

**LA GESTIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS.
NUEVAS ENTIDADES INSTRUMENTALES Y
NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN.
(A propósito del Seminario sobre la materia organizado
por el Instituto Aragonés de Administración Pública)^(*)**

JUAN PEMÁN GAVÍN

SUMARIO. — I. PRELIMINAR. — II. LAS OBRAS PÚBLICAS. NUEVAS FORMAS DE CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN: 1. Introducción. 2. Las novedades introducidas en los últimos años: creación de entidades instrumentales y nuevas modalidades contractuales: A) Creación de entidades públicas instrumentales en materia de obras públicas. B) Contratación administrativa y obras públicas: la progresiva utilización de la contratación con terceros en relación con aspectos distintos de la ejecución material de las obras. C) Las fórmulas contractuales para la construcción de obras públicas con financiación pública demorada. D) Nuevo impulso a la utilización de la técnica de la concesión para la construcción y explotación de obras públicas. 3. Consideración de conjunto. — III. LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS: 1. Introducción. 2. Hacia la personificación de los establecimientos sanitarios del Sistema Nacional de Salud. 3. Las formas de gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. 4. Consideración de conjunto.

(*) Los textos legales que cito abreviadamente en el presente trabajo son los siguientes: LacP 1997: Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 1997 (Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), LacP 1999: Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 1999 (Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), LacP 2000: Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 2000 (Ley 55/1999, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), LCAP: Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), LOFAGE: Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/1997, de 14 de abril), LGS: Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 14 de abril), LGP: Ley General Presupuestaria (texto refundido aprobado por RD Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre), LBRL: Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril). El trabajo se cierra en octubre de 2000.

I. PRELIMINAR

No cabe duda de que la última década transcurrida (1991-2000) ha sido propicia a los cambios institucionales en materia de gestión de obras y servicios públicos, pues resulta difícil encontrar ámbitos concretos que no se hayan visto afectados -en mayor o menor medida- por tales cambios; cambios que en algunos casos han implicado una profunda transformación del marco jurídico correspondiente.

Novedades de calado podemos encontrar en efecto en ámbitos tan diversos como son las infraestructuras viarias -carreteras y ferrocarriles-, las obras portuarias e hidráulicas, la televisión y las telecomunicaciones, la gestión de los servicios públicos sanitarios, el sector de la electricidad o los servicios postales. Y ello tanto como consecuencia de la presencia de unas nuevas coordenadas generales que han presidido el escenario en el que se han desarrollado las Administraciones públicas en la década de los 90 (estoy pensando en aspectos tales como la dinámica de "modernización" administrativa y de preocupación por la eficiencia de la gestión pública y la calidad de los servicios prestados, el impacto creciente por las pautas impuestas por el Derecho comunitario, la redefinición de los espacios que corresponden respectivamente al sector público y al sector privado con una clara tendencia a la reducción de los cometidos que son ejecutados directamente por el sector público, el objetivo de abrir a la competencia actividades y servicios tradicionalmente ajenos a los criterios de mercado, o las exigencias de restricción del gasto público vinculadas al cumplimiento de los criterios de Maastricht) como también en virtud de condicionamientos que han operado de forma específica en relación con sectores o ámbitos determinados.

Los aludidos cambios se han producido de manera particularmente intensa durante la Legislatura 1996-2000, bajo el impulso por tanto del primer Gobierno del Partido Popular, pero se habían iniciado ya claramente en los años anteriores, con Gobiernos socialistas, y sucede por otra parte que tales cambios se han proyectado no sólo sobre el ámbito de las responsabilidades de los poderes centrales del Estado sino también en la órbita de las competencias de las Comunidades Autónomas. Lo cual revela que -más allá del programa político de un determinado Gobierno- nos encontramos ante unas líneas de tendencia de indudable fuerza y solidez que, por lo demás, han aflorado también en los países que habitualmente nos sirven de referencia a efectos comparativos⁽¹⁾.

(1) No cabe duda de que la extensión y relevancia de los cambios que se han ido introduciendo exigen repensar y reformular categorías tan nucleares y tradicionales en el

Con el objeto de exponer tales cambios y profundizar en los mismos, el Instituto Aragonés de Administración Pública organizó en Zaragoza durante el pasado mes de junio (días 12, 13, 14, 19, 20 y 21) un Seminario sobre gestión de obras y servicios públicos en el que se abordaron algunos sectores específicos particularmente idóneos para ilustrar sobre las transformaciones acaecidas en la materia. En concreto, fueron éstos las carreteras, los ferrocarriles, las obras hidráulicas y los servicios públicos sanitarios, ámbitos todos ellos de indudable interés tanto por la envergadura de las novedades introducidas como por su relevancia inmediata para la Comunidad aragonesa.

Coordinado por el autor de estas líneas, a quien correspondió la sesión introductoria, contó como ponentes con los profesores F. JIMÉNEZ DE CISNEROS (ponencia sobre las carreteras y autopistas: nuevas formas de construcción y explotación), A. EZQUERRA HUERVA (las obras y servicios hidráulicos), F. LÓPEZ MENUÑO (los ferrocarriles, con especial consideración de las nuevas infraestructuras para el tren de alta velocidad), M. VAQUER CABALLERÍA (la gestión de los servicios públicos sanitarios: las nuevas entidades instrumentales) y F. VILLAR ROJAS (la gestión de los servicios públicos sanitarios: las modalidades de gestión indirecta y de contratación externa).

Dada la relevancia de los temas tratados, la extensión y el calado de las novedades que se han ido introduciendo, y el interés de las aportaciones realizadas por los ponentes, parece conveniente dar cuenta por escrito de los contenidos más significativos impartidos en las sesiones del Seminario, sin pretender por supuesto reflejar toda la riqueza y matices de las ponencias y de los posteriores coloquios. A este objetivo se dirigen las observaciones que se exponen a continuación, concebidas como crónica-informe del citado Seminario.

Derecho Administrativo como son la de *obra pública* y la de *servicio público*. Reconstrucción dogmática que ha empezado ya a ocupar a la doctrina; véanse por ejemplo al respecto los estudios de G. ARIÑO, J. M. DE LA CUÉTARA y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ. *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, E. MALARET GARCÍA, "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto", en *RAP* 145 (1998), S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, Vol. I. *Los fundamentos*. Civitas, Madrid, 1998, F. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, 1998, y A. GONZÁLEZ SANFIEL. *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000.

II. LAS OBRAS PÚBLICAS. NUEVAS FORMAS DE CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN

I. Introducción

La construcción y explotación de *infraestructuras públicas*⁽²⁾ ha estado sometida a unos principios generales que quedaron plasmados en la legislación administrativa sobre obras públicas de finales del siglo XIX (Ley General de Obras Públicas de 1877 y legislación sectorial sobre la materia) y que se han mantenido con una notable continuidad hasta nuestros días: principio de *planificación previa* necesaria en el marco de una amplia reserva de Ley; exigencia de elaboración de un *proyecto técnico* de la obra debidamente aprobado; protagonismo de la Administración en los diversos aspectos vinculados a la construcción y explotación de las obras públicas (proyección y dirección de las obras, y conservación de las mismas, una vez terminadas), salvo lo relativo a la ejecución material de las mismas (realizada tradicionalmente "por contrata", esto es, a través de una empresa contratista en el marco del contrato administrativo de obras; sólo excepcionalmente procede la ejecución directa de las obras -ejecución "por administración"-); criterio general de *financiación pública* de las obras con cargo al Presupuesto de la Administración correspondiente, sin perjuicio de la posibilidad de una financiación parcial de las mismas a través de contribuciones especiales; reconocimiento también de la posibilidad de aplicar el sistema concesional -*concesión de obra pública*- mediante el cual una entidad privada financia y ejecuta la obra adquiriendo a cambio el derecho a explotarla durante el plazo fijado en el que percibirá las tarifas abonadas por los usuarios de la obra; etc⁽³⁾.

Principios y opciones que han presidido en efecto el régimen jurídico de las obras públicas en España desde su consolidación ya en el siglo pasado y que se han mantenido con continuidad hasta el momento presente. Y ello sin perjuicio obviamente de matizaciones y modulaciones en los aludidos principios según las épocas y los sectores concretos, y sin perjuicio también de que estas reglas tradicionales se

(2) Expresión que hoy parece generalizarse frente a la más tradicional de obras públicas. Vid. al respecto L. MARTÍN RETORTILLO (*Público y privado en la construcción y gestión de las grandes infraestructuras públicas*, en el vol. col. XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, CEDECS, Barcelona, 1998, pp. 83 y ss.), quien constata la consolidación de la "fría y tecnocrática" expresión de *infraestructuras*, observando al respecto su incorporación al propio Tratado de la Comunidad Europea (en los arts. 129B y ss. sobre "Redes transeuropeas" introducidos en dicho Tratado en virtud del Tratado de Maastricht de 1992).

(3) Para un desarrollo de estos principios véase T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Las obras públicas", en *RAP*, 100-102 (1983), en pp. 2427 y ss., así como la primera parte de la monografía ya citada de F. J. JIMÉNEZ CISNEROS, *Obras públicas e iniciativa privada*.

hayan visto enriquecidas en tiempos recientes con enfoques novedosos: es el caso en particular de la necesaria consideración de las obras públicas desde *la perspectiva medioambiental* (que obliga a minimizar el impacto que las mismas producen sobre los diversos elementos que integran el medio ambiente) o de la consideración de las obras públicas desde la visión amplia y global del espacio físico que es propia de los instrumentos de *ordenación del territorio* (las infraestructuras constituyen un elemento de imprescindible consideración para lograr una articulación racional y equilibrada del territorio).

Pero en el transcurso de la última década han ido apareciendo una serie de fórmulas que alteran en alguna medida los esquemas tradicionales, incidiendo en concreto sobre lo que había sido tradicionalmente el reparto de papeles entre la Administración y el sector privado y sobre los mecanismos de financiación de las obras públicas.

La introducción de estas fórmulas novedosas responde básicamente a un doble orden de motivaciones. Hay en primer lugar objetivos de eficiencia en la gestión de los recursos públicos dedicados a las infraestructuras, que tratan de alcanzarse, por ejemplo, mediante la creación de entidades instrumentales especializadas o a través de nuevas modalidades de contratación en materia de construcción y explotación de obras públicas. Y en segundo lugar, resulta notoria la motivación financiera de buena parte las nuevas fórmulas en la medida en que han pretendido hacer posible el impulso de determinadas obras públicas sin repercusiones inmediatas en el gasto público, ya sea mediante una financiación pública demorada de las mismas o mediante la revitalización de la técnica tradicional de la concesión de obra pública (que implica una inversión de capitales privados cuyo reembolso es trasladado a los usuarios de la obra a través de tarifas o peajes exigidos a los mismos). Por lo demás, no debe pasarse por alto el influjo que sobre esta materia han tenido las severas exigencias derivadas de los criterios de convergencia adoptados en el Tratado de Maastricht, que impusieron como es bien sabido estrictas limitaciones sobre el déficit público como requisito para el acceso a la Unión Económica y Monetaria, así como también el influjo que ha tenido la existencia de un contexto internacional muy dinámico en relación con las nuevas fórmulas de financiación de las infraestructuras⁽⁴⁾.

(4) Sobre las nuevas fórmulas utilizadas en otros países véanse las exposiciones de A. RUIZ OJEDA, "El Eurotúnel: la Provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión", en *RAP* 132 (1993), pp. 469 y ss. (véase en concreto la exposición de síntesis que se contiene en las pp. 471 a 480 de este trabajo), de F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Obras públicas e iniciativa privada*, pp. 218 y ss., así como el vol. col. dirigido por F. J. ROMEO ÁLVAREZ, *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Madrid, Civitas, 1999.

Apuntamos a continuación algunos datos sobre las fórmulas novedosas que han venido introduciéndose en esta materia.

2. Las novedades introducidas en los últimos años: creación de entidades instrumentales y nuevas modalidades contractuales

Las diferentes fórmulas y opciones novedosas que se han ido introduciendo en los últimos años en materia de construcción y explotación de obras públicas pueden reconducirse a los bloques que a continuación se exponen:

A) Creación de entidades públicas instrumentales en materia de obras públicas.

Una de las tendencias más notorias manifestadas en este ámbito en la última década viene dada sin duda por la creación de entidades públicas instrumentales que asumen, por cuenta de la correspondiente Administración territorial, funciones de gestión vinculadas a la construcción y explotación de las obras públicas.

El fenómeno ha tenido en efecto una amplia difusión, tanto en el ámbito estatal -mediante la creación de diversas entidades especializadas sobre determinadas categorías de obras (puertos, aeropuertos, ferrocarriles, obras hidráulicas, etc)-, como en el autonómico -con la creación de entidades instrumentales en varias Comunidades Autónomas con funciones de gestión que se proyectan con carácter general sobre las diversas modalidades de obras públicas promovidas por las respectiva Comunidad Autónoma-

En el ámbito autonómico la fórmula utilizada ha sido la Sociedad mercantil de titularidad pública; ésa fue concretamente la fórmula empleada primeramente por Cataluña en 1990 con la creación de la empresa "Gestión de Infraestructuras S.A." (GISA), cuyo modelo fue seguido posteriormente por otras Comunidades Autónomas como Andalucía (Gestión de Infraestructuras de Andalucía S.A.), Madrid (Áreas de Promoción Empresarial S.A.), Castilla y León (Gestión de Infraestructuras de Castilla y León S.A.), Galicia (Sociedad Pública de Inversiones S.A.) y Castilla-La Mancha (Gestión de Infraestructuras de Castilla-La Mancha).

En el ámbito estatal se han utilizado en cambio preferentemente las formas de personificación de Derecho público, concretamente las "entidades públicas empresariales" reguladas en la LOFAGE (caso del ente "Aeropuertos Españoles", de las "Autoridades Portuarias" existentes en cada uno de los Puertos del Estado o del ente "Gestor de

Infraestructuras Ferroviarias" creado por la LacP 1997⁽⁵⁾- pero también hay supuestos de creación de sociedades mercantiles de capital público⁽⁶⁾.

Con ello parece consolidarse un nuevo modelo en la gestión pública de las infraestructuras en el cual vienen a separarse las funciones de planificación, decisión y control (que sigue asumiendo la Administración territorial a través del Departamento correspondiente) de las de gestión propiamente dichas, que se encomiendan a una entidad especializada, con utilización por tanto de mecanismos de descentralización funcional. Con ello se busca un marco jurídico de mayor libertad para los gestores, muy frecuentemente alejado del Derecho público (en particular, de las reglas sobre contratación y personal de las Administraciones públicas y sobre presupuesto y gasto de las mismas), de modo que hay también aquí una "huida", más o menos pronunciada según los casos, hacia el Derecho privado. Y en no pocos casos estas fórmulas van unidas a la utilización de vías de financiación distintas de la financiación pública presupuestaria: acceso al endeudamiento en condiciones de mayor flexibilidad que la Administración matriz, disposición de ingresos públicos o recursos afectados a la financiación de las obras, obtención de ingresos como resultado de otras actividades realizadas por la entidad instrumental, etc.

El caso particular del GIF (ente "Gestor de Infraestructuras Ferroviarias") resulta sin duda paradigmático al respecto.

El GIF fue creado para encargarse de la construcción y administración de las nuevas infraestructuras ferroviarias (art. 160.1 LacP 1997), así como también de la administración de las infraestructuras ya existentes (art. 161 del mismo texto legal), bajo la dependencia del Ministerio de Fomento, al que se adscribe. En concreto, asume la realización de los proyectos de obras de las nuevas infraestructuras y

(5) Creado por el art. 160 de la LacP 1997 como ente público de los previstos en el art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria, sus Estatutos fueron aprobados por RD 613/1997, de 25 de abril. El art. 65 LacP 1999 lo adaptó a la LOFAGE configurándolo como una "entidad pública empresarial" de las reguladas en dicha Ley.

(6) El art. 158 Lac 1997 incorporó una habilitación al Gobierno para crear sociedades estatales para la construcción y/o explotación de carreteras y de obras hidráulicas (respecto de estas últimas, véase también el art. 174 Lac 1997). Al amparo de esta habilitación se constituyó por ejemplo la sociedad "Aguas de la Cuenca del Ebro, S.A." (ACESA), por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 1997. Sobre las sociedades estatales en materia de obras hidráulicas, vid. A. EMBID IRUJO, "Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas", en *RAP* 143 (1997), pp. 29 y ss., 58 y ss., y E. MALARET GARCÍA, "Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas", en el vol. col. dirigido por A. EMBID IRUJO, *El nuevo Derecho de Aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Madrid, Civitas, 1998.

toda la contratación vinculada a la construcción de las mismas⁽⁷⁾. Para su financiación dispone de los recursos enumerados en el art. 160.3 LacP 1997 entre los que se incluyen entre otros, junto a las aportaciones del Estado y los fondos comunitarios que se le asignen, el canon percibido por la utilización de las infraestructuras⁽⁸⁾ y otros ingresos derivados de su actividad. En cambio, corresponde a la Administración General del Estado la aprobación y replanteo de los proyectos de las obras (junto a la realización de los estudios previos correspondientes a las mismas, de los estudios informativos y de la evaluación de impacto ambiental) y le corresponde también el ejercicio de la potestad expropiatoria (cuyo justiprecio debe abonar el GIF) así como, en general, el "control técnico y de eficacia de gestión"⁽⁹⁾.

El GIF constituye como es bien sabido la entidad a la que se ha encomendado la construcción de la línea de alta velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-frontera francesa, y a través de él el Estado está realizando un importante esfuerzo inversor en infraestructuras ferroviarias⁽¹⁰⁾. Esfuerzo inversor que parece va a continuar en los próxi-

(7) El art. 160 Lac 1997 establece la aplicación de la LCAP a los contratos relativos a la construcción de las infraestructuras ferroviarias, salvo en lo relativo a la electrificación y señalización de las mismas. Para estos últimos aspectos, así como en relación con el mantenimiento de la infraestructura y la gestión de los sistemas de regulación y seguridad, se establece la sujeción al ordenamiento privado, sin perjuicio de la observancia de "los principios de publicidad y concurrencia en los términos que precise el Estatuto del Ente" (art. 160.5).

(8) La explotación de los servicios ferroviarios se sigue encomendando a la RENFE, la cual debe "aportar la tracción" y abonar al GIF el canon correspondiente por la utilización de la infraestructura (art. 160.6).

(9) Sobre el régimen jurídico del ferrocarril en España pueden verse los estudios de J. BERMEJO VERA, *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de RENFE*, Tecnos, Madrid, 1975; J. GARCÍA PÉREZ, *Régimen jurídico del transporte por ferrocarril*, Marcial Pons, Madrid, 1996, y del mismo autor *El transporte por ferrocarril*, en el vol. col. dirigido por J. BERMEJO VERA, *El Derecho de los transportes terrestres*, CEDECS Barcelona, 1999. También los estudios de D. LÓPEZ GARRIDO, "La liberalización del transporte ferroviario", en *RAP*, 132 (1993), de F. LÓPEZ RAMÓN, "Consideraciones jurídicas sobre la función de las Comunidades Autónomas en la ordenación ferroviaria", en *RAP* 139 (1996) y de F. LÓPEZ MENUDO, "Construcción y gestión de infraestructuras en materia de transporte por ferrocarril (El tren de alta velocidad. El caso español)", en el vol. col. *XI Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, CEDECS, Barcelona, 1998, así como los libros colectivos *El futuro del transporte por ferrocarril en España. Régimen jurídico*, dirigido por J. L. PINAR MAÑAS y otros, Dykinson, Madrid, 1997 y el dirigido por M. J. MONTORO CHINER, *Infraestructuras ferroviarias del tercer milenio*, Barcelona, CEDECS, 1999. Desde una perspectiva económica, véanse los diversos trabajos sobre la materia contenidos en la revista *Papeles de Economía Española*, 82 (1999), monográfico sobre economía del transporte.

(10) Sobre los criterios a los que responde el GIF desde el punto de vista de la financiación de las nuevas líneas de ferrocarril, véase el estudio de P. GASÓS CASADO, "La financiación de nuevas infraestructuras de ferrocarril en el marco de la Unión Monetaria Europea", en el vol. col. citado *Infraestructuras ferroviarias del tercer milenio*, pp. 245 y ss.

mos años, y que implica una apuesta decidida por el ferrocarril como medio de transporte, que como es bien sabido había venido perdiendo terreno frente a la carretera a lo largo de las últimas décadas. El trazado de unas nuevas líneas de alta velocidad en unos determinados itinerarios puede convertirse en efecto, y así lo subrayó en su ponencia el prof. LÓPEZ MENUDO, en la punta de lanza de una renovación y revitalización del transporte por ferrocarril con efectos generales sobre el conjunto de la red española⁽¹¹⁾.

B) Contratación administrativa y obras públicas: la progresiva utilización de la contratación con terceros en relación con aspectos distintos de la ejecución material de las obras

Como es bien sabido, y más atrás hemos apuntado, las obras públicas han venido siendo realizadas por la Administración a través de empresas contratistas que asumen la ejecución de las obras en el marco del *contrato administrativo de obras* regulado en la legislación de contratos de las Administraciones públicas (Título I del Libro II

(11) En el marco de una apasionada defensa del ferrocarril como medio de transporte de personas frente al automóvil y al avión -apoyada en razones de seguridad (elevadísima siniestralidad de las carreteras con una cifra trágica de pérdida de vidas humanas), de saturación (de las carreteras y del espacio aéreo), así como ecológicas y energéticas (contaminación y ahorro energético)-, la apuesta por el tren de alta velocidad fue defendida decididamente por F. LÓPEZ MENUDO, sobre la base del éxito de la línea Madrid-Sevilla. Un éxito que puede constatarse a su juicio a los ocho años de su puesta en funcionamiento, tanto desde un punto de vista técnico -en cuanto a las opciones escogidas en su momento en el tendido de la línea y en el material rodante- como desde la perspectiva de la calidad del servicio prestado -con un índice de aceptación y satisfacción entre los usuarios extraordinariamente elevado- e igualmente desde la óptica de los resultados económicos de la explotación.

Según explicó LÓPEZ MENUDO el trazado de líneas de alta velocidad sólo puede acometerse en relación con algunos itinerarios concretos en los que se dan determinadas circunstancias de distancia y de volumen de población a trasladar (por tanto entre ciudades muy grandes), y no puede en modo alguno generalizarse, habida cuenta del alto coste que implica y los fuertes impactos que conlleva en las zonas por las que transcurre. En muchos itinerarios bastará con lo que suele denominarse "velocidad alta" (200 km/h como media, frente a los 250 km/h de media que alcanzan los trenes de alta velocidad), que implica unos costes muy inferiores y unos impactos también más reducidos. Pero es importante a su juicio aprovechar el nuevo impulso que adquiere el ferrocarril con las nuevas líneas, para conseguir también revitalizar las líneas ya existentes con un mejor servicio en las mismas, de modo que el tren pueda recuperar protagonismo como medio de transporte de personas.

En relación con el marco jurídico del transporte por ferrocarril, el prof. LÓPEZ MENUDO subrayó cómo las opciones básicas sobre las que descansa la regulación de la materia establecida en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (Ley 16/1987, de 30 de julio) se han venido erosionando de forma progresiva en los últimos años. Y en particular, llamó la atención sobre el desencaje de las nuevas líneas de alta velocidad -que no forman parte de la Red Nacional Integrada- y del propio GIF en la legislación general sobre transporte por ferrocarril.

LCAP, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales contenidas en el Libro I de dicha Ley). La ejecución por tercero contratista ha venido presidiendo en efecto con carácter general la realización de obras públicas, pues –hoy como ayer– la ejecución directa por la Administración resulta excepcional⁽¹²⁾. De este modo se aprovecha la profesionalidad, experiencia y especialización de las empresas del sector, las cuales colaboran con la Administración mediante la realización de las obras a cambio de un precio cierto, y aquélla evita con carácter general asumir directamente el papel de constructor en relación con las obras que promueve.

Pero en los últimos años se observa una progresiva tendencia hacia la utilización de la contratación con terceros en relación con una serie de aspectos que tradicionalmente venían siendo realizados directamente por la Administración, de forma que la Administración deja de desarrollar actividades que anteriormente realizaba y las encomienda a profesionales externos o a empresas del sector.

Es sabido así que la Administración suele contratar *la elaboración de los proyectos* de construcción de las obras públicas, ya sea de forma separada respecto al contrato de obras –a través del contrato administrativo de consultoría y asistencia⁽¹³⁾– o bien, excepcionalmente, de forma conjunta con aquél⁽¹⁴⁾. Y utiliza asimismo la contratación

(12) Véase al respecto lo dispuesto en el art. 25 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, en el que se consagra el principio de ejecución de las obras “por contrata” y la excepcionalidad de la ejecución directa o “por administración”. En la actualidad, véase lo dispuesto en el art. 152 LCAP, en el que se mencionan los supuestos concretos en que las obras pueden ejecutarse por la propia Administración (incluso en estos supuestos cabe la celebración de contratos de colaboración con empresarios particulares, que se admiten dentro de unos determinados límites y que constituyen una modalidad de contratación diferente del contrato de obras).

(13) La elaboración de proyectos de obras se cita expresamente como actividad susceptible de canalizarse a través del contrato de consultoría y asistencia por el art. 196.2 LCAP y adquiere además unos perfiles específicos, dentro de esta figura contractual, en virtud de las previsiones contenidas al respecto en los arts. 216 a 219 de dicho texto legal, que se refieren a las “especialidades del contrato de elaboración de proyectos” (según consta en la rúbrica que preside dichos preceptos).

La LCAP contempla en realidad dos posibilidades al respecto: o bien la contratación íntegra de la redacción del proyecto (art. 196.2.a), o bien la contratación de su redacción “en colaboración con la Administración y bajo su supervisión” (art. 196.2.b). Sobre el contenido documental de los proyectos de obras y las eventuales responsabilidades en que puede incurrir el contratista por defectos en su elaboración, véase lo dispuesto en los arts. 124 y 217 a 219 LCAP.

(14) La posibilidad excepcional de contratación conjunta de la elaboración del proyecto y de la ejecución de las obras correspondientes se contempla específicamente en el art. 125 LCAP.

administrativa en relación con la *dirección facultativa* de las obras, *el control de calidad* de las mismas⁽¹⁵⁾, etc.

Y en esta línea cabe situar también la reciente introducción de una modalidad contractual referida específicamente a la *conservación* o mantenimiento de las obras públicas, y concretamente de las carreteras que tengan la condición de autovías.

Se trata concretamente del “contrato de servicios de gestión de autovías” introducido en nuestro ordenamiento por el art. 60 de la LacP 2000 (Ley 55/1999, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) como modalidad específica del contrato de servicios cuyo objeto consiste en la ejecución del “conjunto de actuaciones necesarias para mantener dichas infraestructuras en condiciones óptimas de vialidad, en los términos expresados en el pliego de prescripciones técnicas”⁽¹⁶⁾. A través de este contrato se abre por tanto la posibilidad de que la Administración encomiende a una empresa contratista la responsabilidad global de mantenimiento de determinados tramos de las autovías a cambio del precio que en cada caso se fije, de modo que se da entrada a la contratación administrativa en un ámbito tradicionalmente asumido de forma directa por la Administración⁽¹⁷⁾.

(15) El art. 196.2 LCAP incluye en la enumeración de objetos sobre los que puede versar el contrato de consultoría y asistencia “la dirección, supervisión y control de la ejecución” de obras e instalaciones, tanto en la modalidad prevista en su apartado *a* (encomienda plena de tales actividades al contratista), como en la modalidad prevista en su apartado *b* (realización de tales tareas “en colaboración con la Administración y bajo su supervisión”).

(16) En el citado art. 60 LacP 2000 se determinan las actuaciones concretas que pueden comprenderse en el contrato: junto a la conservación propiamente dicha de la infraestructura, se mencionan la adecuación, reforma y modernización de la misma “para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación del servicio”, así como las actuaciones de reposición y gran reparación exigibles “en relación con los elementos de la infraestructura cuya vida útil sea inferior al plazo del contrato”. El plazo máximo de duración del contrato se establece en 20 años, lo cual introduce –según subrayó el prof. JIMÉNZ DE CISNEROS en la ponencia sostenida en el Seminario– un elemento diferencial importante respecto de la regulación general del contrato de servicios en la LCAP (cuya duración máxima se establece en dos años por el art. 198.1 LCAP, sin perjuicio de que pueda prorrogarse por otros dos años más).

En la Exposición de Motivos de la LacP 2000 se subraya en relación con esta nueva modalidad contractual (apartado VI) su objetivo de resolver “el problema de la inadecuación de las autovías de primera generación a los actuales y más exigentes criterios de seguridad vial”.

(17) Hay evidentemente aquí un salto cualitativo respecto a la simple utilización del contrato de obras para realizar las concretas obras que exija la reparación y conservación de las infraestructuras existentes (arts. 120.c y 123.4 y 5 LCAP). En el contrato de servicios de gestión de autovías el contratista se responsabiliza del mantenimiento de la autovía “en condiciones óptimas de vialidad” y debe realizar a su costa todas las actuaciones necesarias para ello.

C) Las fórmulas contractuales para la construcción de obras públicas con financiación pública demorada

Otro de los ámbitos en los que se han producido novedades en los últimos años viene dado por la introducción de fórmulas contractuales concebidas como instrumentos para facilitar la anticipación de una financiación privada de las obras públicas; financiación privada que es posteriormente reembolsada por la Administración y que no altera por tanto el principio de financiación pública de las mismas. No hay por tanto aquí -a diferencia de la fórmula clásica de la concesión de obra pública- un desplazamiento de los costes de la obra hacia los usuarios de la misma, que reembolsan el capital invertido mediante el abono de las tarifas exigidas por su utilización, sino una financiación pública de la obra, que queda aplazada a un momento posterior a su construcción.

a) Este es sin duda el objetivo con el que se concibió el denominado "contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio", introducido por el art. 147 LacP 1997 y objeto de desarrollo reglamentario a través del RD 704/1997, de 16 de mayo, como modalidad de contrato de obras en la que el pago de la misma se desplazado a un momento posterior a su finalización.

En efecto, frente al sistema normal de pago en el contrato de obras -abono del precio mediante pagos parciales a medida que se ejecuta la obra, previas las correspondientes consignaciones presupuestarias⁽¹⁸⁾- se establece aquí que el contratista se obliga a "financiar la construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada" (art. 147.1 LacP 1997). Aunque la definición de esta figura contractual que incluye la LacP 1997 contempla la satisfacción del precio del contrato mediante un pago único en el momento de terminación de la obra (art. 147.1 citado), sin embargo se ha admitido también la posibilidad de un fraccionamiento del pago del precio en una serie de anualidades hasta un máximo de diez (art. 61.5 LGP, en la redacción dada al mismo por la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, sobre Medidas de Disciplina Presupuestaria, y art. 7 del RD 704/1997, de 16 de mayo), de modo que viene a excepcionarse la prohibición general de aplazamiento del pago en los contratos administrativos que formula el art. 14.2 LCAP⁽¹⁹⁾.

(18) Sobre la forma de abono del precio en el contrato de obras -pago de certificaciones de obra ejecutada con periodicidad mensual en concepto de abonos a cuenta- véase lo dispuesto en el art. 145 LCAP. Sobre la exigencia de consignación presupuestaria previa en la contratación administrativa, véase lo establecido en los arts. 62.c, 67.2 y 69.4 LCAP.

(19) Este precepto establece que "se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos" salvo en los supuestos de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra, así como "en los casos que una Ley lo autorice expresamente".

Caben así dos alternativas dentro de esta modalidad contractual: o bien el precio se abona mediante un pago único al realizarse la recepción de la obra, o bien se fracciona el precio en una serie de pagos anuales hasta un máximo de diez⁽²⁰⁾, opción esta última que resulta reconducible a lo que suele conocerse como "modelo alemán" en la financiación de infraestructuras⁽²¹⁾.

El empleo de esta fórmula permite por tanto -dentro de las acotaciones limitativas establecidas por el RD 704/1997⁽²²⁾- acometer determinadas obras públicas sin que el gasto correspondiente tenga un reflejo inmediato en los presupuestos de la Administración que impulsa la obra, puesto que dicho gasto se desplaza al ejercicio en el que la obra se termina o, incluso, queda fraccionada en diversos ejercicios a partir de ese momento⁽²³⁾.

(20) Esta alternativa no resulta con claridad de lo dispuesto en el art. 147 LacP 1997, pero sí del contenido del RD 704/1997, que se dictó en el marco de lo establecido en dicho artículo y en el art. 61.5 LGP (en la redacción dada al mismo por la Ley 11/1996).

El art. 147 LacP 1997 contiene en este punto previsiones difícilmente coherentes entre sí, pues mientras su apartado 1 establece la satisfacción del precio mediante un pago único, su apartado 7 alude -en plural- a "todos o parte de los pagos previstos".

Frente a ello, los arts. 61.5 LGP y 7 RD 704/1997 incorporan de forma expresa y clara la posibilidad de un fraccionamiento del pago en estos contratos en un máximo de diez anualidades. Posibilidad que concuerda con un precepto que incluía en su momento el Proyecto de Ley de Presupuestos para 1997 que, según ha observado F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS (*Obras públicas e iniciativa privada*, pp. 242-243 y 248), contemplaba, siguiendo el modelo alemán, un supuesto de contrato de obra con precio aplazado en diez años, precepto que finalmente no llegó a aprobarse.

(21) Sobre el denominado "modelo alemán", véanse las indicaciones que realiza F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Obras públicas*, pp. 239-242.

(22) El RD 704/1997, de 16 de mayo, sobre régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio, contiene en efecto limitaciones al respecto.

El objeto de este contrato queda acotado de una parte por razón de la materia: sólo obras de construcción (no de reforma, reparación, demolición, etc) de infraestructuras de carreteras, ferroviarias, hidráulicas, en la costa y medioambientales. Y por otra parte, se introduce la exigencia de una cuantía mínima para la viabilidad de estos contratos: el precio total, excluidos los costes de refinanciación en el caso de aplazamiento del pago debe ser superior a los 4.000 millones de pesetas si se trata de carreteras, 3.000 millones en ferrocarriles y obras hidráulicas y 1.000 millones en infraestructuras en la costa y medioambientales. Además, se estableció que el importe total contratado en ese ejercicio mediante esta modalidad no podía ser superior al 30% de los créditos iniciales dotados en el Capítulo 6 del estado de gastos de la correspondiente sección presupuestaria.

(23) Para los ejercicios de 1999 y 2000 las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado han dispuesto que el Gobierno no autorizará la celebración de nuevos contratos bajo esta modalidad de abono total del precio (véanse respectivamente las Disposiciones Adicionales 21ª y 13ª de ambos textos legales).

b) La segunda de las alternativas aludidas –aplazamiento y fraccionamiento del pago de la obra por las Administraciones públicas– puede también alcanzarse a través de la fórmula del denominado “peaje en la sombra” (*shadow toll*) o también “canon de demanda”; fórmula de origen inglés caracterizada por el hecho de que la Administración devuelve la financiación aportada por el contratista una vez que la obra se encuentra en funcionamiento y mediante una serie de pagos cuya cuantía se determina en función de la utilización efectiva que de la obra hagan los usuarios de la misma⁽²⁴⁾. Jurídicamente este mecanismo se configura como una concesión administrativa para la construcción y explotación de una obra pública, puesto que hay un concesionario que construye la obra y la explota durante el plazo de duración del contrato –percibiendo por tanto una contraprestación vinculada a la utilización efectiva que de la misma se haga–. Pero con el importante elemento diferencial de que esta contraprestación o “peaje” no lo abona el usuario, para el cual resulta gratuita la utilización de la infraestructura, sino que lo paga la Administración, permaneciendo por tanto dicha contraprestación “en la sombra”.

La construcción de infraestructuras públicas mediante el mecanismo del “peaje en la sombra” no ha sido hasta el momento incorporada entre nosotros a la legislación estatal, pero sí que ha tenido acogida en cambio en la legislación de algunas Comunidades Autónomas. Este es el caso concretamente de la Comunidad de Madrid, que lo ha utilizado para acometer la construcción de algunas carreteras de su competencia –entre ellas la muy importante autopista M-45– al amparo de un precepto específico introducido en su Ley de carreteras de dicha Comunidad (Ley 3/1991, de 7 de marzo) por la Ley 11/1997, de 28 de abril⁽²⁵⁾. Y también la Comunidad de Murcia ha

(24) La fórmula exige por tanto la existencia de mecanismos precisos de medición de la utilización de la infraestructura. Sobre la misma véase A. GONZÁLEZ MARÍN, “Límites a la financiación presupuestaria de infraestructuras”, en el vol. col. dirigido por F. J. ROMERO ÁLVAREZ, *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 27-28 y F. AZOPRA VEGAS, “La financiación privada de infraestructuras públicas”, en *REDA* 97 (1997), pp. 561-563.

(25) Se trata concretamente del nuevo art. 25 bis de la Ley de carreteras de la Comunidad de Madrid, a tenor del cual la Comunidad “podrá subvencionar en todo o en parte las tarifas que corresponda satisfacer a los usuarios cuando el servicio deba prestarse gratuitamente por razones de interés público”. Véase al respecto las explicaciones que proporciona F. J. DE ÁGEDA MARTÍN, “La financiación por el sistema de peaje-sombra en las carreteras de la Comunidad de Madrid”, en el vol. col. citado *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, pp. 139 y ss. La M-45 es una autopista de circunvalación de Madrid que conecta la carretera N-II con la N-V por el Este y Sur de Madrid, con un recorrido más exterior que la M-40. En total son 36,2 Km, divididos en tres tramos, con un trá-

previsto la utilización de esta fórmula, en virtud de lo previsto en el art. 10 de su Ley 4/1997, de 24 de julio, reguladora de la construcción y explotación de infraestructuras⁽²⁶⁾.

D) Nuevo impulso a la utilización de la técnica de la concesión para la construcción y explotación de obras públicas

Hay también por último novedades relativas a la fórmula de la concesión administrativa para la construcción y explotación de obras públicas, fórmula que tiene como es sabido gran tradición como instrumento para canalizar la iniciativa privada hacia la financiación de las infraestructuras públicas⁽²⁷⁾, pero en relación con la cual se han introducido novedades en los últimos años que vienen a reflejar un renovado interés del legislador en la misma y un impulso revitalizador en cuanto a su utilización.

Al respecto cabe mencionar en primer lugar la propia incorporación del *contrato de concesión de obra pública* a la LCAP de 1995 (arts. 130 a 134, objeto de modificación por Ley 53/1999, de 28 de diciembre), modalidad contractual que no se contemplaba como es bien sabido en la legislación sobre contratación administrativa anteriormente en vigor (Ley de Contratos del Estado de 1965 y su Reglamento de desarrollo de 1975).

La razón de este “olvido” en que incurría el legislador, a pesar del enorme arraigo de la concesión de obras públicas no resulta difícil de identificar: la omisión se explica por una evolución legislativa y doctrinal en virtud de la cual la concesión de obra pública había sido absorbida por la concesión de servicio público, de modo que aquella quedaba privada de sustantividad y era reconducida a los principios y normas relativos a esta última⁽²⁸⁾. Este proceso de absorción, expuesto

fico previsto para el año 2005 de 100.000 vehículos diarios en determinados puntos y una inversión que supera los 47.000 millones de pesetas.

(26) También en la legislación murciana la fórmula se articula como una aportación de fondos por la Administración autonómica para hacer posible la reducción o supresión de las tarifas a pagar por los usuarios. Véanse los apartados 1 y 3 del citado artículo 10.

(27) Baste recordar al respecto la amplia utilización de la técnica concesional que realizó la Ley General de Obras Públicas de 1877. Sobre las diversas modalidades de concesión de obra pública contenidas en dicha Ley véase la exposición de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Las obras públicas”, cit. pp. 2461-2466 así como la de F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Obras públicas*, pp. 83 y ss., exposición esta última que contiene elementos de discrepancia respecto a la de T. R. FERNÁNDEZ.

(28) Resulta muy indicativo en este sentido el contenido de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (aplicable por extensión a todas las carreteras en régimen de concesión), que claramente configura a las concesiones de autopistas como concesiones de servicio público.

en el Seminario por el prof. JIMÉNEZ DE CISNEROS y objeto de una severa crítica por parte del mismo⁽²⁹⁾, explica en efecto que tanto la normativa de régimen local de los años 50 (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de julio de 1955) como la Ley de Contratos del Estado de 1965 omitan cualquier referencia a la concesión de obras públicas y reconduzcan tales concesiones hacia las concesiones de servicio público, como concesiones mixtas de obra y servicio; unas concesiones en las que de hecho predomina este segundo aspecto, esto es, la prestación del servicio público, y la obra constituye algo meramente instrumental respecto del servicio.

Ahora en cambio esta situación se ha modificado, pues la regulación general de la concesión de obra pública en la LCAP ha devuelto a ésta su sustantividad y permite sostener —como hizo el prof. EZQUERRA HUERVA en la ponencia sostenida en el Seminario— la existencia de un ámbito propio para la misma, al margen de la concesión de servicio público⁽³⁰⁾.

Particularmente explícito de esta opción resulta lo dispuesto por el art. 3 de esta Ley, a cuyo tenor “el servicio objeto de la concesión constituye una actividad propia del Estado que el concesionario gestiona, en su nombre y temporalmente, bajo la inspección y vigilancia de la Administración concedente”. De lo cual resulta que la remisión a la legislación de contratos del Estado como legislación supletoria contenida en el art. 2 de la Ley en relación con las concesiones de autopistas debe entenderse hecha a las normas relativas a la concesión de servicio público.

Sobre la absorción de las concesiones de obra pública por las de servicio público véase R. GÓMEZ FERRER, “En torno a la Ley de autopistas de peaje”, en *RAP* 68 (1972), pp. 325 y ss., 331-332, F. LÓPEZ RAMÓN, “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 243, (1989), pp. 563 y ss., 584 y ss., así como las indicaciones contenidas al respecto en mi trabajo “Sobre la regulación de las carreteras en el Derecho español: una visión de conjunto”, en *RAP* 129 (1992), pp. 117 y ss., 124-127.

(29) Según la opinión expuesta por el citado profesor en el Seminario, en los supuestos de simple uso por todos de una carretera —u otra infraestructura pública— no existe una actividad prestacional susceptible de ser calificada como servicio público. A juicio de JIMÉNEZ CISNEROS, la conversión de los contratos de concesión de obras públicas en concesiones de servicio público implica una desnaturalización de aquéllos, pues lo que constituye un contrato de resultado y que está presidida por el principio de riesgo y ventura del concesionario, se transforma en una figura contractual articulada sobre la base de principios diferentes (principio de continuidad del servicio, cláusula *rebus sic stantibus*, equilibrio financiero de la concesión, etc.). Véanse al respecto las amplias consideraciones que dedica al tema en su libro *Obras públicas e iniciativa privada*, pp. 116-122, 194-196 y 204-206. De hecho, una de las tesis fundamentales que sostiene JIMÉNEZ CISNEROS en su libro es la posibilidad de construir el concepto de obra pública al margen no sólo de la noción de servicio público, sino también de la propia noción de dominio público, defendiendo en consecuencia la posibilidad de obras públicas de titularidad privada (vid. en particular sobre ello, *ob. cit.*, pp. 303-311).

(30) A juicio de A. EZQUERRA, la concesión de obras públicas regulada en los arts. 130 a 134 LCAP tendría un ámbito de aplicación propio y específico, distinto de las concesio-

Pero al margen de esta recuperación de la concesión de obra pública en la legislación general de contratación administrativa, resulta necesario aludir también a las novedades legislativas que se han producido en este ámbito en los últimos años con carácter sectorial. En concreto, es preciso mencionar las modificaciones introducidas en la legislación de carreteras en régimen de concesión (Ley 8/1972, de 10 de mayo)⁽³¹⁾ primero por la LacP 1997 (art. 157)⁽³²⁾ y más recientemente por la LacP 2000 (art. 59)⁽³³⁾. O también, en materia de obras hidráulicas, la regulación de un novedoso contrato de “concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas” por la LacP 1997 (art. 173)⁽³⁴⁾ como fórmula específica para canalizar la iniciativa privada hacia la construcción de obras hidráulicas⁽³⁵⁾.

Y por lo que se refiere al ámbito de las Comunidades Autónomas, debe dejarse constancia de la aprobación de alguna Ley autonómica que regula las concesiones para la construcción de infraestructuras

cesiones mixtas obra-servicio público contempladas en la propia Ley dentro del contrato de gestión de servicios públicos (art. 159.2). Las concesiones de obra pública reguladas en los arts. 130 y ss. harían referencia a los supuestos en los que los terceros que abonan las tarifas establecidas realizan una mera utilización de la infraestructura pública, pero sin que ello suponga recibir prestación o servicio alguno por parte del concesionario (por ejemplo, uso de un aparcamiento público subterráneo construido y explotado en régimen de concesión). En cambio, cuando hay una actividad de prestación por parte del concesionario entraría en juego la concesión mixta obra-servicio público. Para un desarrollo de estas ideas véase su tesis doctoral en curso de publicación, *El régimen jurídico de las obras hidráulicas*, Universidad de Lérida, 1999, pp. 548-558.

(31) La Ley 8/1972 regula la “construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión”, pero resulta aplicable como hemos apuntado a cualquier carretera en régimen de concesión, aunque no tenga la condición de autopista.

(32) Entre las novedades introducidas en la Ley 8/1972 por este precepto cabe destacar la ampliación del plazo máximo de duración de las concesiones de 50 a 75 años y la configuración del derecho de los concesionarios al cobro de los peajes como activos susceptibles de integrarse en los Fondos de Titulización de Activos.

(33) En virtud de esta modificación se incorpora al objeto de la Ley 8/1972 las concesiones para la conservación y explotación de tramos de autopistas ya construidas.

(34) Sobre esta figura contractual véanse los estudios de A. EMBID IRUJO, *Público y privado*, cit. pp. 43-58, G. ARIÑO ORTIZ y M. SASTRE BECEIRO, *La concesión de obra y servicio para la realización de obras hidráulicas*, en el vol. col. dirigido por A. EMBID IRUJO, *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 145 y ss., así como la tesis doctoral de A. EZQUERRA HUERVA antes citada *El régimen jurídico*, pp. 546-576.

(35) A. EZQUERRA sostuvo en su ponencia (en línea con la opinión defendida en su momento por A. EMBID, *Público y privado*, pp. 56-58) que las escasas especialidades de este contrato no justifican su configuración como figura contractual autónoma, al margen de los tipos de contratos regulados en la LCAP.

públicas⁽³⁶⁾, así como la utilización en algún caso de la concesión administrativa para la construcción de infraestructuras ferroviarias⁽³⁷⁾, lo que supone la recuperación de la técnica concesional en una materia en la que -como es sabido- tiene una gran tradición, pero había quedado sin aplicación real durante muchos años.

3. Consideración de conjunto

Repasadas las opciones novedosas que se han ido introduciendo en los últimos años en nuestro ordenamiento jurídico en materia de construcción y explotación de obras públicas, conviene todavía añadir alguna observación de síntesis sobre el cuadro general que viene a perfilarse en torno a estas innovaciones.

A) El camino recorrido últimamente conduce claramente en primer lugar hacia una Administración de infraestructuras notoriamente más reducida que la existente anteriormente, en la medida en que la Administración tiende a desprenderse de buena parte de los cometidos que venía realizando a través de su propia organización y del personal a su servicio y utiliza en su lugar de forma cada vez más amplia la contratación con empresas y profesionales externos. Y sucede por otro lado que se consolida la tendencia a la creación de entidades públicas instrumentales a las que se encomiendan funciones de gestión en materia de obras públicas, entidades que han proliferado en efecto en los últimos años tanto en el ámbito estatal como en el autonómico.

B) Desde el punto de vista de su financiación, el panorama general que presentan las obras públicas en el momento presente resulta en realidad menos radicalmente innovado de lo que podría haberse pensado que iba a suceder hace ahora un lustro.

Las fórmulas de anticipación de una financiación privada en infraestructuras cuya financiación se asume por las Administraciones

(36) Véase en particular la ya citada Ley de la Región de Murcia 4/1997, de 24 de julio, de construcción y explotación de infraestructuras; Ley aplicable por cierto no sólo a las infraestructuras definidas en el art. 1 de la Ley, sino también a la promoción y construcción de viviendas de titularidad pública (Disp. Adicional 3ª).

(37) Me refiero a la línea férrea Madrid-Arganda construida mediante una concesión administrativa otorgada por la Comunidad de Madrid en el marco de las previsiones contenidas en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987 (arts. 157 y ss). Dicha línea no forma parte de la Red Nacional Integrada, sino que es explotada dentro del conjunto de la red de Metro de Madrid. Vid. sobre ello F.J. DE ÁGUEDA MARTÍN, "El contrato de concesión del tren de Arganda", en el vol. col. dirigido por F. J. ROMERO ÁLVAREZ, *Nuevas formas de financiación*, cit. pp. 147 y ss.

Públicas no han venido en modo alguno a alcanzar una aplicación generalizada. Por el contrario, se aprecia recientemente un retroceso en su utilización, lo que revela un claro componente coyuntural en su diseño⁽³⁸⁾ y viene a confirmar que nos encontramos ante fórmulas de carácter excepcional -pues presentan algunas obvias desventajas que desaconsejan su generalización⁽³⁹⁾-; si bien debe subrayarse que se han puesto en marcha interesantes experiencias cuyos resultados será necesario evaluar detenidamente⁽⁴⁰⁾.

Y menos todavía puede decirse que el modelo concesional se ofrezca hoy como una alternativa global al criterio general de financiación pública de las infraestructuras, que parece que seguirá presidiendo la política de infraestructuras en todos aquellos ámbitos en los que es indudable su relevancia para los intereses generales y su función de palanca en el progreso económico y social⁽⁴¹⁾. No se percibe en

(38) Me refiero obviamente a las exigencias impuestas por el Tratado de Maastricht en materia de déficit presupuestario y deuda pública como requisitos para el acceso a la Unión Económica y Monetaria, exigencias cuya consecución inspiró la política económica y presupuestaria durante algunos años y marcó profundamente a algunas Leyes como es el caso de la Ley de acompañamiento a los Presupuestos de 1997.

(39) Piénsese al respecto en los costes financieros inherentes a la retribución del capital privado que se requiere para adelantar la financiación de la obra, y en la pérdida de margen de maniobra que se proyecta sobre los ejercicios futuros, en los que será preciso asumir el pago de infraestructuras ya ejecutadas y se reducirán las posibilidades de acometer otras nuevas.

(40) No cabe duda de que la fórmula del peaje en sombra utilizada por la Comunidad de Madrid para la construcción de algunas carreteras actualmente en curso de ejecución constituye una experiencia innovadora y de interés que abre nuevas perspectivas en la materia.

Como en su momento quedó apuntado, el sistema utilizado se configura como una concesión administrativa para la construcción y explotación de la carretera -durante un plazo de 25 años- (lo cual introduce respecto al esquema del contrato de obras un elemento diferencial que incentiva la calidad en la construcción de la obra, habida cuenta de que la empresa concesionaria asume el compromiso de conservarla durante dicho plazo). Pero se mantiene el criterio de gratuidad en la utilización de estas infraestructuras en la medida en que el "peaje" será abonado por la Administración autonómica (con lo cual se eluden el rechazo social y político que suscitan los peajes a abonar por los usuarios y se eliminan también los costes vinculados al cobro de los mismos). Y por otro lado, la Administración se asegura que el coste a asumir no va a superar un determinado umbral, pues el sistema de cálculo del canon establecido en el contrato determina que por encima de un determinado volumen de tráfico el coste o precio a abonar por la Administración es nulo.

(41) El caso de la línea de alta velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-frontera francesa resulta significativo al respecto y fue expresamente subrayado por el prof. LÓPEZ MENUDO en su ponencia en el Seminario. Frente a las previsiones iniciales de un modelo mixto de financiación con una importante aportación de capital privado que se había contemplado en el Plan Director de Infraestructuras aprobado en 1994 (vid. al respecto el trabajo de P. ECHEVARRÍA DE RADA, "Marco jurídico para la participación privada en la construcción y gestión de nuevas infraestructuras ferroviarias", expuesto en un seminario cele-

efecto ni mucho menos en los sectores estudiados una apuesta generalizada por la técnica concesional, por más que el contexto general haya resultado favorable a ella en los últimos años y por más que la legislación positiva haya incorporado novedades que se orientan hacia su favorecimiento.

Pero con independencia de ello, es claro en todo caso que el escenario actual en el que se desenvuelve la financiación de infraestructuras públicas se presenta como muy abierto y dinámico, ofreciéndose un amplio abanico de alternativas entre las que se puede elegir en función de las concretas características de la obra de que se trate y de las opciones de política sectorial que prevalezcan en cada caso.

C) Desde un punto de vista normativo, la situación que deriva de los cambios y novedades introducidas aparece impregnada de no pocos elementos de dispersión y complejidad, que son consecuencia en particular de la reiterada utilización de las Leyes de acompañamiento para introducir unas "medidas" que —como es usual en el instrumento legislativo en el que se insertan— responden a objetivos muy concretos de política sectorial —o subsectorial— y muy frecuentemente también a parámetros de carácter muy coyuntural⁽⁴²⁾.

Sería seguramente poco realista auspiciar una nueva Ley General de Obras Públicas que sustituya a la vieja Ley de 1877 y que haga frente a la consolidada tendencia a la sectorialización en el tratamiento legislativo de la materia. Pero sí que parece que puede y debe exigirse al legislador unas mayores cotas de sistemática y complitud en la legislación sectorial sobre determinadas obras públicas⁽⁴³⁾, así como

brado en octubre de 1995 e incluido en el libro colectivo más atrás citado dirigido por J. L. PIÑAR MAÑAS y otros, *El futuro del transporte por ferrocarril en España: régimen jurídico*, pp. 115 y ss. 117-125, así como los datos expuestos por F. LÓPEZ MENUDO en su trabajo citado *Construcción y gestión de infraestructuras en materia de transporte por ferrocarril*, pp. 330-334), en la práctica esa previsión no se ha materializado y está sucediendo que la mencionada línea se está construyendo —al igual que en su momento la línea Madrid-Sevilla— con financiación pública.

(42) Véase sobre el tema de las "Leyes de acompañamiento" las reflexiones contenidas en el trabajo de A. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, "Notas en torno a las leyes de objeto diverso. Elaboración parlamentaria y jurisprudencia constitucional", en *Cuadernos de Derecho Público*, 6 (1999), pp. 139 y ss.

(43) Resulta llamativo al respecto el hecho de que las nuevas líneas de alta velocidad estén al margen de la legislación sectorial sobre transportes terrestres y carezcan también de una regulación normativa propia al margen de dicha legislación.

En relación con las obras hidráulicas, la doctrina ha venido llamando la atención sobre el carácter disperso y asistemático el tratamiento legislativo de la materia y sobre la necesidad de una Ley reguladora de las obras hidráulicas (en particular, A. EMBID IRUJO ha insistido en ello); situación que sólo recientemente se ha mitigado en virtud de la modifi-

un mayor respeto hacia la unidad de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, evitándose la proliferación de figuras contractuales al margen de la Ley de Contratos⁽⁴⁴⁾.

III. LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

1. Introducción

El ámbito de la gestión de los servicios públicos sanitarios ha sido también propicio a los cambios y a la experimentación de nuevas fórmulas que se han ido ensayando a lo largo de la última década.

Al margen de los condicionantes de carácter general aludidos más atrás (epígrafe I), concurren sobre este sector algunas circunstancias específicas que han determinado una especial intensidad en el debate y las propuestas relativas a las formas de gestión de los servicios sanitarios.

Se trata como es bien sabido de un ámbito que absorbe un cuantioso volumen de recursos públicos y que recibe además una intensa presión incrementalista —por la fuerte demanda social de unas mayores y mejores prestaciones sanitarias, y por los continuos avances derivados del progreso técnico y científico—, situación que ha debido moverse en los últimos años en un escenario marcado por lo que suele conocerse como crisis del "Estado del bienestar", esto es, por la crisis de crecimiento en el sistema de prestaciones que es propio del Estado social.

Fácilmente puede comprenderse que este contexto haya determinado una intensa preocupación por las mejoras en la gestión de los servicios sanitarios: se busca optimizar la gestión sanitaria de modo que una mayor eficiencia en la administración de los recursos públicos que se destinan a la materia permita una mejora en las prestaciones que se ofrecen a los ciudadanos.

cación de la Ley de Aguas operada por la Ley 43/1999, de 13 de diciembre, que ha introducido unas reglas generales sobre las obras hidráulicas en el nuevo Título VIII de la Ley (arts. 114 a 120). Véase al respecto la reciente monografía de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas*, Civitas, Madrid, 2000.

(44) Estoy pensando obviamente en el contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio, el contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas y el contrato de servicios de gestión de autovías, modalidades contractuales que se han mantenido al margen de la LCAP, a pesar de que recientemente ha sido objeto de una amplia reforma parcial (Ley 53/1999, de 28 de diciembre) y de la posterior aprobación de un texto refundido (RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

El punto de partida de las propuestas que se han formulado y los cambios que se han introducido en los últimos años puede situarse en el denominado "Informe Abril" de 1991⁽⁴⁵⁾ que, sobre la base de un determinado análisis de la situación de nuestra Sanidad pública en aquel momento y bajo el influjo de los movimientos de reforma entonces en curso en otros países, formuló una amplia serie de propuestas de reforma. Propuestas éstas que por lo que ahora interesa destacar descansaban en las siguientes líneas de tendencia:

1) Se propugna una mayor autonomía de gestión de los hospitales y centros sanitarios y el otorgamiento de personalidad jurídica a los mismos.

2) Se defiende con insistencia la inadecuación del marco jurídico-público -el Derecho Administrativo- para el logro de una eficiente gestión de los servicios públicos sanitarios, propugnándose en consecuencia la aplicación de un régimen de Derecho privado.

3) Se postula la introducción de pautas de mercado (un "mercado interno") dentro del sistema sanitario público de modo que exista alguna forma de competencia entre los distintos centros y establecimientos sanitarios públicos.

4) Y se defiende también por último la necesidad de profundizar y desarrollar las fórmulas de colaboración de la iniciativa privada en la prestación de los servicios sanitarios públicos, lo que se hace obviamente desde una visión positiva de la complementariedad entre los servicios sanitarios públicos y los servicios sanitarios de titularidad privada.

Desde la perspectiva actual puede decirse que las mencionadas líneas de tendencia han tenido un influjo notorio en el desenvolvimiento que ha seguido nuestra Sanidad pública con posterioridad, aunque el nivel de realización de las mismas no es desde luego el mismo en todos los casos.

La realización de ese "mercado interno" -con formas de competencia efectiva entre los distintos centros sanitarios- no ha llegado a implantarse, ni si vislumbra tampoco su viabilidad en un futuro inmediato, pero en cambio se han dado pasos importantes hacia la perso-

(45) Informe elaborado por una Comisión de expertos presidida por Fernando Abril Martorell, ex-vicepresidente del Gobierno, a requerimiento del Congreso de los Diputados. Mayores indicaciones, junto a algunas observaciones críticas sobre el mismo, pueden encontrarse en mi trabajo "Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio)", en el vol. col. *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de 1996*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 293 y ss., 306-313.

nificación de los establecimientos sanitarios y hacia fórmulas que al menos parcialmente aplican el Derecho privado, y se han dado también pasos significativos hacia un mayor desarrollo de las fórmulas de complementariedad con el sector privado.

Apuntamos a continuación los cambios más notorios que se han ido introduciendo en torno a los dos temas que podemos considerar centrales en la evolución experimentada por las formas de gestión de la Sanidad en los últimos años, tanto en el ámbito de los servicios sanitarios de competencia autonómica como en los que gestiona el Estado a través del INSALUD: a) la tendencia a atribuir personalidad jurídica y una amplia autonomía de gestión a los hospitales y demás centros sanitarios de titularidad pública (epígrafe 2), y b) el desarrollo y la ampliación de las formas de colaboración del sector privado en la prestación de los servicios públicos sanitarios (epígrafe 3)⁽⁴⁶⁾.

2. Hacia la personificación de los establecimientos sanitarios del Sistema Nacional de Salud

La tendencia a la personificación de los centros sanitarios públicos -como propugnaba en su momento, según hemos tenido ocasión de apuntar, el Informe Abril- ha sido en efecto uno de los elementos más notorios que han presidido las innovaciones producidas en los últimos años en relación con la gestión sanitaria. Personificación que rompe con lo que ha sido la pauta tradicional en la materia -configuración de los centros sanitarios como establecimientos públicos dotados de una clara diferenciación orgánica, pero no de personalidad jurídica propia- y que sin duda va más allá de la más bien tímida directiva favorable a la autonomía de los servicios sanitarios públicos que formula el art. 69.1 LGS⁽⁴⁷⁾.

Desde un punto de vista cronológico, debe mencionarse en primer lugar el ámbito autonómico, pues fue en efecto en algunas Comunidades Autónomas donde la tendencia a que aludimos se mani-

(46) Sucede así que pueden detectarse puntos de contacto entre las novedades expuestas en materia de obras públicas con un ámbito tan lejano en principio a las obras públicas como es la gestión de los servicios públicos sanitarios. En ambos aparece claro en efecto la tendencia a la creación de entidades públicas instrumentales y al desarrollo de las fórmulas para la colaboración de la iniciativa privada.

(47) Puede hablarse, como hizo el profesor VILLAR ROJAS en la ponencia sostenida en el Seminario de una "segunda oleada de descentralización funcional" en el ámbito de la Sanidad, si se tiene en cuenta la arraigada existencia de entidades instrumentales responsabilizadas globalmente de la asistencia sanitaria tanto en el ámbito estatal (el INSALUD, que sucedió a partir de 1978 al antiguo Instituto Nacional de Previsión) como autonómico (Servicio Catalán de Salud, Servicio Vasco de Salud, etc).

festó primeramente. En particular, es claro al respecto el caso de Cataluña, donde la fórmula de la creación de entidades instrumentales para la gestión de hospitales y otros servicios sanitarios ha tenido numerosas y diversas manifestaciones, con utilización tanto de formas de personificación de Derecho público (entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado, consorcios) como de formas de personificación de Derecho privado (Sociedades Anónimas)⁽⁴⁸⁾. Pero esta tendencia se ha manifestado también en otras Comunidades Autónomas como Andalucía, en la que se han creado diversas empresas públicas configuradas como entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado⁽⁴⁹⁾, o Galicia, donde se ha utilizado la fórmula de la fundación en mano pública⁽⁵⁰⁾, que posteriormente se ha proyectado también como es sabido sobre el ámbito de los servicios sanitarios gestionados por la Administración General del Estado a través del INSALUD.

En relación con este ámbito de gestión estatal, la tendencia hacia la personificación de los establecimientos sanitarios es en efecto más tardía, pero ha terminado también por irrumpir con fuerza puesto que se han dado pasos importantes en esta dirección a partir de 1996.

En un primer momento, la opción concreta escogida por el INSALUD fue la de la fundación sujeta a la legislación general de fundaciones (Ley 30/1994, de 24 de noviembre), pues ésta fue en efecto la fórmula utilizada en 1996 para la gestión de dos nuevos hospitales - los de Alcorcón y Manacor⁽⁵¹⁾ - en el marco de la habilitación contenida en el Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, luego convertido en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud⁽⁵²⁾. Incluso debe advertirse que en una

(48) Véase al respecto F. J. VILLAR ROJAS, "La huida al Derecho privado en la gestión de los servicios de salud", en Revista *Derecho y Salud*, 1994, pp. 98 y ss., 98; J. M. LAFARGA TRAVER, "El Consorcio: un instrumento al servicio del consenso en la gestión de los servicios sanitarios. La experiencia de Cataluña", id., pp. 107 y ss., así como mi trabajo ya citado *Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios*, pp. 313-320.

(49) Es el caso del Hospital de la Costa del Sol (Ley 4/1992, de 30 de diciembre), de la Empresa pública de emergencias sanitarias (Ley 2/1994, de 24 de marzo) o, más recientemente, del Hospital Alto Guadaquivir de Andújar (Ley 11/1999, de 30 de noviembre).

(50) Se trata de la Fundación Hospital Verín creada en 1993, así como de la Fundación Centro de Transfusión de Galicia y del Instituto Gallego de Oftalmología.

(51) Los Estatutos de las Fundaciones de los hospitales de Alcorcón y Manacor fueron aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996 y publicados por Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria en el BOE de 6 de febrero de 1997.

(52) El artículo único del Decreto-Ley 10/1996 autorizó la gestión de los servicios y establecimientos sanitarios mediante "cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así

determinada etapa se propugnaba por el INSALUD la progresiva generalización de esta fórmula a todos los hospitales de su titularidad ya existentes, pero finalmente las opciones que han prevalecido en la normativa aprobada posteriormente -art. 111 de la LacP 1999 (Ley 50/1998, de 30 de diciembre), relativo a las denominadas "fundaciones públicas sanitarias" y RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD- permiten deducir que se ha ahondado el aludido proyecto de generalización.

El RD 29/2000 contempla en realidad cuatro modalidades distintas de gestión de los establecimientos sanitarios, con creación en los cuatro supuestos de entidades instrumentales: las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, los consorcios, las sociedades estatales y las fundaciones públicas sanitarias introducidas por el art. 111 de la LacP 1999. Estas últimas no son en realidad verdaderas fundaciones, sino unas entidades de Derecho público *sui generis* sometidas, en lo no previsto por su normativa específica, a las reglas que establece la LOFAGE en relación con las "entidades públicas empresariales"⁽⁵³⁾. Y las mismas son de hecho la modalidad de personificación que se propugna para los centros sanitarios ya existentes, lo que garantiza el mantenimiento del régimen estatutario del personal que presta sus servicios en los mismos⁽⁵⁴⁾, de modo la posibilidad de aplicación de las fundaciones sujetas a la Ley 30/1994 queda desplazada a los supuestos de centros de nueva construcción⁽⁵⁵⁾.

como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica". Por su parte, la Ley 15/1997 alude a "cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho" e introduce diversas matizaciones en relación con lo que era el contenido del Decreto-Ley 10/1996. Vid. sobre ello M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 46-51.

(53) Vid. al respecto lo dispuesto por los arts. 62 a 74 del RD 29/2000. En la doctrina, véase el completo estudio de M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, cit., pp. 91 y ss.

(54) Véanse las Disposiciones Adicionales 5ª, 6ª, 7ª y 8ª del RD 29/2000, así como su Disposición transitoria única. El procedimiento a seguir para que se produzca la conversión de los actuales centros sanitarios en fundaciones públicas sanitarias viene fijado en la Disp. Adicional 6ª; dicho procedimiento se inicia a solicitud de la Gerencia del Centro, previo informe favorable de la Comisión de Dirección del mismo y finaliza, tras el cumplimiento de los diversos trámites que se especifican, mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

También se contempla la posibilidad de conversión de los actuales centros sanitarios en consorcios (Disp. Ad. 5ª y 7ª), pero para ello será preciso obviamente que se produzca el correspondiente acuerdo con al menos una de las Administraciones que se contemplan en el art. 46.1 del RD 29/2000.

(55) Al igual que las sociedades estatales, cuya creación no se contempla en relación con los centros sanitarios ya existentes. En rigor, en relación con los centros nuevos, cabe aplicar cualquiera de las cuatro modalidades previstas en el RD 29/2000, puesto que nin-

En la práctica parece que se está consolidando por tanto un modelo dual: las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994 - fundaciones propiamente dichas- para los centros nuevos, y las denominadas "fundaciones públicas sanitarias" para los centros ya existentes. Lo cual supone aplicar opciones muy distintas entre sí desde el punto de de su naturaleza jurídica pese a la equívoca similitud terminológica: en el primer caso se trata de fundaciones sujetas en principio a la legislación general de fundaciones, y en el segundo, de una modalidad de organismo público específicamente contemplada por el legislador para la gestión de los establecimientos sanitarios. Debe decirse no obstante que el mencionado RD 29/2000 establece una serie de reglas comunes aplicables a ambas modalidades de personificación -y a las otras dos modalidades que se contemplan en dicho Reglamento- en relación con diversos aspectos de su organización y régimen jurídico⁽⁵⁶⁾, lo cual viene a reducir considerablemente las divergencias que en principio derivarían de su diferente configuración jurídica: en la práctica estas divergencias se reconducen fundamentalmente al régimen de su personal⁽⁵⁷⁾ y de la contratación con terceros⁽⁵⁸⁾.

Sobre ambas "formas de gestión" realizó el profesor Marcos VAQUER CABALLERÍA observaciones y matizaciones de interés en el Seminario del que trae causa el presente texto. Apunto a continuación algunas de ellas.

una restricción se contiene al respecto en el citado Reglamento (e incluso cabría utilizar también otras modalidades distintas, al amparo de lo dispuesto en el art. 3 del RD 29/2000, que reproduce la cláusula de habilitación de carácter general incorporada en su momento a la Ley 15/1997). Pero la modalidad que se está utilizando en la práctica es la de la fundación constituida al amparo de la Ley 30/1994: ésta es en efecto la fórmula que se ha utilizado recientemente en relación con el nuevo hospital de Calahorra, lo que implica una continuidad con el camino iniciado en 1996 con la constitución de las fundaciones de los hospitales de Alcorcón y Manacor.

(56) Véanse los arts. 4 a 37 del RD 29/2000, que integran su Capítulo II ("Disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión").

(57) Frente a la genérica aplicación del Derecho laboral que se prevé para las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994 (art. 44 del RD 29/2000), el régimen del personal de las "fundaciones públicas sanitarias" se contempla en términos de continuidad con el actualmente aplicable, esto es, con el régimen estatutario regulado en las normas sobre personal de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, sin perjuicio de la posibilidad de que haya personal funcionario y laboral en los términos que establece el art. 73.2 y 3 del RD 29/2000, y sin perjuicio también de que el personal directivo se someta al régimen del personal laboral de alta dirección (art. 73.4).

(58) Las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994 ajustan su contratación al Derecho privado, salvo el respeto a los principios de publicidad y concurrencia en los limitados términos que fija el art. 43.2 del RD 29/2000. En cambio, la contratación de las fundaciones públicas sanitarias se rige por la LCAP (art. 72).

En relación con las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994 subrayó la falta de "interiorización" de esta figura por el ordenamiento administrativo, puesto que la misma está ausente por completo de cualquier consideración o mención por parte de las Leyes de carácter general que presiden nuestro Derecho Administrativo y que han sido aprobadas o reformadas recientemente (LRJAP, LCAP, LOFAGE, LBRL, etc.). Y puso de manifiesto asimismo la fuerte desnaturalización de la institución fundacional que se produce con la utilización de la misma como fórmula instrumental para la gestión de los servicios públicos sanitarios y las numerosas e importantes modulaciones de su régimen jurídico que derivan de esta utilización respecto al que resultaría de la normativa general aplicable a las fundaciones⁽⁵⁹⁾. Prevalece de hecho su configuración como entidad instrumental de la Administración sanitaria sobre su condición formal de fundación, y sólo esta circunstancia permite explicar el importante desplazamiento de las reglas generales sobre fundaciones establecidas en la Ley 30/1994 que deriva del RD 29/2000^{(60) (61)}.

Por lo que se refiere a las fundaciones públicas sanitarias, el prof. VAQUER destacó su condición de organismos públicos -a los que se aplica lo dispuesto por la LOFAGE para las "entidades públicas empresariales" en lo no previsto por el art. 111 LacP 1999 y por el RD

(59) El proceso de "huida" al Derecho privado que se manifiesta con la utilización de la institución fundacional, va seguida de lo que el prof. VAQUER calificó como "persecución" del Derecho Administrativo, persecución bien patente en el contenido del RD 29/2000 y en algunos reciente fallos jurisprudenciales, que aplican a las fundaciones constituidas por las Administraciones públicas la doctrina del "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica.

(60) Mayores indicaciones al respecto pueden encontrarse en la monografía antes citada del prof. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, pp. 57 y ss., así como su más reciente trabajo "Las fundaciones como formas de gestión directa de los servicios sanitarios", de próxima publicación en el libro colectivo que ha de recoger las ponencias presentadas a las Jornadas de Estudio sobre "La organización de los servicios públicos sanitarios" celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000. Véase también los estudios de J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT, "Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública", en REDA 104 (1999), y de J. L. PIÑAR MAÑAS, "Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2000, 1, pp. 73 y ss.

(61) Un aspecto adicional puesto de manifiesto por el prof. VAQUER en su exposición viene dado por la ausencia de estudios e informes publicados que analicen las nuevas entidades ya en funcionamiento desde la perspectiva de lo que constituye el objetivo que se pretende conseguir con su creación, esto es, el logro de una gestión sanitaria más eficiente. Aludió no obstante a un informe muy crítico emitido por el Consejo de Cuentas de Galicia en relación con la Fundación Hospital Verín, informe que el citado Consejo de Cuentas presentó en 1999 a propósito de la fiscalización de las cuentas de la Fundación correspondientes al ejercicio de 1996.

29/2000- y no de fundaciones reguladas en la Ley 30/1994, considerando desafortunada la recuperación de una terminología en su momento utilizada por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, pero que había quedado abandonada por nuestro ordenamiento positivo⁽⁶²⁾. Subrayó no obstante dos elementos diferenciales respecto al régimen aplicable a las "entidades públicas empresariales": a diferencia de éstas no se crean por Ley sino por acuerdo del Consejo de Ministros, y el régimen de su personal no es laboral -salvo en lo relativo al personal directivo- sino que se aplica el régimen estatutario propio del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

3. Las formas de gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública

También en lo relativo a la gestión indirecta de los servicios sanitarios es necesario reseñar, como más atrás hemos apuntado, novedades de interés introducidas en los últimos años.

Al respecto es necesario subrayar en primer lugar que la gestión de los servicios de asistencia sanitaria pública ha venido estando presidida en España por un principio de preferencia por la gestión pública directa y una utilización tan sólo complementaria y subsidiaria de la gestión indirecta de la misma a través de la técnica del *concierto* con entidades privadas o con otras entidades públicas⁽⁶³⁾. Principio de preferencia por la gestión pública directa que queda reflejada en el tratamiento que la LGS vino a dar a las fórmulas de colaboración privada a la prestación de los servicios sanitarios, que son en realidad

(62) Recuérdese que dicho Reglamento incluía las "fundaciones públicas del servicio" entre las formas de gestión directa de los servicios públicos locales. Pero posteriormente, la LBRL de 1985 cambió la terminología al incluir la mención al "Organismo autónomo local" entre las formas de gestión directa de los servicios locales (art. 85.2), en correspondencia con la expresión usual en el ámbito estatal y autonómico. Y téngase en cuenta que el art. 3.2 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, establece la regla de que sólo podrán utilizar esta denominación las entidades inscritas en el correspondiente Registro de Fundaciones, y constituidas por tanto al amparo de dicha Ley.

(63) En la ponencia expuesta por el prof. FRANCISCO VILLAR ROJAS en el Seminario quedó subrayado esta posición secundaria de los conciertos, que a partir de los años 50 y 60 quedaron relegados a un segundo plano en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Esta relegación de la concertación de servicios se explica, a juicio del prof. VILLAR, en virtud de dos circunstancias: por un lado, el "éxito" que desde un punto de vista económico tuvo la Seguridad Social española, lo que le permitió acometer la construcción de una red propia de establecimientos sanitarios, y por otro lado, por un claro rechazo a la presencia del ánimo de lucro en la prestación de los servicios sanitarios que se manifiesta en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 (Exposición de Motivos y base 1ª, nº 1).

dos: además de los mencionados *conciertos*, los *convenios de vinculación* de hospitales (arts. 66, 67 y 90 a 94 LGS).

Pero también interesa subrayar en segundo lugar la persistente ausencia de regulación normativa de esta colaboración privada a la prestación de los servicios sanitarios materializada a través del concierto. Fórmula ésta que, pese a su notable arraigo, ha carecido en efecto de referentes normativos de alguna consistencia hasta tiempos muy recientes -situada en un terreno fronterizo entre el Derecho Administrativo y el Derecho de la Seguridad Social, no fue de hecho abordada desde la legislación administrativa ni tampoco desde la legislación de la Seguridad Social⁽⁶⁴⁾-, y sólo ha recibido un tratamiento legal de un cierto alcance con la aprobación de la LGS de 1986⁽⁶⁵⁾, y aun entonces con un limitado nivel de concreción, dadas las propias características del citado texto legal⁽⁶⁶⁾.

(64) La utilización de la técnica del concierto para la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social con "medios ajenos" se ha desarrollado tradicionalmente al margen de la legislación de contratos administrativos (a pesar de que ésta ha venido incluyendo expresamente al concierto como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos), pero ha carecido también de una regulación normativa específica al margen de aquélla.

Recuérdese al respecto que bajo la vigencia de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y la Ley General de Seguridad Social de 1974 se mantenía, con carácter general, la inaplicación de la legislación de contratos del Estado a las entidades gestoras de la Seguridad Social. Véase sobre ello lo dispuesto en el art. 43.5 de la Ley General de Seguridad Social de 1974 (que remitía al Ministerio de Trabajo la aprobación de las normas reglamentarias sobre contratación de obras, servicios y suministros por las entidades gestoras) y en la Disp. Transitoria 1ª del Reglamento de Contratos del Estado (en la que se establecía una aplicación supletoria de la legislación de contratos a las entidades gestoras de la Seguridad Social -"en defecto de sus normas administrativas especiales"- al objeto de "resolver las dudas y lagunas" que tales normas especiales pudieran contener).

Desde la perspectiva de la legislación de la Seguridad Social, debe notarse que la misma incorporaba tan sólo cláusulas generales de carácter habilitante para la utilización del concierto en la prestación de servicios sanitarios (véanse los arts. 104.3 y 209 de la Ley General de Seguridad Social de 1974 -Texto Refundido aprobado por RD 2065/1974, de 30 de mayo-) y la previsión de un desarrollo reglamentario para la determinación del régimen de los conciertos (art. 104.3, 2º párrafo, de la mencionada Ley), desarrollo reglamentario que en la práctica no existió.

(65) Como destacó el prof. VILLAR ROJAS en su completa exposición sobre la evolución del régimen de los conciertos sanitarios, sólo a partir de 1979, a propósito de la ordenación de las tarifas correspondientes a los servicios concertados, y mediante disposiciones de ínfimo rango (primero, por Circular del INSALUD y Resolución de la Secretaría de Estado para la Sanidad, y luego a través de las Ordenes del Ministerio de Sanidad que fijan anualmente las tarifas a abonar por servicios concertados) se procedió a abordar de forma fragmentaria algunos aspectos del régimen jurídico de los conciertos sanitarios.

(66) También desde la perspectiva doctrinal puede detectarse un claro vacío en relación con el tratamiento del concierto sanitario -lo que se explica quizás por su aludida situación fronteriza en la que se situaba, en una "tierra de nadie" entre el Derecho Administrativo y el de la Seguridad Social- y sólo en tiempos recientes el tema ha comen-

Pues bien, entre las novedades más significativas que se han introducido en relación con esta materia en los últimos años cabe destacar las siguientes:

A) Por lo que se refiere en primer lugar al concierto sanitario, los desarrollos recientes sobre la materia permiten deducir -al margen de la mayor y más diversificada utilización efectiva que se ha producido en la última década respecto a la anterior de esta modalidad de gestión indirecta de servicios sanitarios- su clara conceptualización como contrato administrativo integrado en el marco normativo general de la contratación pública. Marco normativo encabezado en la actualidad como es bien sabido por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁽⁶⁷⁾.

Es preciso notar no obstante que se detecta una tendencia a la formulación -dentro de ese marco normativo general- de reglas singulares en relación con el concierto sanitario, lo que se traduce en que la propia LCAP incluya disposiciones referidas específicamente a los contratos de prestación de asistencia sanitaria, dentro de la regulación del contrato de gestión de servicios públicos. Tendencia ésta que se manifestó ya con la LacP 1997, cuyo art. 72 introdujo un nuevo apartado en el art. 159.2 LCAP relativo específicamente a la prestación de la asistencia sanitaria concertada⁽⁶⁸⁾, y más recientemente se ha mani-

zado a ocupar a la doctrina. Véanse las aproximaciones de A. MENÉNDEZ REXACH, "Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario", en el vol. col. *La gestión de los servicios sanitarios. Modelos alternativos*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1995, pp. 73 y ss.; F. J. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, pp. 103 y ss. y M. CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 304 y ss.

(67) Véase al respecto lo dispuesto por el art. 95 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (RD 1/1994, de 20 de junio) -que remite a la legislación de contratos del Estado, salvo las reglas específicas que establece el propio precepto-, así como por el art. 1.3 LCAP, del que inequívocamente resulta la aplicación de la misma a las entidades gestoras de la Seguridad Social.

Por lo demás, el hecho de que la LCAP haya venido a incorporar (a partir de la modificación introducida en su art. 160.2 [159.2, en la numeración del RD Legislativo 2/2000] por la LacP 1997) previsiones expresas sobre los contratos de prestación de servicios sanitarios constituye una expresa confirmación de la aplicación a dichos conciertos del mencionado texto legal, y en particular, de las disposiciones relativas al contrato de gestión de servicios públicos.

(68) El apartado 2 del art. 159 LCAP enumera los supuestos en los que el contrato de gestión de servicios públicos puede adjudicarse por el "procedimiento negociado", sin necesidad por tanto de convocar un concurso conforme a lo previsto con carácter general por el apartado 1 de dicho art. 159. La LacP de 1997 introdujo un nuevo supuesto (párrafo f) en el que cabe utilizar el procedimiento negociado: los contratos relativos a la prestación de la asistencia sanitaria concertada con medios ajenos *derivados* de un convenio entre Administraciones públicas o de un contrato marco, "siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley".

festado en la reforma de la LCAP operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre⁽⁶⁹⁾. En virtud de estas previsiones específicas, se ha llegado a una situación en la que ha quedado muy matizada -y restringida- la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia a la concertación de servicios sanitarios⁽⁷⁰⁾.

B) En relación con la otra forma de colaboración privada contemplada en la LGS -los convenios singulares de vinculación de hospitales- se han dictado algunas normas de rango reglamentario que contemplan determinados aspectos de tales convenios singulares⁽⁷¹⁾,

(69) La Ley 53/1999 incorpora un nuevo apartado 3 en el art. 158 LCAP en virtud del cual los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria "motivada por supuestos de urgencia" y cuyo importe resulte inferior a los 2 millones de pesetas quedan excluidos de la aplicación de las reglas sobre preparación y adjudicación de los contratos que establece dicho texto legal (en su lugar, se contemplan algunas exigencias formales -ciertamente tenues- en el párrafo 2º de este apartado 3 del art. 158). Por otro lado, se ha introducido una mención expresa a los servicios sanitarios en la nueva redacción del art. 157 LCAP, relativo al plazo máximo de duración de los contratos: el párrafo c de este artículo fija ahora en diez años el plazo máximo de duración de los contratos cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios (frente a los veinticinco años que establece con carácter general el párrafo b), salvo el supuesto de que comprendan también la ejecución de obras, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en la letra a (cincuenta años de plazo máximo).

(70) De la actual redacción de la LCAP resulta que el "procedimiento negociado" tiene un amplio campo de aplicación en los contratos para la prestación de servicios sanitarios. Al margen de los supuestos en los que resulte de aplicación la letra d del art. 159.2 (presupuesto de gastos de primer establecimiento inferior a los 5 millones de pesetas -con anterioridad a la Ley 53/1999 eran 3 millones de pesetas- y plazo inferior a cinco años), hay ocasiones en los que resultará de aplicación el apartado a (servicios "respecto a los que no sea posible promover concurrencia en la oferta") puesto que en el ámbito sanitario no será infrecuente que exista *de facto* una sola entidad capaz de ofrecer determinadas prestaciones en un concreto ámbito territorial. Pero sucede además que, de acuerdo con la letra f antes citada, el procedimiento negociado puede utilizarse asimismo cuando exista previamente un contrato-marco con la correspondiente entidad, contrato-marco cuyos requisitos y contenido la Ley no precisa.

Por otro lado, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 158.3 LCAP, que introduce unas pautas de máxima flexibilidad para contratar la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia por importe inferior a dos millones de pesetas (no se aplican las disposiciones de la LCAP sobre preparación y adjudicación de los contratos, bastando en su lugar la justificación de la urgencia, la determinación del objeto de la prestación, la fijación del precio a satisfacer y la designación de la empresa contratista por el órgano de contratación).

Sobre las dificultades que plantea en la práctica la aplicación del principio de concurrencia a los contratos para la prestación de determinados servicios sanitarios y la tensión entre planificación territorial de los servicios y principio de concurrencia vid. F. VILLAR ROJAS, "La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud ¿Hacia la desregulación de la Sanidad pública?", en *Revista Derecho y Salud*, 1998, pp. 74 y ss., así como 83-85.

(71) En el ámbito estatal deben citarse las normas específicas sobre "conciertos singulares" que han venido incorporando anualmente las Ordenes Ministeriales que regulan

pero las mismas no constituyen ni mucho menos un desarrollo reglamentario general de esta forma de colaboración a la prestación de la asistencia sanitaria pública, y no alcanzan a aclarar los diversos interrogantes que se plantean ante la ambigüedad de los preceptos que la LGS decida al tema -preceptos que son por lo demás mayoritariamente de carácter supletorio⁽⁷²⁾-.

C) Pero quizás la novedad más significativa que ofrece la materia venga dada por la introducción de fórmulas de colaboración privada que no son reconducibles a las previstas por la LGS, esto es, el concierto y el convenio. Fórmulas novedosas que encuentran hoy una cobertura general en lo dispuesto por el apartado 2 del art. único de la

los servicios concertados a partir de la Orden de 12 de mayo de 1989, en la que se apuntaba el carácter experimental de estos conciertos de cara "al futuro establecimiento de una normativa general que desarrolle los artículos 66 y 67 de la Ley General de Sanidad".

Entre estas Ordenes Ministeriales, cabe mencionar, por ejemplo, la de 8 de mayo de 1997, cuyos artículos segundo y tercero establecen algunas reglas al respecto, sobre la base de una genérica habilitación al INSALUD, para suscribir "conciertos singulares con entidades públicas o privadas en los que se establezca un régimen de funcionamiento programado y coordinado con el de los centros del sector público". Entre tales reglas figura la previsión de que algunos de estos conciertos tengan "carácter sustitutorio" cuando los centros sanitarios de que se trate constituyan "una alternativa al dispositivo asistencial del Instituto Nacional de la Salud" y la expresa declaración de que los conciertos singulares tienen la condición de contrato marco a efectos de la aplicación de lo previsto en el art. 159.2.f LCAP anteriormente citado (nota 68).

En el ámbito autonómico cabe destacar lo dispuesto en Cataluña por el Decreto 169/1996, de 23 de mayo, sobre "convenios y contratos de gestión de servicios sanitarios en el ámbito del Servicio Catalán de la Salud" que expresamente incluye en su ámbito de aplicación a los convenios "con entidades titulares de hospitales integrados en la Red hospitalaria de utilización pública" (art. 1.a) y establece algunas reglas generales en relación con los mismos (arts. 1 a 11 -que establecen reglas aplicables al conjunto de los "convenios y contratos" que regula el Decreto-, y arts. 12 y 13, relativos específicamente a los convenios con hospitales integrados en la Red Hospitalaria de utilización pública).

(72) Entre estos interrogantes, cabe mencionar la propia naturaleza jurídica de los convenios singulares de vinculación. Frente a la posición expuesta en su momento por MENÉNDEZ REXACH ("Las fórmulas de gestión indirecta...", cit. pp. 87 y ss.) de que tales convenios no tendrían naturaleza contractual, sino que serían resoluciones administrativas necesitadas de aceptación -lo que supone un decisivo elemento de diferenciación entre concierto y convenio de vinculación-, F. VILLAR defendió en el Seminario la tesis que ha venido sosteniendo de que su naturaleza es la de un contrato administrativo equiparable al concierto: estaríamos según su criterio ante una modalidad específica de concierto cuya diferenciación con respecto a la figura general del concierto sanitario sería de tipo cuantitativo y no cualitativo (vid. sobre ello su trabajo *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias*, cit., pp. 103-106).

En todo caso, debe advertirse (según apuntó en su momento VILLAR ROJAS, *La responsabilidad*, p. 106) que el carácter supletorio de las disposiciones de la LGS sobre los convenios de vinculación hace que las conclusiones que se alcance a la vista de dicho texto legal pueden no coincidir con las que resulten de los diversos desarrollos normativos autonómicos que puedan dictarse sobre la materia.

Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, en virtud del cual se admite la gestión de los servicios sanitarios a través de "acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad"⁽⁷³⁾.

Los términos deliberadamente amplios de esta habilitación amparan en efecto la utilización en la Sanidad de cualquier modalidad de gestión indirecta de servicios públicos⁽⁷⁴⁾, y en particular vienen a dar cobertura a algunas experiencias novedosas que se están ensayando en determinadas Comunidades Autónomas. Me refiero concretamente a dos fórmulas de gestión indirecta de la asistencia sanitaria que no encajan ciertamente dentro de lo que han sido los esquemas tradicionales en la materia: por un lado, la contratación realizada en Cataluña con entidades de base asociativa formadas por el propio personal al servicio de la Sanidad pública que deja de formar parte de la misma y, por otro, el contrato en virtud del cual una entidad privada construye un hospital general y lo gestiona durante el plazo convenido responsabilizándose globalmente de la asistencia sanitaria especializada en el Área de Salud correspondiente -caso del hospital de Alcira en la Comunidad Valenciana-.

La primera de las fórmulas aludidas viene expresamente contemplada en la legislación catalana, concretamente en el art. 7 de la Ley 11/1995, de 29 de septiembre, de reforma de la Ley de ordenación sanitaria⁽⁷⁵⁾, en virtud del cual el Servicio Catalán de la Salud podrá

(73) El inciso final de esta cláusula "en los términos previstos en la Ley General de Sanidad" -que no figuraba en su momento en el texto del RD Ley 10/1996- no puede ser entendido, según la opinión defendida en el Seminario por F. VILLAR, en el sentido de que sólo quepan las fórmulas de colaboración contempladas en la Ley General de Sanidad -lo cual privaría de efectos a este precepto haciéndolo inútil-. A su juicio esta remisión a la LGS hay que interpretarla como exigencia de respeto, de una parte, a las normas de dicha Ley que configuran el estatuto básico del paciente -derechos y deberes de los usuarios de los servicios sanitarios- y, de otra parte, a las normas básicas que la Ley General de Sanidad contiene sobre conciertos y convenios. Vid. sobre ello F. VILLAR ROJAS, "La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión...", pp. 82-83.

(74) Resulta admisible así cualquiera de las modalidades contempladas en la LCAP dentro del contrato de gestión de servicios públicos (concesión, gestión interesada y sociedad de economía mixta, además del concierto). La propia terminología que utiliza hoy la LCAP -tras la reforma operada por la Ley 53/1999- confirma implícitamente esta posibilidad. Obsérvese en efecto, que frente a la alusión a los contratos de prestación de "asistencia sanitaria concertada" que realiza el art. 159.2.f LCAP (añadido por la LacP 1997), los preceptos introducidos por la Ley 53/1999 utilizan términos más abiertos: contratos cuyo objeto consista en "la prestación de servicios sanitarios" (art. 157.c LCAP) o "contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria" (art. 158.3 LCAP).

(75) Se trata de la Ley 15/1990, de 15 de julio, de Ordenación Sanitaria. En su versión inicial contenía ya una amplia habilitación en materia de formas de gestión de los servicios

contratar la gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios con entidades de base asociativa constituidas "totalmente o mayoritariamente por profesionales sanitarios", priorizándose a tal efecto a las entidades formadas por el propio personal del Servicio Catalán de Salud⁽⁷⁶⁾. Hay por tanto en tales supuestos una transformación de la gestión directa de la asistencia sanitaria en gestión indirecta: los médicos y demás profesionales que se acogen a esta fórmula dejan de ser personal propio al servicio de las Administraciones públicas para convertirse en contratistas de la Administración sanitaria o, más exactamente, en miembros integrantes de una entidad contratista de la Administración.

El caso aludido en segundo lugar -el hospital de Alcira- supone también una experiencia muy innovadora dentro de lo que han sido los moldes tradicionales en las formas de gestión indirecta de servicios en el ámbito sanitario. Y ello por un doble orden de razones. En primer lugar porque incluye la construcción y equipamiento por la entidad contratista de un hospital, cuya actividad se gestiona privadamente durante el plazo convenido y a cuyo término revierte en la Administración contratante: la iniciativa privada financia por tanto la construcción de una obra pública y la "explota" durante el plazo de duración del contrato (diez años, prorrogables por otros cinco) prestando los servicios correspondientes⁽⁷⁷⁾, de modo que puede decirse que estamos ante una concesión mixta de obra y servicio público⁽⁷⁸⁾. Y

sanitarios (art. 7.2), con admisión de los "acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas" (art. 7.2.2º).

(76) Vid. art. 7 de la Ley 11/1995, en virtud del cual se añade una nueva disposición adicional (la 10ª) a la Ley 15/1990. En relación con esta posibilidad, se establece que el personal del Servicio Catalán de Salud que pase a formar parte de estas entidades quedará en situación de excedencia voluntaria en el cuerpo o categoría del que formaran parte. No obstante se les reconoce -obviamente, con el objetivo de crear un marco favorable a la utilización de esta posibilidad- el derecho a reingresar en un puesto de trabajo del mismo cuerpo o categoría de origen, con el nivel que tuvieran y en la misma localidad, durante un período de tres años.

El desarrollo reglamentario de esta fórmula de gestión indirecta de servicios sanitarios se contiene en el Decreto 309/1997, de 9 de diciembre, sobre requisitos de acreditación de las entidades de base asociativa para la gestión de centros, servicios y establecimientos de atención sanitaria y sociosanitaria.

(77) El coste de la obra no se traslada sin embargo a los usuarios, sino que es la propia Administración la que se hace cargo de la misma, pues es ésta la que asume la financiación de su actividad durante el plazo del contrato, financiación que incluye la amortización de la inversión realizada por la entidad privada contratista en la construcción del hospital.

(78) Puede decirse en efecto que estamos ante una concesión de servicio público que incluye también la realización de una obra pública (reconducible a lo previsto ahora en los arts. 157.a y 158.2 LCAP), pero con la importante singularidad de que no se establecen unas tarifas a abonar por los usuarios sino que la financiación se asume por la Administración a través de una cantidad fija por persona y año.

por otro lado, el sistema de retribución del contratista difiere por completo del que ha sido habitual en la concertación de los servicios sanitarios, basada en el criterio general de pago por "acto médico" - en función por tanto de los concretos servicios o prestaciones realizadas-: para financiar la actividad del hospital de Alcira se ha establecido un sistema de "capitación", esto es, una cantidad fija por habitante y año con la que el contratista cuenta para financiar la asistencia sanitaria que requieran los beneficiarios de la misma y para amortizar la construcción del hospital⁽⁷⁹⁾.

4. Consideración de conjunto

Desde las dos perspectivas que hemos considerado pueden detectarse por tanto cambios y novedades de interés que conciernen al marco jurídico al de la gestión de los servicios sanitarios. Al igual que en el ámbito más atrás examinado de las obras públicas -tan distante y distinto en principio al de la Sanidad pública- aflora aquí la tendencia a la creación de entidades públicas instrumentales como fórmula organizativa en expansión -con una mayor o menor utilización según los casos del Derecho privado-, así como también la tendencia a un progresivo ensanchamiento y diversificación de los cauces para la colaboración de la iniciativa privada empresarial. Tendencias ambas que presentan ostensibles elementos de paralelismo con lo que vimos sucedía en el ámbito aludido de las obras públicas.

Pero desde una perspectiva de conjunto resulta necesario añadir una observación adicional a cuanto queda dicho. Sucede aquí algo que es en cierto modo análogo a lo más atrás indicado en relación con la financiación de las obras públicas (Epígrafe II. 3.B): lo nuevo no termina de sustituir a lo antiguo, sino que se añade a las fórmulas tradicionales y convive con ellas.

No puede decirse en efecto que las fórmulas novedosas constituyan un modelo generalizable que se ofrezca como alternativa global a las fórmulas tradicionales, ya sea por las dificultades que son inherentes a los procesos de transformación de lo existente o bien por las dudas sobre las ventajas que ofrecen las nuevas formas de gestión, habida cuenta de las dificultades que plantea la valoración objetiva de

(79) Véanse al respecto algunos datos referidos al momento de la convocatoria del correspondiente concurso público, insertado en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana de 25 de febrero de 1997, en VILLAR ROJAS, "La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión...", pp. 85-86. En la actualidad el hospital se encuentra en funcionamiento gestionado por una Unión Temporal de Empresas dominada por una entidad aseguradora privada del sector sanitario, pero con participación también de empresas constructoras y de Cajas de Ahorros.

su eficiencia. Así, por lo que se refiere a las nuevas formas de gestión indirecta que hemos reseñado, no puede decirse en modo alguno que se plantee su generalización, de modo que las mismas no se conciben como alternativa global respecto a la gestión directa y a las formas de gestión indirecta tradicionales⁽⁸⁰⁾. Y por lo que se refiere a las nuevas formas de personificación de los establecimientos sanitarios públicos, resulta particularmente significativo lo acontecido en el ámbito de gestión del INSALUD: frente a los planteamientos de cambio inicialmente propugnados, se ha terminado por alumbrar una fórmula -las "fundaciones públicas sanitarias"- que ofrece en realidad notables elementos de continuidad con lo existente, y no se contempla además su inmediata aplicación generalizada, sino su aplicación caso por caso en virtud de un procedimiento específico de conversión.

El resultado al que ello conduce no es otro obviamente que el de una considerable diversificación en las formas de gestión de los servicios sanitarios: hay un creciente pluralismo organizativo que tiene sin duda aspectos positivos, en la medida en que ofrece un amplio abanico de fórmulas utilizables en función de las concretas circunstancias que concurren en cada caso, pero que puede también llegar a desembocar en una situación de complejidad excesiva e innecesaria. Las formas de gestión de los servicios sanitarios han experimentado en efecto un ostensible proceso de crecimiento por acumulación a lo largo de los últimos años -con numerosas fórmulas novedosas que se añaden a las tradicionales-⁽⁸¹⁾, pero si este proceso se mantiene de forma indefinida, podría llegarse a una situación en la que la propia pluralidad y diversidad de las fórmulas utilizadas se convierta en un

(80) La utilización en Cataluña de la contratación con entidades de base asociativa entre médicos ha tenido un alcance limitado a determinados centros de atención primaria y no se plantea su generalización ni siquiera en éste ámbito de la atención primaria. Y menos todavía puede decirse que se plantee la generalización del "modelo Alcira" en la Comunidad Valenciana, dadas las propias características singulares de la situación de hecho ante la que surgió: un Área de Salud que carecía de Hospital general y que requería uno de nueva construcción.

(81) El ejemplo que ofrece los desarrollos experimentados por la Sanidad catalana en los últimos años, evolucionando hacia una gran variedad en las formas de gestión -tanto en lo relativo a las formas de gestión directa como indirecta- constituye sin duda un ejemplo ilustrativo al respecto. Y por lo que se refiere al ámbito de gestión del INSALUD, resulta obvio el efecto diferenciador en el estatus de los establecimientos sanitarios implícito en el RD 29/2000: sin perjuicio de que este Reglamento haya establecido una serie de reglas comunes aplicables a las diversas "formas de gestión", es claro que, por lo que se refiere a los centros nuevos, se ofrecen muy diversas alternativas en su configuración jurídica y, por lo que se refiere a los centros ya existentes, se contempla un período transitorio en el que van a coexistir centros convertidos en "fundaciones públicas sanitarias" con otros que mantengan el régimen actualmente vigente, período transitorio que podría incluso prolongarse indefinidamente, dado el carácter voluntario con el que se contempla esta transformación.

obstáculo para una gestión global de la Sanidad y un funcionamiento coordinado e integrado del sistema sanitario⁽⁸²⁾.

(82) El propio RD 29/2000 parece que es consciente de ese reto y formula al respecto declaraciones generales orientadas a asegurar el respeto a los principios de coordinación y cooperación (arts. 5 y 6), así como la concepción integral del sistema sanitario (art. 7).