios teniendo en cuenta distintos parámetros, pero la diversidad de formas jurídicas que adopta la prestación del servicio sanitario en los distintos hospitales catalanes, impide extraer conclusiones fiables.

Por su parte, desde el ámbito de la investigación privada sí se ha realizado algún estudio interesante que, pese a los esfuerzos por esclarecer la mayor o menor eficacia

⁴¹ Sobre esta discusión, SÁNCHEZ BAYLE propone algunas alternativas, véase SÁNCHEZ BAYLE, M., «La privatización de la asistencia sanitaria en España», *Documento de trabajo 183/2004*.

⁴² SÁNCHEZ, F.I., ABELLÁN, J.m^a., OLIVA, J., «Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, una comparación internacional», *Documento de Trabajo 4/2013* |, 7 de marzo de 2013.

del sistema dependiendo de su modo de gestión, tampoco nos puede ofrecer datos concluyentes, pues las muestras no son representativas y en esos estudios solo se incluyen una cantidad de hospitales estimado en la mitad de los que componen el Sistema Nacional de Salud, que son aquellos que voluntariamente se han prestado a ello. Hablamos del *Informe Iasist 2012*, que comparaba hospitales en régimen de gestión tradicional o directa, y hospitales gestionados por empresas privadas, de lo cual se extrajeron conclusiones tales como que en los centros gestionados por personal laboral la productividad de dichos recursos humanos era mayor respecto de los centros donde el personal era de carácter estatutario⁴³.

Asimismo, el informe determina otra cuestión enormemente relevante, y expone así que los costes por unidad de producción hospitalaria son inferiores en el caso de los centros de gestión privatizada con respecto a los de gestión pública. En este punto, y dada la sensibilidad de la materia ante la que estamos, cabe preguntarse si la eficiencia de esta forma de gestionar debe estudiarse usando como criterio comparativo los costes unitarios en la producción de servicios, o si por el contrario, deberían usarse criterios que tengan en cuenta no solo lo anterior, sino también y principalmente la mejora de la salud de los pacientes que acuden a uno u otro centro de salud (reducción de listas de espera, cercanía de los centros sanitarios, reducción del colapso de los servicios de urgencia, reducción de la mortalidad, diagnóstico precoz en determinadas enfermedades, etc). Además, el menor coste por unidad de hospitalización tampoco nos dice mucho si no tenemos presente el número de hospitalizaciones total -así, el coste de

⁴³ En este sentido, BARBADO, J., «Los médicos de los hospitales PFI son los más productivos», publicado en la revista digital *Redacción Sanitaria*, 15 de julio de 2015, <http://www.redaccionmedica.com/noticia/los-medicos-de-los-hospitales-pfi-son-los-mas-productivos-85050> . No obstante lo anterior, en países como Francia se han realizado estudios recientes (*Dormont y Milcent, 2012*) donde se demuestra que la menor productividad de los centros públicos no tiene que ver con una menor eficiencia técnica, sino que se asocia al sobredimensionamiento que padecen estos centros y a las características de sus pacientes. Siguiendo este razonamiento, "una vez se ajusta por las características de pacientes y producción, los hospitales públicos de tamaño mediano y grande parecen ser más eficientes que los privados"-fragmento extraído de SÁNCHEZ, F.I., ABELLÁN, J.m^a., OLIVA, J., «Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, una comparación internacional», *op. cit.*

hospitalización por unidad puede ser menor si el total de hospitalizaciones es mayor en ese centro con respecto al otro-. De la misma forma, "*unos costes por ingreso más bajos pueden ser compatibles con un gasto por paciente más alto si el número de hospitalizaciones es mayor*"⁴⁴.

Una vez hemos expuesto que para España no se conocen estudios que aporten datos sólidos sobre la cuestión que nos ocupa, hemos de acudir al Derecho Comparado, donde existen más evidencias en este ámbito. Como sabemos, las técnicas del uso de los contratos aludidos con anterioridad en el ámbito sanitario procede esencialmente del Derecho inglés. En dicho país sí que se han evaluado los riesgos concernientes a la gestión privada, que ya no son tanto potenciales sino reales, y se ha llegado a importantes resultados: (1) esas formas de colaboración público privadas suponen un gasto mayor en comparación con el gasto que supondría acudir al endeudamiento directo de la Administración, y (2) inexistencia de traspaso del riesgo al concesionario, lo que obliga al rescate de los servicios, generando costes por encima de los previstos e inconvenientes también a nivel usuarios del servicio⁴⁵. Siguiendo con el análisis de otros ejemplos europeos, existen evidencias en países como Alemania o Italia donde las experiencias determinan resultados negativos en relación con estas formas de gestión, en la mayoría de los casos.

Para terminar, hemos de decir que, como se ve, el plano del análisis de la eficiencia de estas nuevas formas de gestión, no es un terreno pacífico y mucho menos explorado. No se puede concluir de manera exhausta que un modelo es más beneficioso que otro, porque los estudios con los que se cuentan son sesgados o solo introducen

44 SÁNCHEZ, F.I., ABELLÁN, J.m^a., OLIVA, J., «Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, una comparación internacional», *op. cit.*

45 No es desconocido este tema para los jueces españoles. Existen algunas resoluciones judiciales donde se pone de manifiesto la falta de evaluación de estos modelos de gestión, y por tanto también, la imposibilidad de amparar estas medidas en el ahorro y la sostenibilidad afirmando que sean más eficientes, y se insiste en que, por el contrario, sí hay datos de otros países donde la gestión indirecta no ha supuesto un ahorro. Destaca el Auto que suspende la privatización de la gestión sanitaria en Madrid, *vid.* Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de la CCAA de Madrid, nº 283/2013, 2/9/2013.

algunas variables y no todas las que pueden tener efecto en el examen de dichos modelos. Como recurso comparativo, podemos acudir a las experiencias privatizadoras de otros Estados, sin que tampoco sea esto una fuente directamente extrapolable a nuestro entorno. Lo que sí es claro, como adelantamos y tal y como queda expuesto, que no se puede afirmar genéricamente que la titularidad de la gestión sanitaria determine automáticamente su calidad. Para ello, las Autoridades deberían realizar estudios empíricos que arrojen datos científico-técnicos concretos. A nivel europeo también se ha puesto de manifiesto la necesidad de medir los resultados de la contratación pública y la innovación, lo cual se puede ejemplificar con la aprobación del Dictamen nº 4/2011 sobre el Libro verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Por otro lado, muchos autores apuntan a la necesidad de, junto a los principios del tradicional sistema de sanidad pública, introducir otros como el buen gobierno y la transparencia⁴⁶.

⁴⁶ ANTOÑANZAS VILLAR, F., FANLO LORAS, A., «Sobre lo público-privado en sanidad», Diario de la Rioja del 26 de octubre de 2014, p. 29.

4.- EL CASO DE LA SANIDAD MADRILEÑA.

La sanidad en Madrid ha sido objeto de numerosas y recientes polémicas acaecidas en distintos ámbitos (sanitario, social, político, etc.). Es, junto con la Comunidad Autónoma de Valencia, uno de los principales territorios del país donde se comienzan a introducir nuevas formas de gestión en el ámbito de la sanidad pública, concretamente, la gestión de los servicios no sanitarios por parte del sector privado, que previamente ha construido el hospital. Este modelo, se concreta mediante la utilización del contrato de concesión de obra pública (artículo 7 TRLCSP), y se completa, para la gestión del servicio sanitario propiamente dicho, a través de la creación de entidades públicas empresariales, que aportarían personal a dichos hospitales. De esta manera, el concesionario amortiza la inversión explotando los servicios complementarios y comerciales del hospital (parking, cafetería, tiendas, lavandería, limpieza, etc), y la atención sanitaria se gestiona por ese ente interpuesto por la Administración territorial madrileña, por lo que no se puede decir si quiera que estemos ante una forma de gestión indirecta. Así lo entiende la legislación española, en el sentido de que la gestión directa se podrá dar directamente por la Administración, o bien mediante entes interpuestos creados por la Administración competente a tal efecto. Sin embargo, a pesar de que hayamos dicho que no se da en el servicio sanitario de Madrid el modelo de gestión de servicio público por concesión, sí que hubo intentos de introducir esta modalidad de gestión, y he ahí donde surge la polémica antedicha.

Expuestos de manera general la tendencia y el régimen de las concesiones sanitarias en Madrid, es obligado hacer una referencia expresa a todo el marco legal y judicial que rodea a tales polémicas. El análisis se centrará en dos aspectos diferenciados: por un lado, la supuesta inconstitucionalidad de la ley que permite la gestión indirecta de seis hospitales públicos, teniendo como base la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre este asunto; y por otro lado, se estudiarán las causas por las cuales el proceso de externalización de los servicios sanitarios para la atención especializada no se llegó a concluir, teniendo esta vez como

base diverso material judicial, entre los que destacan distintos Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En el año 2012 se habilitaba al Servicio Madrileño de Salud a ceder la gestión de seis hospitales públicos a un concesionario -empresa privada-, para la atención especializada, mediante la aprobación de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. En concreto, en su artículo 62, que establecía lo siguiente:

"Reordenación de la asistencia sanitaria en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo

1. De acuerdo con lo que establece el artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, se habilita al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo, que garantizarán los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios.

2. La Unidad Técnica de Control de los servicios de explotación de las obras públicas de los Hospitales de la Comunidad de Madrid indicados, creada por Orden 2073/2007, del Consejero de Sanidad, de 12 de septiembre, realizará las funciones de vigilancia, seguimiento y control de la ejecución de los nuevos contratos.

3. Se habilita al Servicio Madrileño de Salud para dictar las instrucciones de funcionamiento que sean necesarias para garantizar la correcta prestación y niveles de calidad de los servicios, a cuyos efectos podrá establecer los órganos y procedimientos de coordinación oportunos o asignar a cada sociedad las funciones que a estos efectos resulten adecuadas".

En contra de esta ley surgieron numerosas voces (57 diputados del PSOE y la conocida como "marea blanca"), que se plantearon su inconstitucionalidad y numerosos diputados del Partido Socialista la recurrieron, interponiendo recurso ante el Tribunal Constitucional. Entendían que, entre otras cosas, la gestión privada de dichos centros de salud era contraria al derecho a la igualdad de acceso al servicio público y que creaba desigualdades con respecto a los pacientes que acudían a los hospitales tradicionales. Negaban también la legalidad del artículo 63 de la Ley aludida, al dar preferencia en la adjudicación de los contratos de gestión a las empresas formadas por profesionales del Servicio Madrileño de Salud.

Es en la reciente la sentencia del Tribunal Constitucional -STC 84/2015, de 30 de abril-, donde se resuelve la cuestión. El recurso, basado en cuatro motivos de impugnación, fue estimado parcialmente, en lo relativo a la nulidad del artículo 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, y se desestimó en lo demás por las razones que siguen:

-inexistencia de vulneración de los derechos de universalidad, igualdad de acceso y financiación común pública: los recurrentes alegan que la gestión indirecta de la sanidad vulnera principios tales como la universalidad o la igualdad de acceso a la sanidad. El Tribunal desestima el argumento al entender que *"la norma impugnada se limita a habilitar la adjudicación de contratos para la gestión de asistencia sanitaria especializada en determinados hospitales, pero ni en ningún momento incide en el régimen de acceso y en el contenido de la prestación sanitaria para los ciudadanos, ni tampoco altera la financiación con fondos públicos del servicio. De manera específica, debemos hacer ahora hincapié en que el precepto legal controvertido no vulnera por sí solo la igualdad de acceso de los ciudadanos al Sistema Nacional de Salud"*⁴⁷. No queda probado que se vulnere el artículo 43 CE, ni tampoco el desacuerdo con dichas formas de gestión es suficiente para emitir un juicio de inconstitucionalidad del precepto.

-se argumentaba por parte de los recurrentes que dicha Ley vulneraba el artículo 41 CE, ya que mediante el establecimiento de la gestión indirecta de la sanidad, se estaba creando un régimen distinto de Seguridad Social, y ello también iba en contra de lo preceptuado en el art. 14 CE relativo a la igualdad. Así, existe un régimen de hospitales donde el colaborador privado siempre obtiene beneficios, pues al contar con un pago per capita, y por tanto asegurado, si un paciente "asignado a su área" acude a otro hospital, la Administración sigue garantizando el pago correspondiente (calculado sobre bases capitativas), mientras que si acude al centro concesionado que le "corresponde", igualmente el empresario cobrará. Existe por tanto una doble

⁴⁷ STC 84/2015, FJ 8.

financiación que podría ser discriminatoria, pues mientras el hospital concesionado siempre recibirá los pagos contratados, los que son de gestión pública al ser presupuestaria su financiación, recibirán los fondos que la Administración estime oportunos. Tal y como se dijo en el apartado anterior, el TC afirma que el precepto no entra a regular las formas de financiación del sistema, y que por ello se puede declarar inconstitucional (no vulnera por sí solo la constitucionalidad).

-inseguridad jurídica, principio de legalidad (art.9.3 CE) e interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos (art. 9.1 CE): entienden los recurrentes que la norma es imprecisa, se configura en términos de futuro, "se podrá hacer", "se habilitará", etc., sin concretar los medios y formas a que se refiere. Se alega que la Ley no contiene suficientes explicaciones del porqué se aprueba, y la relevancia de las medidas que contiene, obligan aún más si cabe a las Autoridades a revestir a dicha norma de seguridad jurídica y a determinar la voluntad del legislador. *"Afirman -los recurrentes- que la Constitución ha reconocido que el debate parlamentario sobre el proyecto de ley ha de ser, en primer lugar, un debate sobre los presupuestos de la ley – entre otros, la justificación de su necesidad, la valoración de las alternativas existentes y de la fórmula elegida, el análisis sobre la viabilidad de la norma, etc."*, ex. Antecedente de Hecho nº 1, a). El Tribunal desestima la alegación, y refiriéndose alguna sentencia propia anterior, determina que: *"la norma impugnada tenía un objeto que, aunque heterogéneo, está perfectamente delimitado en el momento de presentación del proyecto al Congreso de los Diputados, teniendo todos sus eventuales destinatarios (operadores jurídicos y ciudadanos) conocimiento del mismo mediante su publicación en el 'Diario Oficial de las Cortes Generales', como finalmente tienen conocimiento del texto definitivo mediante su inserción en el 'Boletín Oficial del Estado', ex. FJ 3,a)*. No existe tampoco inseguridad jurídica, puesto que el objeto y los destinatarios de la ley están claros y no dan lugar a confusiones en cuanto a los mismos, ni en cuanto a la conducta exigida por el ciudadano.

-inexistencia de vulneración del artículo 149.1.16ª CE, puesto que la Ley

impugnada tiene cobertura en la legislación estatal sobre sanidad, concretamente en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, con lo que no vulnera la competencia del Estado en materia de bases generales de la sanidad. Tampoco se vulnera la competencia del Estado para establecer la legislación sobre contratos administrativos establecida en el art. 149.1.18ª CE, pues no se crea un régimen nuevo de contratos, sino simplemente en base a una ley estatal, se aprueba una ley autonómica que introduce la posibilidad de utilizar alguno de los contratos que el propio legislador estatal establece.

Es especialmente interesante destacar por qué se estima la nulidad del artículo 63 de la citada Ley 8/2012, puesto que tiene que ver con uno de los riesgos de la gestión indirecta a los que aludimos en el presente trabajo, y es el riesgo jurídico de eludir la normativa contractual para adjudicar contratos sin previa licitación. Así, en el artículo 63, se exponía que *"podrá ofrecerse -la gestión del servicio- preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud"*. El Tribunal Constitucional fue contundente al afirmar que *"Esta preferencia no tiene, pues, cabida, como regla de capacidad y solvencia, en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, cuyas prescripciones a este respecto deben considerarse, por otra parte, formal (disposición final segunda apartado tercero del Real Decreto Legislativo 3/2011) y materialmente básicas, pues garantizan la igualdad de los licitadores en el acceso a los contratos públicos y aseguran su viabilidad y, por tanto, la eficiencia en el gasto que se persigue con las compras públicas"*, vid. FJ 6.

En otro orden de cosas, analizaremos por qué se suspendió, y posteriormente se renunció a la convocatoria para la licitación del contrato de servicio denominado *Gestión por concesión del Servicio Público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales Infanta Elena, Infanta Leonor, Infanta Cristina, Del Henares, Del Sureste y del Tajo*. El por aquel entonces Consejero de Sanidad de

Madrid, Javier Fernández-Lasquetty, anunció un proyecto que tenía como objetivo privatizar la gestión sanitaria de los aludidos hospitales públicos, siguiendo la línea de los hospitales valencianos, con la oposición en bloque de sindicatos, asociaciones de profesionales sanitarios y de todos los partidos políticos salvo, lógicamente, el Partido Popular. Así, se inicia una convocatoria de concurso público para adjudicar dicho contrato, asignándose finalmente a las siguientes tres empresas: *Sanitas*, *Ribera Salud* y *HIMA San Pablo*, siendo impugnada dicha adjudicación (al menos catorce causas en los Tribunales) por parte de los distintos sectores afectados. Se alegaban manifiestas irregularidades a la hora de adjudicar. Básicamente, a falta de cuatro días para cerrar el plazo de presentación de ofertas para el concurso, mediante "corrección de errores" al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid un cambio sustancial de las condiciones del contrato. Se añadía la palabra "anual" al 5% de garantía (que antes era sobre el total) que debían prestar los ofertantes, con lo que la consecuencia fue una drástica reducción de la cantidad inicialmente prevista, esto es, se pasó de exigir una garantía de 233 millones de euros, a tan solo 28. Ello podría haber conculcado la igualdad de acceso al concurso y el libre acceso de todas las empresas interesadas.

En este contexto, se solicita, por la gravedad de las medidas y por su irreversibilidad, la suspensión de tres actos administrativos (resoluciones): "*la que hace pública la convocatoria para la licitación del contrato (resolución de 30-04-2013), la posterior que la confirma en vía administrativa (resolución de 28-06-2013) y la que introduce determinadas correcciones en la primera (resolución de 03-06-2013)*"⁴⁸. El Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de la CCAA de Madrid, nº 283/2013, 2/9/2013., se pronuncia sobre la adopción de esta medida cautelar, y determinó, siguiendo las líneas del Fiscal, que: "*el cambio de modelo sanitario que se propone es de unas dimensiones cuantitativas tan extraordinarias; afecta a tal cantidad de población (1.151.588 personas, equivalente, señala el actor al 18,02 % de la*

⁴⁸ Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de la CCAA de Madrid, nº 283/2013, 2/9/2013.

población de la Comunidad Autónoma de Madrid titular de tarjeta sanitaria) y al régimen jurídico del personal médico encargado directamente de la prestación del servicio como para que las consecuencias que de todo ello se derivan forzosamente puedan llegar a ser irreparables en caso de no suspenderse cautelarmente la eficacia de la actividad administrativa impugnada". Entiende asimismo el magistrado que el ahorro alegado por parte del abogado de la CCAA de Madrid es virtual, pues no puede probarse, pero que más allá de eso, y dada la irreversibilidad de la medida, procedía suspender el proceso privatizador. Resalta el Auto que los recurrentes no hayan puesto en duda la cuantía del contrato, así como también el hecho de que no se entienda bien que los responsables políticos, "encargados de la gestión pública de este servicio esencial, asuman sin más su incompetencia para gestionarlo con mayor eficiencia".

Este Auto es recurrido en apelación ante el TSJM, que vuelve a avalar la suspensión del proceso de privatización de la gestión, al entender también que concurre la irreversibilidad de la situación, la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso principal y el interés general y para terceros, exigido por la legislación. Se advierten además posibles causas de nulidad de la convocatoria de concurso.

Este proceso, que ha sido largo y costoso, y complejo por la extraordinaria dimensión que abarcaba (muchos colectivos afectados, enormes cantidades de dinero público, numerosos recursos en trámite en distintos juzgados, autos que paralizan el procedimiento, otros que por el contrario suspendían la suspensión del proceso privatizador, etc), finaliza por pérdida del objeto. Así, tras el citado Auto del TSJM, que confirma la suspensión de los actos administrativos impugnados, el Presidente de la Comunidad de Madrid anuncia la renuncia de su gobierno a la privatización de la gestión sanitaria en Madrid, con la consiguiente dimisión del que era el Consejero de Sanidad, Javier Fernández-Lasquetty.

5.- CONCLUSIONES.

A la vista del desarrollo del trabajo, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- *Primera:* A raíz de la crisis se han aumentado las fórmulas de colaboración público-privada en el ámbito sanitario. Se trata con ello de reducir el déficit público y que no compute como deuda de la Administración pública, al objeto de cumplir con los objetivos de déficit impuestos.
- *Segunda:* A pesar de la finalidad anterior, la práctica y algunos de los estudios realizados, demuestra que el objetivo que se dice perseguir no se cumple, dado que al no realizar una transferencia del riesgo al empresario, de acuerdo con la normativa comunitaria, el gasto sigue computándose a la Administración pública que financia parte de la operación y garantiza cierto nivel de ingresos. Al mismo tiempo que es responsable frente a los usuarios como titular del servicio.
- *Tercera:* Se puede decir, con todas las cautelas sobre la materia, que tales operaciones obedecen a posicionamientos ideológicos que consideran la iniciativa privada siempre mejor que la pública, sin estudios de viabilidad serio que avalen tal opción.
- *Cuarta:* Frente a la opinión generalizada de que se ha producido una privatización de la sanidad, en realidad tan sólo se recurre a la contratación de determinados servicios con el sector privado, que tampoco afecta estrictamente al servicio sanitario. Lo cierto es que se trata de una contratación indirecta, como opción de gestionar del titular que, en algunos casos, no es lo estrictamente sanitario, sino servicios accesorios o complementarios.
- *Quinta:* Incluso a través de tales fórmulas, el usuario sigue teniendo los mismos derechos y obligaciones, no cambia su estatuto jurídico. Acude a tales servicios sin abonar de más los mismos, que siguen teniendo la misma financiación de cara al usuario.
- *Sexta:* Las fórmulas experimentadas en algunas Comunidades Autónomas, se han abandonado, de modo que el sistema en tal sentido puede decirse que ha

fracasado en cuanto a sus objetivos iniciales.

- *Séptima:* El debate no debe girar entorno a "privatización sí o privatización no", puesto que se ha demostrado que la eficiencia del sistema sanitario no pasa únicamente por la cuestión de la titularidad organizativa, sino por muchas otras tales como la cultura de los centros, las condiciones de los contratos de gestión, la supervisión administrativa con respecto a los servicios prestados e incluso, se plantea fomentar la competencia para mejorar en competitividad y reducir costes o instaurar un régimen totalmente nuevo, más cercano al régimen de las subvenciones.
- *Octava:* Con todo, no existe ninguna ley que prohíba la gestión privatizada en el ámbito sanitario, ni existe por contra, obligación legal alguna de mantener el servicio sanitario en régimen de prestación directa. Es más, todo el sistema de externalizaciones se asienta sobre diversas bases legales que permiten a los responsables de las Administraciones adoptar tales medidas, sin perjuicio de la forma en que se haga (ya puede o no ser legal, como queda demostrado, y en cuyo caso los Tribunales ejercerían sus potestades), y sin perjuicio también de su riesgo y su eficacia.
- *Novena:* Pese a todo, los hospitales gestionados mediante gestión indirecta son una minoría en comparación con los de prestación tradicional directa del servicio.

-BIBLIOGRAFÍA.

-AA.VV., <https://youtu.be/Ma7i4Gty3Pc>

-AGUADO I CUDOLÀ, VICENÇ, «El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales», en *El marco jurídico de los servicios sociales en España* (coord. Antonio Ezquerra Huerva), Atelier, Barcelona, 2012.

-ALONSO-OLEA GARCÍA, B., MEDINA GONZÁLEZ, S., *Derecho de los servicios públicos sociales*, Aranzadi, S.A., Navarra, 2014.

-ANTOÑANZAS VILLAR, F., FANLO LORAS, A., «Sobre lo público-privado en sanidad», *Diario de la Rioja* del 26 de octubre de 2014.

-BARBADO. J, «Los médicos de los hospitales PFI son los más productivos», publicado en la revista digital *Redacción Sanitaria*, 15 de julio de 2015, <http://www.redaccionmedica.com/noticia/los-medicos-de-los-hospitales-pfi-son-los-mas-productivos-85050>.

-DE BENITO, E. Y NOGUERA, C., «Sanidad dejará sin tarjeta sanitaria a 150.000 inmigrantes no comunitarios en dos años», en el *Diario el País*, 23 de abril de 2012.

-DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983.
EZQUERRA HUERVA, A (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012.

-PEMÁN GAVÍN, J.M^a., Prólogo de la obra *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier Libros Jurídicos, 2012.

-RIVERO CEBALLOS, JOSÉ LUIS, «La crisis: una lección de economía», en *El derecho ante la crisis: nuevas reglas del juego*, coord.. por Andrés González Sanfiel, Atelier Libros Jurídicos, 2013.

-SÁNCHEZ BAYLE, M., «La privatización de la asistencia sanitaria en

España», *Documento de trabajo 183/2004*.

-SÁNCHEZ, F.I., ABELLÁN, J.m^a., OLIVA, J., «Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, una comparación internacional», *Documento de Trabajo 4/2013* |, 7 de marzo de 2013.

-SÁNCHEZ LAMELAS, A. , «El nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario», *Volumen. 19, Extraordinario XVIII Congreso, Revista Derecho y Salud, 2010*.

-VILLAR ROJAS, F.J., «Crisis económico-financiera; crisis de la Administración pública», en *El derecho ante la crisis: nuevas reglas del juego*, coord. por Andrés González Sanfiel, Atelier Libros Jurídicos, 2013.

-VILLAR ROJAS, F.J., «Iniciativa privada y prestación de servicios sociales. Las redes o sistemas públicos», en *El marco jurídico de los servicios sociales en España* (coord. Antonio Ezquerro Huerva), Atelier, 2012.

-VILLAR ROJAS, F.J., «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», DS Vol. 17, Extraordinario XVII Congreso, *Revista Derecho y Salud, 2009*.