

LA PRIVATIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS PÚBLICOS: LAS EXPERIENCIAS DE VALENCIA Y MADRID *

Francisco José Villar Rojas
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna. Tenerife

SUMARIO: 1.- Los hechos: “privatizando la gestión de servicios sanitarios públicos” . 1.1. La apuesta de Valencia: concesión de servicio público hospitalario. 1. 2. La experiencia de Madrid. a) Concesión de obra pública hospitalaria y empresa pública. b) Concesión de servicio público sanitario. 1.3 Otras iniciativas: entidades instrumentales que construyen centros sanitarios y los arriendan a la Administración. 2.- Las razones de estas iniciativas. 2.1 La demanda de nuevos centros sanitarios y de renovación de los existentes. 2.2 Los límites legales al endeudamiento público: la huida del derecho presupuestario. a) Planteamiento. b) Valoración de las concesiones sanitarias: ¿se traspasa el riesgo? 2.3 Las concesiones de servicio público: ¿un motivo ideológico? **3.- La valoración jurídica de estas experiencias e iniciativas.** 3.1 Gestión directa por ente instrumental con servicios no sanitarios concertados. 3.2 Gestión indirecta mediante contrato de gestión de servicio público, modalidad concesión. 3.3 ¿Privatización de la sanidad? No, formas y medios privados de gestión. **4.- Los equilibrios, tensiones y riesgos en estas formas de gestión de los servicios sanitarios públicos.** 4.1 Empresa pública hospitalaria: relaciones con el concesionario prestador de servicios no sanitarios (la unidad técnica de control). 4.2 La concesión de servicio público: pros y contras. **5.- Una reflexión final: de nuevo el debate sobre papel de la iniciativa privada en los servicios sanitarios públicos.**

1.- Los hechos: “privatizando la gestión de servicios sanitarios públicos”

1.1 La apuesta de Valencia: concesión de servicio público hospitalario.

La primera iniciativa de “privatización de la gestión” corresponde a la Comunidad Autónoma de Valencia con la utilización de un contrato administrativo

de gestión de servicio público, modalidad concesión, con construcción previa del centro hospitalario necesario para su prestación. Se trata del ya conocido caso del *Hospital de Alcira*.

Como es sabido, en 1997 se produjo la convocatoria pública de un contrato administrativo para la gestión de la atención sanitaria especializada del Área 10 del Servicio Valenciano de Salud, previa construcción y equipamiento del centro hospitalario necesario para prestar esa asistencia.

* Ponencia presentada en el XVII Congreso “Derecho y Salud”, celebrado en Pamplona en noviembre de 2008.

Los aspectos más relevantes de ese contrato fueron los siguientes ¹:

-Sujetos: Consejería de Sanidad (Generalidad Valenciana) y una Unión Temporal de Empresas (Adeslas, 51%, Bancaja y CAM, 45%, ACS- Dragados y Lubasa, 4%).

-Objeto:

a) La construcción del Hospital Comarcal de la Ribera, con los equipamientos necesarios (230 camas) sobre un suelo de titularidad pública con una inversión prevista de 41,45 millones de euros. Una vez concluido, previa recepción, se integra en la red pública y adquiere la condición de dominio público.

b) La prestación de los servicios de asistencia sanitaria, especializada y ambulatoria, a la población protegida del área de salud 10 del Servicio Valenciano de Salud. La gestión lo es del nuevo hospital y de dos centros de especialidades ya existentes (Sueca y Alcira). El personal del hospital lo aporta el contratista.

-Financiación: Captación de recursos en el mercado privado de capitales.

-Retribución: Se fija sobre bases capitativas, incluyendo tanto el coste de la asistencia como los de construcción y financiación del nuevo centro hospitalario, su equipamiento y mantenimiento. En el momento de adjudicación: 216 euros año por cada persona protegida, para un total de 230.000 habitantes. En el caso de la atención a pacientes de otras áreas de salud, la facturación es separada. No existe aportación directa de los usuarios o pacientes por la atención que reciban.

-Riesgo y ventura versus equilibrio económico-financiero: No se menciona el riesgo y ventura. No hay referencia expresa al equilibrio económico-financiero. El canon per capita se actualiza, anualmente, conforme al IPC. Por otra parte, el pago se produce a partir de la entrada en funcionamiento del centro hospitalario.

-Cláusula de progreso: Se establece la obligación de prestar el servicio conforme el catálogo de prestaciones sanitarias y el anteproyecto de explotación. Es responsabilidad del Servicio Valenciano de Salud asegurar la calidad asistencial.

-Potestades de la Administración: En orden a controlar la gestión y supervisar el funcionamiento del servicio, el Servicio Valenciano de Salud designa un funcionario que ejercerá esas tareas en el mismo centro.

-Duración y extinción:

a) Duración: La construcción y el equipamiento: 18 meses –plazo máximo-, la gestión del servicio: 10 años, prorrogables otros 5.

b) A su vencimiento: reversión al Servicio Valenciano de Salud. En caso de resolución anticipada: con indemnización de la amortización pendiente.

Esta iniciativa de la Comunidad Valenciana constituyó una novedad por dos motivos fundamentales: el primero, la forma de construcción a través de concesión de servicio público, habida cuenta la tradición de la Seguridad Social española de construir los centros sanitarios públicos mediante contrato de obras; y el segundo, tanto o más importante, la retribución del contratista sobre bases capitativas, no por acto médico, con la intención de evitar la prestación de asistencia sanitaria innecesaria que aquella modalidad de pago incentiva. En su momento, este contrato se presentó como ejemplo de financiación privada de obras públicas (en este caso, un hospital), aunque, en rigor, es un supuesto de financiación pública, presupuestaria, diferida, de la obra, sin pago alguno por el usuario, para quien el servicio sigue siendo “gratuito”, como lo es en cualquier centro hospitalario público.

El diseño inicial tuvo poco éxito y hubo de ser reformado. La inversión inicial pasó de 41 hasta 72 millones de euros. De 1998 a 2002, la UTE perdió 5,24 millones de euros, si bien los compensó, en parte, facturando por atención a pacientes de otras áreas de salud –en especial, partos-. En 2003, la Generalidad acordó resolver la concesión abonando a la concesionaria 67,7 millones de euros (43,99 millones por

¹ La convocatoria pública en el Diario Oficial de la Generalidad de Valencia, 2938, de 25 de febrero de 1997.

la amortización pendiente, 25,4 millones por lucro cesante). Una vez resuelto el contrato, la Administración lo convocó nuevamente con algunos cambios: se incluyó la prestación de la atención primaria –eliminando los conflictos existentes mediante la adscripción funcional de los centros de salud del área-, se elevó el precio hasta 379 euros por persona y año, se fijaron incentivos en orden a la reducción del gasto farmacéutico (hasta el 30% de los ahorros cuando el gasto sea inferior a la media de la Comunidad) y se aumentó el plazo hasta los 15 años más 5 de prórroga. La nueva concesión fue adjudicada a la misma UTE, que es la actual concesionaria del centro sanitario.

Esta modalidad de concesión de servicio público, previa construcción de centro sanitario y con retribución capitativa, se ha empleado también con los *nuevos hospitales de, Torrevieja, Denia* –con sustitución de uno preexistente y primero gestionado por una sociedad anónima en lugar de una UTE-, *Elche y Manises*² en el marco del *Plan de Infraestructuras 2005-2011* de la Comunidad Autónoma de Valencia³.

La fórmula de la concesión de servicio público se reconoce en otras Comunidades: el *Hospital de Val-*

² *Los caracteres más destacados de esta concesión son los siguientes: hospital de 241 camas; plazo de 25 meses construcción, 15 años más 5 de prórroga de gestión; precio 494,72 euros/año por persona, 139.514 habitantes. En cuanto al binomio riesgo-equilibrio económico, el pliego avanza con respecto al que rigió el Hospital de Alcira. Así con el fin de evitar la “desinversión” del centro, se impone un plan quinquenal de inversiones a lo largo de la duración de la concesión, y para evitar una reducción del esfuerzo sanitario en los pacientes atendidos por este Hospital, se establece una cláusula de revisión de precios con referencia al crecimiento anual del presupuesto sanitario de la Generalidad de Valencia –el IPC sanitario es superior al IPC ordinario-. En cuanto a la cláusula de progreso, nada se dice, si bien, se aclara que la calidad asistencial debe ser igual a la de los centros sanitarios públicos y que el incumplimiento se considera infracción grave. Por último, el seguimiento y control de la ejecución del contrato se encomienda a un “comisionado” designado por la Consejería de Sanidad. La convocatoria del Hospital de Manises en el Diario Oficial Generalidad Valenciana, 5242, de 20 de abril de 2006.*

³ *Una descripción de las singularidades de estos nuevos contratos concesionales en: L.F. Campoy Domene y J.Santacreu i Bonjoch, “La colaboración público-privada en el Sistema Nacional de Salud, El caso especial del modelo valenciano a propósito de la concesión de Denia”, Revista de Administración Sanitaria, 2008, 6 (2) págs. 297 a 321.*

demoro en Madrid –del que se hablará más adelante- y la construcción de varios centros de salud en Cataluña⁴.

1.2 La experiencia de Madrid.

a) Concesión de obra pública hospitalaria y empresa pública.

El programa de construcción de centros sanitarios de la Comunidad de Madrid se articula sobre tres mecanismos jurídicos diferenciados: la concesión de obra pública, la empresa pública hospitalaria y la concesión de servicio público.

El proceso se inicia con el Plan de Infraestructuras Sanitarias 2004-2007 de esa Comunidad. En 2004, el Gobierno autonómico promovió la construcción de siete hospitales en régimen de concesión de obra pública. Se trata de los *hospitales comarcales de Parla, San Sebastián de los Reyes, Arganda del Rey, Coslada, Aranjuez, Vallecas y Puerta de Hierro* (Majadahonda).

El régimen jurídico de estos contratos fue prácticamente el mismo. A los efectos de presentar sus notas esenciales se toma como referencia la convocatoria, pliego y adjudicación del hospital de Coslada⁵. Sus caracteres principales eran los siguientes:

-Sujetos: Consejería de Sanidad (Comunidad de Madrid) y Unión Temporal de Empresas (Sacyr, S.A., Testa Inmuebles en Renta, S.A. y Valoriza Facilities, SAU), que se debe constituir en sociedad anónima, quedando sujetos los cambios accionariales a control administrativo previo, incluida la pignoración de acciones como garantía financiera.

-Objeto:

⁴ *Es el caso del contrato de gestión de servicio, con obra de ampliación, del servicio de atención primaria del ámbito del Área Básica de Salud de Montserrat (duración: obras y equipamiento 1 año, gestión 10 años; población a atender: 20.167 habitantes; retribución máxima 3 millones de euros). Convocatoria del concurso en Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, 4593, de 15 de marzo de 2006.*

⁵ *La convocatoria del concurso, con síntesis del pliego y remisión al mismo, se publicó en el B.O.E. 18, de 21 de enero de 2005, la adjudicación en B.O.E. 151, de 25 de junio de 2005.*

a) La redacción del proyecto, construcción y explotación de la obra del Hospital de Coslada (239 camas, cobertura 158.000 habitantes, inversión 65,7 millones euros).

b) La “explotación de la obra”, consiste en poner a disposición de la Administración sanitaria el inmueble y el equipamiento no sanitario – lo que incluye su mantenimiento-, la prestación de servicios residenciales y complementarios no sanitarios (lavandería, catering, limpieza, vigilancia...) y la prestación de los servicios comerciales (cafetería, tiendas, aparcamiento).

c) En ningún caso, la explotación abarca los servicios médico-sanitarios; tampoco el equipamiento de alta tecnología, ni las tecnologías de la información.

-Financiación: Captación de recursos en el mercado privado de capitales. El derecho del concesionario a una retribución se considera activo susceptible de cederse, pignorar, titulizarse o integrarse en fondos de titulización, previa autorización de la Administración.

-Retribución: Formada por las cantidades a pagar por la Administración y por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial. Los usuarios de los servicios médicos no pagan.

En particular, las cantidades a pagar por la Administración tienen la siguiente estructura:

-Cantidad máxima anual (ofertada por el concesionario): 14,9 millones de euros por año).

Se basa en la ocupación media anual de las instalaciones del 85%, medido en camas ocupadas por paciente y día, y la plena disposición de la totalidad de los servicios a utilizar por la Administración, medidos de acuerdo con parámetros objetivos de calidad y disponibilidad, fijados en el pliego, para un periodo de 24 horas al día, 365 días al año.

-Esa cantidad tiene dos apartados: cantidad fija anual y cantidad variable anual.

-La cantidad fija anual no puede superar el 40% de la cantidad máxima anual ofertada. La cantidad variable anual es la cuantía máxima restante para el supuesto de cumplimiento de to-

dos los estándares de calidad establecidos (los licitadores ofertarán una tarifa anual a tanto alzado para cada uno de los servicios ofertados).

-Riesgo y ventura versus equilibrio económico-financiero: La obra se construye y “explota” a riesgo y ventura del concesionario; si bien moderada en el caso de la obra y de los servicios complementarios – la parte fija de la retribución, más supuestos de revisión equilibrio ordinarios-. El riesgo no tiene exclusiones ni genera derecho a compensación en tres casos: la explotación de las zonas comerciales, el nivel de demanda de los usuarios –más o menos consultas e ingresos- y el aumento, supresión, reducción o modificación de los servicios médicos que sirvan la zona.

-Cláusula de progreso: Se establece la cláusula de progreso técnico, debiendo la sociedad concesionaria mantener y explotar la obra pública (inmueble, equipamientos y servicios no médicos) de conformidad con lo que en cada momento y según el progreso de la ciencia disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad.

-Potestades Administración: En orden a la monitorización, control y evaluación de todos los servicios, la Administración crea una *Unidad Técnica de Control* que opera en el centro hospitalario.

-Duración y extinción:

a) Duración: 30 años, incluidos 18 meses para la construcción, salvo que el concesionario ofertase un plazo menor. Este plazo es prorrogable hasta el máximo legal (40 años).

b) En el momento de extinción (2035) se producirá la reversión de la obra pública y zonas complementarias a la Administración sanitaria.

Una vez concluidas las obras, estos hospitales comarcales entraron en funcionamiento en septiembre de 2008.

En orden a su funcionamiento, en particular para resolver la gestión de los servicios sanitarios, el legislador autonómico procedió a crear otras tantas empresas públicas encargadas de la gestión de cada uno de esos centros y de las relaciones con los concesionarios, proveedores de servicios no sanitarios. En

concreto, el legislador dispuso la creación de las Empresas Públicas: *Hospital del Sur* (Parla, denominado “*Infanta Cristina*”), *Hospital del Norte* (San Sebastián de los Reyes, “*Infanta Sofía*”), *Hospital del Sureste* (Arganda), *Hospital del Henares* (Coslada), *Hospital del Tajo* (Aranjuez) y *Hospital de Vallecas* (Vallecas, “*Infanta Leonor*”) ⁶. Tan sólo se exceptúa el Hospital Puerta de Hierro (Majadahonda), que mantiene el régimen tradicional.

En todos los casos, se trata de empresas públicas modalidad entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar, patrimonio propio, que se rigen por sus normas especiales y por la legislación que les sea aplicable –el tipo de entidad instrumental que en la legislación estatal se transformó en entidad pública empresarial-. Su régimen jurídico básico se contiene en sus respectivos Estatutos ⁷. Como es habitual en el caso de entidades públicas instrumentales, la relación de estas empresas con la Administración matriz -el Servicio Madrileño de Salud- se articula a través de un contrato-programa ⁸.

El nuevo *Plan de Infraestructuras Sanitarias 2007-2011* de la Comunidad de Madrid prevé seguir empleando la fórmula de la concesión de obra pública con nuevas actuaciones. En este caso, la renovación y rehabilitación de 7 hospitales públicos, entre ellos, *Gregorio Marañón*, *Ramón y Cajal*, *Hospital de Móstoles*, *La Paz* y el *Doce de Octubre*. Las empresas que resulten concesionarias deberán abordar las obras de renovación completa de esos establecimientos sanitarios y, como contraprestación, recibirán la explotación de los servicios no sanitarios de esos centros hospitalarios.

⁶ Artículo 12 de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

⁷ Aprobados, respectivamente, en la misma fecha, por Decreto 111/2007, de 2 de agosto, Estatutos de la Empresa Pública Hospital del Sur (B.O.C.M. 10 de agosto de 2007), Decreto 112/2007, Hospital del Norte, Decreto 113/2007, Hospital del Sureste, Decreto 114/2007, Hospital del Henares, Decreto 115/2007, Hospital del Tajo, Decreto 116/2007, Hospital de Vallecas.

⁸ Contrato sanitario en la terminología del artículo 69 la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

A partir de la iniciativa de la Comunidad de Madrid, la concesión de obra pública se ha extendido a otras Comunidades para la construcción de centros sanitarios: el *Hospital de Burgos* en Castilla y León ⁹, el *Hospital Son Dureta* en Baleares ¹⁰, la ampliación parcial del *Hospital Virgen del Rocío* ¹¹ y el nuevo edificio hospitalización del *Hospital Costa del Sol* de Marbella ¹², ambos en Andalucía. Se anuncia su empleo por otras Administraciones Sanitarias –es el caso del futuro *Hospital de Ibiza*, en Baleares-.

b) Concesión de servicio público hospitalario.

La otra fórmula utilizada por la Comunidad de Madrid para la construcción y prestación de servicios sanitarios es la concesión de servicio público. Ya, en 2004, el Gobierno autonómico decidió que uno de ellos, el *Hospital de Valdemoro* (denominado “In-

⁹ Fue adjudicado a una agrupación empresarial, con presencia de cajas de ahorro, constructoras y entidades financieras, mediante resolución incluida en el B.O.E. 94, de 20 de abril de 2006. El objeto es la construcción de un hospital de 678 camas, con una duración de 30 años, y una retribución anual a la concesionaria superior a 38 millones de euros –con criterios correctores según calidad y disponibilidad ya estudiados-.

¹⁰ Presupuesto de licitación: 779 millones/euros; retribución: canon preestablecido y canon variable. Del pliego de cláusulas administrativas es preciso destacar los siguientes aspectos: su objeto incluye los servicios no sanitarios y comerciales, el equipamiento del establecimiento y, a diferencia de los centros de la Comunidad de Madrid, los sistemas informáticos (TICs); se admiten todas las modalidades privadas de financiación previstas por el legislador; igualmente, en cuanto al riesgo concesional, se formula la declaración general, pero se precisa el derecho al equilibrio económico-financiero en los casos de *ius variandi*, fuerza mayor, modificación de las prescripciones técnicas, cuando los rendimientos vinculados con los servicios no clínicos no alcancen o superen los umbrales máximo y mínimos considerados en la oferta y, además, cuando la tasa interna de retorno exceda de la fijada por el concesionario en su oferta –en este caso, la Administración tendrá derecho al 20% de ese exceso-; se insiste en la obligación del concesionario de actualizar el equipamiento de acuerdo con el progreso de la técnica; por último, se crea una unidad de supervisión y control para vigilar el cumplimiento del contrato. La convocatoria se publicó en B.O.E. 276, de 18 de noviembre de 2005.

¹¹ Su objeto es complejo: construcción de un centro de investigación biomédica, aparcamiento subterráneo e infraestructura complementaria, con explotación parcial de estas infraestructuras (las no sanitarias). La convocatoria se publicó en B.O.E. 103, de 1 de mayo de 2006.

¹² La convocatoria se publicó en B.O.E. 61, de 12 de marzo de 2007.

fanta Elena”), quedara sometido a este régimen contractual -a imagen de la experiencia valenciana con el Hospital de Alcira-¹³.

Ahora, en 2008, en orden al desarrollo de actuaciones incluidas en el Plan de Infraestructuras Sanitarias 2007-2011, se prevé la construcción y explotación mediante concesión de servicio público de cuatro nuevos hospitales comarcales: *Collado Villalba*, *Torrejón de Ardóz*, *Móstoles* y *Carabanchel*. Inicialmente, ninguno de estos hospitales asumirá la atención primaria del ámbito en el que operen. La diferencia más destacada con respecto al régimen del Hospital de Valdemoro es la retribución: la Administración abonará una cantidad per cápita por usuario protegido y, además, un canon por los servicios no sanitarios prestados y la instalación construida¹⁴.

En el caso de la Comunidad de Madrid, el plan de infraestructuras para 2007-2011 prevé 55 nuevos centros de salud, sin que, en el momento en que se cierra este trabajo, se haya hecho público cuál sea la fórmula para su construcción y puesta en funcionamiento.

1.3 Otras iniciativas: entidades instrumentales que construyen centros sanitarios y los arriendan a la Administración.

Aun centradas estas líneas en las iniciativas de Valencia y Madrid, una adecuada valoración de las mismas pasa por poder situarlas en el marco más general de la búsqueda por las distintas Administraciones Sanitarias de fórmulas no tradicionales para la construcción y puesta en funcionamiento de hospitales y otros centros sanitarios.

En este sentido, las experiencias descritas son coetáneas de los supuestos en los que la Comunidad

Autónoma crea una entidad interpuesta, pública o privada, que se sitúa entre la Administración sanitaria y el contratista encargado de la construcción del centro, asumiendo aquel ente la condición de arrendador y la Administración la de arrendataria. Dicho de otro modo, esas empresas primero construyen y luego arriendan los inmuebles a la Administración sanitaria correspondiente para que éstas presten servicios asistenciales, conservando, en casi todos los supuestos, la titularidad de los mismos hasta la reversión.

Es el caso de la empresa pública regional “*Gestora de Infraestructuras Sanitarias de la Región de Murcia, S.A.*” (GISCARMSA), creada por Decreto 129/2004, de 17 de diciembre. El 24 de febrero de 2005, esta empresa suscribió un convenio-marco de colaboración con la Consejería de Sanidad para la construcción del nuevo *Hospital de Cartagena*. A la conclusión de las obras, ambas partes se comprometen a suscribir un convenio específico de arrendamiento operativo, en virtud del cual la empresa pública conserva la titularidad del hospital, que arrienda a la Comunidad Autónoma a cambio de una remuneración por su utilización y prestación de servicios¹⁵.

Otro supuesto es la empresa “*Sanitat Integral del Baix Llobregat, S.L.*”, empresa pública dependiente del Consorcio Sanitario Integral (Servicio Catalán de la Salud, Instituto Catalán de la Salud, Cruz Roja, Ayuntamientos de Sant Joan Despí y L’Hospitalet, y el Consejo Comarcal de Baix Llobregat). En orden a la construcción del nuevo *Hospital Comarcal del Baix Llobregat*, esta empresa ha convocado y adjudicado por cuenta del citado Consorcio un contrato que tiene por objeto las obras e instalaciones de ese hospital, el mantenimiento y reposición, la construcción de un aparcamiento anexo, la financiación de las obras e instalaciones, y la prestación de algunos servicios no sanitarios –suministros de agua, gas natural, electricidad, televisión y telefonía para las habitaciones-. El nuevo centro cuenta con 238 camas, una inversión inicial de 54 millones de euros, y una vigencia de 30 años, durante los cuales la UTE adjudica-

¹³ Los datos básicos para la concesión del Hospital de Valdemoro: 133 camas, concesionario obligado a constituirse en sociedad anónima, 30 años de duración, retribución: 330 euros/año por persona (76.492 habitantes). La convocatoria en *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, 189, de 10 de agosto de 2005, la adjudicación en *B.O.E.* 40, de 16 de febrero de 2006.

¹⁴ Estos datos se extraen de dos referencias de prensa: “Madrid. Un poco de luz sobre el plan de infraestructuras 2007-2011”, *Diario Médico*, 24/09/2008, y “Aguirre extiende la privatización a los cuatro grandes hospitales públicos”, *El País*, 24/09/2008., ambas en el mismo sentido.

¹⁵ Referencias en *B.O. Región de Murcia*, 65, de 18 de marzo de 2005, y en el *B.O.E.* 54, de 4 de marzo de 2005.

cataria percibirá un canon de la sociedad contratante¹⁶.

Igualmente, “*Servicios Hospitalarios Generales, S.L.*” (SHG), que depende del grupo de empresas públicas dirigido por Instituto de Finanzas de Castilla-La Mancha, que tiene el encargo de construir el nuevo *Hospital de Toledo*. La obra se ejecutó mediante un contrato llave en mano-. Una vez concluida y entregado el inmueble, esa empresa lo pone a disposición del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, mediante un contrato de alquiler por 36 años, en donde mantiene la propiedad, asumiendo el mantenimiento del inmueble en unos determinados parámetros de calidad y la prestación de servicios no sanitarios¹⁷.

En esta mismo bloque de iniciativas debe situarse la empresa pública “*Gestión de Infraestructuras Sanitarias del Principado de Asturias, S.A.*” (GIS-PASA), convocante de concurso para la contratación de las obras de construcción del nuevo *Hospital Universitario Central de Asturias*¹⁸, así como del nuevo *Hospital de Mieres*. Al mismo modelo organizativo responde la labor de la empresa: “*Gestión de Infraestructuras Sanitarias de Cantabria, S.L.*”, en relación, entre otros, con el *Hospital de Tres Mares* de Reinosa y diversos centros de salud¹⁹.

El más reciente, aunque seguro que no el último caso, es la empresa gallega “*Galaria, Empresa Pública de Servicios Sanitarios, S.A.*”, creada a partir del Instituto Gallego de Medicina Técnica, S.A. (Medtec), a la que sustituye, que tiene como objeto social el desarrollo, ejecución y explotación de infraestructuras sanitarias, así como la prestación de servicios sanitarios, bien por si misma, bien mediante filiales o participando en sociedades de objeto análogo, bien mediante cualquier otra fórmula admitida en derecho²⁰. El motivo de su creación es el desarrollo de las

actuaciones previstas en el *Plan Director de Infraestructuras Sanitarias para Galicia 2008-2013*, que incluye los nuevos hospitales de *Vigo* y de *Lugo*²¹.

2.- Las razones de estas iniciativas.

2.1 La demanda de nuevos centros sanitarios y de renovación de los existentes (los planes de infraestructuras).

¿Por qué las Administraciones sanitarias de Valencia y Madrid han “descubierto” las concesiones como fórmula para la construcción, renovación y puesta en funcionamiento de centros sanitarios hospitalarios? ¿Por qué han buscado la colaboración público-privada? ¿Por qué no han acudido a la vía

²¹ *La expansión de esta fórmula trae causa de un primer pronunciamiento de Eurostat en el que aceptó que esta clase actuación no computaba como endeudamiento en las cuentas de la Administración territorial. Era el caso de una empresa pública a la que el Gobierno austríaco traspasó la propiedad y el mantenimiento de un buen número de edificios públicos para su arrendamiento a la Administración pública a cambio de un precio que se fija en condiciones de mercado. Es la Decisión de 31 de enero de 2002 de Eurostat en el caso “BIG”. En este pronunciamiento consideró que esa empresa merece la consideración de una unidad institucional pública, con autonomía de gestión y cuentas propias, que realiza una actividad orientada al mercado -regla del 50% de ingresos a precios económicamente significativos-. Este es el precedente que se esgrime como amparo de este modo de construir toda clase de infraestructuras públicas y, en particular, centros sanitarios. Pues bien, lo cierto es que esa referencia no sirve para los casos descritos. Con independencia de otras consideraciones, el criterio contable no se cumple: es preciso que, al menos, el 50% de los ingresos de estas sociedades procedan del mercado o “a precios de mercado”, no de transferencias de la Administración, ni de tarifas tasadas; algo de imposible prueba puesto que, cuando se adjudica la obra y arrendamiento a la sociedad, no es reconocible mercado de obras y arrendamiento que pueda funcionar como referencia. Por otra parte, es complicado aceptar “condiciones de mercado”, cuando esos bienes resultan inembargables, la reversión es automática, y ninguna capacidad de decisión sobre su uso o disposición conserva la sociedad “arrendadora”. Además, la técnica del levantamiento del velo pone de manifiesto el carácter público de estas entidades, así como el carácter instrumental del vínculo jurídico existente, lo que hace imposible compatir que esa relación sea un arrendamiento, menos aún que los bienes pertenecen a una entidad pública distinta y que, realmente, se produzca un arrendamiento operativo. El carácter instrumental se impone. Se trata de un nuevo ejemplo de “medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración” –hoy regulado por el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público-. No hay riesgo real alguno; no más que los que recaen sobre una Administración sanitaria territorial.*

¹⁶ Datos aparecen en B.O.E., 294, de 7 de diciembre de 2004.

¹⁷ Datos se encuentran en página web: www.sescam.jccm.es..

¹⁸ Referencias en B.O.E. 40, 15 de febrero de 2007.

¹⁹ Referencias en B.O.E. 47, 23 de febrero de 2007.

²⁰ Creada por Decreto 209/2008, de 28 de agosto, por el que se modifica la denominación y los Estatutos del Instituto Gallego de Medicina Técnica, S.A. (D.O.G. 182, 19 de septiembre de 2008).

tradicional del contrato administrativo de obra pública? ¿Por qué construir más hospitales y centros sanitarios si, según se insiste, el crecimiento del gasto sanitario es el primer problema de la sanidad pública?

22

El estudio de la evolución del gasto sanitario evidencia que cuanto más rica es una sociedad, más recursos dedica a la asistencia sanitaria. Los ciudadanos demandan más y mejor atención, y, como parte de la misma, una mayor cercanía de los centros y establecimientos sanitario. Esto se traduce en la construcción de centros más cercanos a los lugares de residencia –buena parte de los hospitales objeto de concesiones son comarcales, el número de camas lo indica-. A esta demanda han respondido las Administraciones Sanitarias autonómicas con planes de construcción de infraestructuras hospitalarias por importe superior a 10.000 millones de euros en los próximos años. A modo de referencia: Madrid: 2004-2007, 1.200 millones (renovado por otro para 2008-2011); Valencia: 2005-2008, 1.100 millones (ampliado hasta 2011); Cataluña: 2004-2012, 4.200 millones; y Galicia 2008-2013, 1300 millones. El problema se encuentra en cómo financiar y construir estos nuevos establecimientos sanitarios.

La vía ordinaria y tradicional es la ejecución mediante contrato administrativo de obras con cargo a fondos públicos presupuestarios, en su caso, con incremento de la deuda pública, sin aumento expreso de la carga tributaria sobre los ciudadanos. De hecho, como se destacó, las mismas Comunidades han puesto en marcha en paralelo la construcción de hospitales en la forma tradicional (en el caso de Valencia, los *hospitales de La Fe, Liria y Gandía*). Otras Comunidades mantienen el régimen tradicional (*Hospital de Badajoz*, Extremadura, y *Hospitales Norte y*

²² Se expone a continuación una síntesis de la explicación más detallada de las razones que llevan hacia las concesiones realizada en F.J. Villar Rojas, “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, en particular, páginas 150 a 173. Un excelente repaso de las distintas modalidades admitidas en nuestro ordenamiento: L.Míguez Macho, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, 175, 2008, págs. 157 a 215.

Sur de Tenerife, Canarias). La colaboración privada, vía conciertos sanitarios, quedó siempre relegada a la prestación de servicios.

Lo cierto es que, en los últimos años, para seguir este camino es preciso hacer frente a algunas exigencias legales que, en algún caso, son insalvables.

2.2 Los límites legales al endeudamiento público: la huida del derecho presupuestario –no se considera ninguna otra modalidad de construcción–.

a) Planteamiento.

¿Por qué acudir a fórmulas concesionales? ¿Por qué se buscan variantes de “colaboración público-privada”? En particular, ¿por qué la concesión de obra pública? La respuesta se encuentra en las limitaciones legales sobre el gasto público y, en especial, sobre el nivel de déficit público y de endeudamiento de las Administraciones.

La clave se encuentra en el artículo 104 del Tratado de la Unión Europea: “*Los Estados miembros evitarán déficit públicos excesivos*”. En relación con este mandato, el apartado 2 del mismo artículo en relación con el protocolo 20 del Tratado fijó la proporción entre producto interior bruto y déficit público en el 3% y, además, la relación entre la deuda pública y el producto interior bruto en el 60%. Estos son los parámetros de estabilidad presupuestaria para los Estados miembros ²³. La construcción y financiación de nuevas obras públicas debe ser valorada en relación con las limitaciones de endeudamiento que resulten de aplicación, teniendo en cuenta que la construcción mediante contrato de obra es una inversión con recursos públicos que constituye deuda para la

²³ En desarrollo de estos preceptos, en orden a fijar conceptos y criterios contables uniformes, el Consejo aprobó varias disposiciones normativas; en concreto, los Reglamentos (CEE): 3605/93, sobre el procedimiento de aplicación del protocolo en caso de déficit excesivo, 2223/96, sobre el sistema de cuentas nacionales y regionales (también conocido como Reglamento SEC-95), 1466/97, sobre aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, y 1467/97, de supervisión de situaciones presupuestarias y programas de estabilidad y planes de convergencia. De esta regulación trae causa en España: el R.D.-Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior.

Administración pública. En consecuencia, si, pese a todo, el límite de endeudamiento no es superado, la ejecución es viable; pero si, por el contrario, lo supera, entonces la obra no puede ser abordada; y, o bien se olvida, o bien se buscan formas de financiación que no computen como deuda de la Administración – si es que existen-.

Como es conocido, esa normativa gira en torno al concepto de deuda pública y, a su vez, las obligaciones que merecen esa calificación. Las categorías a considerar son las siguientes:

a) La deuda pública es el valor nominal total de las obligaciones brutas del sector Administraciones públicas pendientes a final de año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector Administraciones (artículo 1.5 del Reglamento 3605/93).

b) La deuda pública está integrada por las obligaciones de las Administraciones en las siguientes categorías: a) efectivo y depósitos (AF.2), b) títulos que no sean acciones, con exclusión de productos financieros derivados (AF.33), y préstamos (AF.4), conforme a las definiciones del SEC-95 (artículo 1.5 citado en relación con el Reglamento 2223/1996, conocido como SEC-95).

c) Los préstamos son activos financieros creados cuando los acreedores prestan a los deudores, bien directamente, bien a través de agente, que no están materializados en documentos no negociables o no están materializados en documento alguno, que se caracterizan porque las condiciones las fijan instituciones financieras o se negocian con ellas, la iniciativa de realizar el préstamo la toma el prestatario, y el préstamo es una deuda incondicional para el acreedor que debe reembolsar a su vencimiento y que devenga intereses (AF.4, apartados 5.69 y 5.70, Reglamento 2223/96).

d) Dentro de la categoría de los préstamos se incluyen los acuerdos de arrendamiento financiero -no el arrendamiento operativo- y de compras

a plazos (AF.4, apartado 5.81, letra g, Reglamento 2223/96).

e) El arrendamiento financiero es aquella modalidad en la que el arrendador compra el bien y el arrendatario le paga un alquiler con el que aquél recupera la totalidad, o la práctica totalidad, de los costes e intereses, siendo superior el reembolso del préstamo que el valor de los servicios prestados (alquiler), con lo que se entiende que el arrendador le concede un préstamo al arrendatario igual al valor de adquisición del activo, que debe ser contabilizado desde el primer momento. En cambio, el arrendamiento operativo de bienes, que se mide por el valor del alquiler por el uso, no es un sistema de financiar la adquisición de un activo, de modo que sólo se contabilizan los pagos, no el valor del bien. Lo ordinario además, en esta segunda modalidad, es que el arrendador asuma la responsabilidad de las reparaciones y el mantenimiento, algo que no ocurre en la primera (Anexo II, definiciones, del Reglamento 2223/96).

Lo relevante, más allá de los conceptos expuestos, es que la naturaleza de los acuerdos y operaciones de cesión y alquiler de bienes determina su cómputo o no como deuda pública. Si es arrendamiento financiero se incluye; en cambio, si merece la calificación de arrendamiento operativo no se computa. Como tantos otros conceptos y categorías comunitarios (organismo público, poder adjudicador), esta calificación es funcional o material, no formal, ni subjetiva (introducción del Reglamento 2223/96).

El carácter material, unido a la propia complejidad de los contratos de financiación y explotación de infraestructuras públicas, han llevado a que la Comisión Europea (Eurostat) explicara los criterios de aplicación de esta normativa en el anexo IV del denominado “*Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*”²⁴.

²⁴ *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*, Eurostat, Oficina Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2ª ed., 2002 (1ª, 2000, 156 págs), 249 págs., parte IV, págs. 163 a 200. El apartado 4.2 fue objeto de nueva redacción a raíz de la Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004, en la que se fijan los principios sobre la financiación de inversiones en los su-

A los limitados efectos de esta exposición, interesa destacar que ese documento diferencia dos situaciones.

La primera es aquella en la que el coste de la obra se financia íntegramente con cargo a tarifas pagadas por los usuarios (sea por el uso, sea por la explotación de los servicios comerciales). En este caso, la obra no tiene que computarse en el balance de la Administración porque no tiene impacto ni en el déficit ni en el endeudamiento. Y ello, aunque pueda haber un compromiso, incluso una obligación, de la Administración pública de hacerse con el bien al concluir el contrato (la cláusula reversional), siempre que lo sea de modo gratuito o a precio de mercado (retribuir la amortización pendiente).

La segunda es aquella en la que el concesionario construye y explota el bien y, a cambio, recibe pagos de la Administración concesionaria, incluso cuando ésta presta los servicios fundamentales y el empresario se encarga de los complementarios y comerciales. En este caso, la valoración de la operación depende de quien asuma el riesgo derivado de la propiedad del bien y en qué grado. Si lo asume el concesionario, no se genera déficit a la Administración, siempre que los pagos no sean fijos ni estén garantizados a priori, de modo que el “*riesgo y ventura*” recaiga sobre el empresario, mientras la Administración sólo paga por lo que efectivamente recibe en las condiciones convencionales (se trataría de un arrendamiento operativo). De lo contrario, si el riesgo lo asume la Administración, el importe de la obra debe computarse como deuda de la misma –incluirse en su balance– y por tanto genera déficit público (se trataría de un arrendamiento financiero).

En suma, el elemento que determina la inclinación de la balanza es el riesgo. Existen algunos criterios para evaluarlo, que se describen a continuación. No obstante, en última instancia, la calificación definitiva depende del análisis de reparto de riesgos de

cada contrato. La realidad negocial se impone sobre cualquier consideración predeterminada.

b) Valoración de las concesiones sanitarias: ¿se traspa el riesgo?

El concepto *riesgo* es de difícil concreción, mucho más para establecer reglas o principios generales. Aun así, la Comisión Europea (Eurostat) ha formulado una definición que identifica tres clases de riesgo:

1) *Riesgo de construcción*, que abarca la inversión en la obra y su coste financiero –variación mercados capitales–, retrasos en la entrega, riesgos medioambientales, deficiencias técnicas de proyecto o de ejecución, existencia o no de cláusulas penales por demora, responsabilidad por daños a terceros.

2) *Riesgo de disponibilidad*, que se refiere a la calidad del servicio, y que incluye la no entrega de las instalaciones o de la calidad contratada, el incumplimiento de parámetros o requerimientos que hayan sido pactados, el ofrecimiento de menos servicios o de capacidad de prestación de los establecidos en el contrato y los pliegos.

3) *Riesgo de demanda o frecuentación*, que alude a la variabilidad de la demanda, tanto del número de usuarios, como de los servicios demandados, o de ambos.

Pues bien, de acuerdo con las normas señaladas, los bienes a que se refieran los contratos merecen la consideración de activos privados cuando el contratista o concesionario asuma el riesgo de construcción y, al menos, otro de los riesgos mencionados, el de disponibilidad o el de demanda. En caso contrario, el activo debe ser contabilizado como bien público, con independencia de su situación jurídico-formal.

Es preciso proyectar esos criterios sobre las concesiones hospitalarias estudiadas.

En cuanto al tipo de modalidad de colaboración según quien sea el pagador del servicio, en las dos modalidades concesionales utilizadas para la construcción de centros sanitarios, el único pagador es la Administración. Los usuarios-pacientes no pagan cantidad alguna por las prestaciones que reciben, más allá de los servicios comerciales y complementarios –

puestos de colaboración público-privado, del que resultó el documento titulado: “Long term contracts between government units and non government partners (public-private partnerships)” (Comisión Europea, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2004, 26 págs).

aparcamientos-. Este es el motivo de que se califiquen estas concesiones como “peaje en sombra”, porque el usuario no paga contraprestación por el servicio. Esta realidad condiciona el análisis de los riesgos.

En cuanto al *riesgo de inversión* –de construcción-, no se producen pagos hasta la entrega de la obra; por lo tanto, se asumen los riesgos inherentes al coste de la financiación privada de la misma y los que puedan derivar de la mora en la ejecución, de las deficiencias técnicas del proyecto y ejecución, y de los daños que puedan causarse a terceros. No obstante, como en cualquier contrato de obras públicas, el contratista tiene derecho al equilibrio económico-financiero, ordinario, a través de la revisión de precios y, de modo excepcional, en los casos de fuerza mayor. En el caso de las concesiones de obra pública, se suma la posibilidad de obtener financiación sobre los derechos de cobro futuros. A todo esto debe añadirse que, aun antes de su conclusión, el bien a construir se encuentra afecto al servicio público al que se destinará. Y, además, en todos los supuestos, los bienes revertirán a la Administración. Pese a todo, esta clase de riesgo concurre.

En relación con las *otras de las modalidades de riesgo* –sea disponibilidad, sea demanda-, su valoración requiere separar las dos modalidades concesionales que vienen siendo estudiadas:

-En cuanto a los *contratos de concesión de obra pública*, en relación con el riesgo de disponibilidad, las cláusulas penales trasladan una parte de riesgo al concesionario, que queda obligado a asegurar la calidad de las instalaciones y servicios no sanitarios que ofrece a la Administración. De igual modo, el riesgo de demanda existe, en la medida que el número de usuarios no se garantiza, como tampoco la eventual apertura de otros centros y establecimientos que “compitan” en prestaciones; en este sentido, la diferencia con el pago capitativo de las concesiones de servicio público es patente. Ahora bien, en modo alguno puede desconocerse que, en todos los casos, existe un pago garantizado, alrededor del 40% del precio del contrato, que se corresponde con la inversión realizada, mientras

que la cantidad restante tiene que ver con los servicios prestados²⁵. Asimismo, en todos estos contratos, se fijan unos umbrales mínimo y máximo de ingresos, que moderan el riesgo de baja frecuentación o uso del centro y de sus servicios. Y, en última instancia, la falta de garantía de demanda es formal: todas las convocatorias y pliegos se refieren a una población protegida –con tarjeta sanitaria- que será atendida. En consecuencia, el riesgo de disponibilidad y frecuentación es limitado, y, en todo caso, la inversión se encuentra garantizada a través de los pagos diferidos a lo largo de los años. La prestación de servicios no sanitarios, como la carga del mantenimiento, conservación y renovación de los inmuebles y, en algún caso, de los equipamientos, se compensa con la parte restante de la retribución pactada; en lo que no es sino un contrato de prestación de servicios a la Administración, con la singularidad, frente a otras épocas, de que todos ellos se otorgan y son atendidos por un único empresario que es el concesionario. El riesgo es el propio de esta clase de contratos.

-En el caso de la *concesión de gestión de servicio público sanitario*, el riesgo de disponibilidad y de demanda es limitado; mejor, es equivalente al que pueda existir en cualquier contrato público de servicios, como cualquier concierto sanitario. Una vez construido, el inmueble es recibido por la Administración y se incorpora al patrimonio público, si bien, en virtud del contrato, se otorga su uso y el de sus instalaciones al concesionario. A partir de entonces, el empresario cobra una cantidad capitativa por cada uno de los habitantes a los que debe atender (población protegida), cantidad a la que se suma el importe de los servicios prestados a otros pacientes por motivos de urgencia y de la que se detrae la atención prestada por otros centros sanitarios públicos, por esa misma razón, a pacientes que integran su ámbito de protección. En

²⁵ El Tesoro británico calcula que del precio total, entre el 40 y el 50% retribuye los servicios, el resto, entre el 50 y el 60%, la inversión realizada (“PFI: strengthening long-term partnerships”, HM Treasury, marzo de 2006, 122 págs, en particular, pág. 22).

orden a garantizar tanto la estabilidad del concesionario como evitar una desinversión que perjudique a esta población con respecto a la atendida en los centros de titularidad pública, los pliegos aseguran la revisión de precios con carácter ordinario y el restablecimiento del equilibrio económico-financiero en los casos en que se produzcan cambios en el contenido de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud o en las complementarias ofrecidas por el Servicio Autónomo de Salud. Se trata del clásico principio de suficiencia financiera, propio de esta clase de contratos. Nada se dice en cuanto a una disminución drástica del número de pacientes atendidos, pero parece razonable considerar aplicable la teoría del riesgo imprevisible; a fin de cuentas, tanto la cantidad anual per cápita como el número de años de concesión se calculan sobre una población protegida determinada, obligada a acudir a ese centro (artículos 15 y 17 Ley General de Sanidad, y 9 de la Ley de Cohesión y Calidad). Por otra parte, se establecen penalidades por incumplimiento de la calidad concesional, lo que sin duda representa un riesgo para el concesionario; pero no es especialmente relevante, en la medida que el número de pacientes, que es la clave determinante del precio, está garantizado. De este modo, los contratos de concesión de servicio público sanitario son una forma de construcción, financiación y gestión de centros asistenciales en los que el precio de la edificación se difiere a lo largo de varios años, integrado en los pagos por prestación de los servicios asistenciales (un contrato de obra seguido de un concierto sanitario).

Más allá del criterio contable, no puede desconocerse que todos y cada uno de estos hospitales se incorporan a una planificación territorial de los servicios sanitarios –tantas camas por tantos pacientes, tantos médicos por tantas tarjetas sanitarias-, como evidencia la asignación de grupos de población protegida a cada nuevo hospital, lo que asegura un notable grado de estabilidad en la ocupación. No existe la libertad de elección de centro sanitario. En esta situación, es inimaginable que la Administración sanitaria “abandone” cualquiera de estos centros por “*incumplimiento de los estándares de calidad*”; en el peor de

los casos, acudirá al secuestro y, en su caso, a la resolución con asunción de la gestión (el ejemplo del Hospital de Alcira es elocuente).

En resumen, el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien diferido en el tiempo. La inversión se encuentra garantizada, por mucho que se encuentre escondida en el precio total. No existe mercado de usuarios pues la población a atender se encuentra asegurada. La responsable única ante el usuario es la Administración. La obra revierte, incorporándose al patrimonio público, si no lo estaba ya desde su puesta en funcionamiento –licencia de primera ocupación-. Es cierto que el concesionario asume algunos riesgos en cuanto al mantenimiento de las instalaciones y a la calidad de los servicios que presta, pero –como se dijo en otra ocasión- esto no es más que un contrato de servicios con una modalidad de pago vinculada con el cumplimiento de unos estándares. Poco o ningún riesgo concurre en estas concesiones, ninguno a los efectos de poder desplazar la inversión hacia la contabilidad del empresario. Lo que se describe se corresponde con un arrendamiento financiero, un préstamo del concesionario a la Administración, que computa en la deuda pública de aquella. Esto puede explicar que, en el caso de las nuevas concesiones de servicio público proyectadas por la Comunidad de Madrid se pretenda diferenciar en la retribución: una cantidad “per cápita” por los servicios asistenciales –concierto- y otra –canon- por la inversión efectuada y la disponibilidad de las instalaciones. Se puede discutir sobre los límites de la deuda y el déficit público fijados por las autoridades comunitarias, incluso sobre las ventajas e inconvenientes del gasto público para promover el crecimiento económico; pero, mientras éstas sean las reglas, su cumplimiento es obligado para las Administraciones públicas.

En consecuencia, a modo de conclusión parcial, tanto los contratos de concesión de obra pública sanitaria, como las concesiones de gestión de servicios sanitarios deben ser computados en el endeudamiento de la Administración sanitaria contratante. En ninguna de esas modalidades contractuales se produce traslado real de riesgo a los gestores privados que permita evitar su consolidación en las cuentas autonómicas correspondientes.

2.3 Las concesiones de servicio público: ¿un motivo ideológico?

La legislación sobre endeudamiento público y estabilidad presupuestaria constituye la causa de la búsqueda de fórmulas concesionales, al menos, hasta la llegada de la crisis financiera de 2008. Éste y no otro es el motivo del descubrimiento de las técnicas concesionales por los responsables de los servicios sanitarios.

Es posible, también, añadir una cierta convicción ideológica en las virtudes de lo privado frente a lo público, reconocible a lo largo de la historia de la concesión de obra pública. Pero, con el riesgo que implica toda valoración de intenciones, no parece que ese fuera el factor determinante de la aceptación de la concesión como modalidad de colaboración privada en estos servicios. No cuando, tradicionalmente, la concesión se entendía inaplicable a la prestación de servicios sanitarios, por entender incompatible el ánimo de lucro del contratista (“*gestiona a riesgo y ventura*”) con la protección de la salud, entendida como utilización de todos los medios necesarios para su recuperación o conservación (“*cueste lo que cueste*”). Siempre se entendió que era una forma de gestión de servicios públicos económicos, no de servicios sociales, que carecían de contenido económico que los hiciera atractivos para el lucro mercantil, y en los que la financiación pública debía atender todas las necesidades²⁶.

No obstante, ahora, cuando la consolidación de esas inversiones en las cuentas públicas resulta ya poco discutible, el factor ideológico sí que puede esgrimirse para sustentar el que se utilice la fórmula concesional para la construcción de nuevos centros sanitarios. Siendo así, en la medida que la gestión por concesiones de servicio público trae consigo el debate sobre la privatización de la sanidad, es preciso dar un paso más y preguntarse: ¿qué son las formas de gestión descritas? ¿son supuestos de “privatización”? Si lo son: ¿qué se privatiza?

²⁶ Lo destacó A. Menéndez Rexach, “Formas de gestión de los servicios sanitarios”, en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, ob. cit. págs. 90 y 91.

3.- La valoración jurídica de estas experiencias e iniciativas.

3.1 Gestión directa por ente instrumental con servicios no sanitarios concertados –consolida deuda–.

Como quedó descrito, el que puede denominarse “*modelo madrileño de gestión sanitaria*” se resume en lo siguiente: a) la construcción de un centro hospitalario mediante un contrato de concesión de obra pública, que, una vez concluido, se retribuye mediante la suma de un canon que paga la Administración por la amortización de la inversión y por los servicios no sanitarios -que presta el concesionario- más los ingresos derivados de los servicios comerciales-que también atiende el contratista-²⁷; y b) la entrega del centro a la Administración para la prestación de los servicios sanitarios, que, en lugar de encomienda esa tarea a un hospital tradicional, lo hace a una empresa pública –entidad de derecho público- con cierta autonomía de gestión –contrato-programa, tesorería, patrimonio propio- y vocación –más bien inútil- de huir hacia el derecho privado en su funcionamiento.

En consecuencia, tras la construcción, el modelo cristaliza en la creación de un ente público instrumental encargado de la prestación de los servicios sanitarios a los pacientes que le correspondan, sin perjuicio de que el resto de los servicios sean prestados por el contratista. Siendo así, la pregunta obligada es: ¿qué clase de forma de gestión es ésta? ¿es un caso de privatización de la gestión?²⁸

²⁷ Para una explicación general de esta clase de contrato, los trabajos de A. Embid Irujo y E. Colom Piazuolo, *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, 491 págs; los artículos recogidos en R. Gómez-Ferrer Morant (Dir), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2004, págs. 752 a 820, y 1085 a 1356. 93 a 820; y A. Menéndez Menéndez (Dir), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, 555 págs. Más recientes: A. Ruiz Ojeda, *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 810 págs.

²⁸ La explicación detallada y exhaustiva de los cambios en la gestión de la sanidad producidos en los últimos años, con amplia referencia a la bibliografía que se ha ocupado de este tema, por todos: M. Domínguez Martín, *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006, 549 págs.

La prestación de un servicio público mediante su encomienda a una entidad personificada de derecho público que somete su actividad preferentemente al ordenamiento privado es una forma de gestión directa de servicios públicos²⁹. En las categorías de la legislación estatal, esta fórmula encaja con las empresas públicas, entidad de derecho público con personalidad jurídica que se somete al ordenamiento privado (artículo 6.1.b del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, derogado) y con los organismos públicos (artículo 41 y siguientes de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado). Se trata, en suma, de una de las manifestaciones del fenómeno conocido como “*huida al derecho privado*” en la gestión de los servicios sanitarios³⁰. Es una forma más de la utilización de formas jurídico-privadas para la prestación de esos servicios. No hay en ella privatización ni siquiera entendida como mero cambio hacia una forma de gestión indirecta.

Este “modelo madrileño” no es nuevo. La fórmula se emplea en otros hospitales de esa Comunidad Autónoma (*Hospital de Fuenlabrada*, 2002³¹), como antes de otras Comunidades (*Hospital de la Costa del Sol*, 1992, *Hospital de Poniente*, 1996, y *Hospital del Alto Guadalquivir*, 1999, en Andalucía, entre otros³²).

²⁹ Artículo único.1 de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión, y R.D. 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud. Más general, el cuadro del artículo 85.2.A de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local.

³⁰ Entre sus últimas manifestaciones, el uso de las fundaciones. Sobre ellas, entre otros, el trabajo de J. Socias Camacho, *Fundaciones del Sector Público. En especial en el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006, 190 págs.

³¹ Creada por artículo 18 de la Ley 13/2002, de 20 de diciembre, de medidas. Sus estatutos fueron aprobados por Decreto 196/2002, de 26 de diciembre.

³² Creadas por la disposición adicional 18ª de la Ley 4/1992, de 30 de diciembre, de Presupuestos para 1993, la empresa pública Hospital Costa del Sol (Málaga), estatutos aprobados por Decreto 88/1994, de 19 de abril; por la disposición adicional segunda de la Ley 9/1996, de 26 de diciembre, de acompañamiento de los presupuestos, la empresa pública Hospital de Poniente (Almería), siendo aprobados sus estatutos por Decreto 131/1997, de 13 de mayo; y por la Ley 11/1999, de 30 de noviembre, de la

Por más vueltas que se le de, es una forma de gestión por la Administración con sus propios medios, esto es, directa. El que la prestación de los servicios no sanitarios y comerciales la asuma una única empresa, que es la gran “novedad”, en lugar de que lo hagan varias mediante distintos contratos administrativos de servicios, como es lo ordinario en los hospitales de régimen tradicional, no afecta a la conclusión alcanzada. Sólo lo cambiaría si los servicios sanitarios fueran encomendados al concesionario, algo que no se produce.

Por otra parte, como queda explicado, esta condición de modo de gestión directa es uno de los parámetros determinantes de que la inversión de la que traen causa estos centros sanitarios deba computarse –consolidar– en las cuentas de la Administración autonómica.

3.2 Gestión indirecta mediante contrato de gestión de servicio público, modalidad concesión –no es concesión, tampoco contrato de seguro–.

El “modelo valenciano de gestión sanitaria”, al que se suman las iniciativas más recientes de la Comunidad de Madrid, consiste en la utilización del contrato administrativo de gestión de servicio público, modalidad concesión, para la construcción de un centro sanitario y, a continuación, la prestación de servicios asistenciales por el propio concesionario durante el tiempo preciso para la recuperación de la inversión más el beneficio industrial correspondiente. El paradigma, para lo bueno y para lo malo, es el Hospital de Alcira. Nuevamente, es preciso preguntarse: ¿qué clase de forma de gestión es ésta modalidad de prestación? ¿es un caso de privatización?

Es pacífico que la prestación de un servicio mediante un contrato administrativo de gestión de servicio público, sea cual sea la modalidad seguida, es un supuesto de gestión indirecta de servicios públicos³³. En el supuesto de la concesión, un empresario priva-

Empresa Pública Hospital del Alto Guadalquivir (Jaen), sus estatutos fueron aprobados por Decreto 48/2000, de 7 de febrero.

³³ Artículo único.2 de la Ley de Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Más general, los artículos 253 de la Ley de Contratos del Sector Público y 85.2.B de la Ley reguladora de las bases del Régimen Local y concordantes.

do asume la responsabilidad de prestar a los usuarios un servicio determinado, en nombre de la Administración titular del servicio, que sigue siéndolo, pudiendo, además, tener la obligación de construir previamente el establecimiento para prestar esos servicios³⁴. De acuerdo con el derecho español, la forma de retribución es indiferente a efectos de esta calificación, ya pague la Administración, ya lo haga el usuario³⁵. La fórmula es equivalente, por ejemplo, a la prestación de los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general³⁶. En suma, las concesiones hospitalarias son un modo indirecto de gestión del servicio público sanitario.

Ahora bien, pese a lo evidente de la conclusión alcanzada, lo cierto es que algunas afirmaciones obligan a formular algunas aclaraciones.

La más sencilla, las concesiones de servicios hospitalarios merecen esa calificación de acuerdo con el derecho español vigente de contratos públicos (artículo 253 de la Ley de Contratos del Sector Público). Sin embargo, a la luz de la normativa comunitaria sobre contratación pública, esos contratos no son concesiones, ni pueden, por tanto, someterse a las reglas propias de esa modalidad de colaboración público-privada. Es jurisprudencia reiterada que la concesión requiere el otorgamiento al contratista del derecho de “explotación” del servicio, lo cual supone recibir todo o parte de la retribución de las tarifas pagadas por los usuarios atendidos (por todas, STJUE

13 de octubre de 2005, C-458/03, cdo. 41). Si la retribución es abonada en su totalidad por la Administración, el contrato no puede considerarse concesión, sino contrato de servicios. Siendo así, las concesiones de servicio público hospitalarias, tanto en Valencia como en Madrid, son en rigor supuestos de contratos públicos de servicios, en la terminología española, conciertos sanitarios³⁷. El servicio es garantizado por la Administración titular del mismo, que paga la totalidad de su coste. En este aspecto, nada tiene que ver estos contratos con las concesiones de transporte público regular de viajeros, como tampoco con las concesiones de autopistas de peaje³⁸.

La otra precisión se refiere a la naturaleza de estos contratos. Se ha dicho que realmente se trata de “contratos de seguro”³⁹. El argumento es que la retribución del concesionario es una cantidad por paciente cubierto –atendido o no–, de modo que el contratista se convertiría en un “asegurador” de la población asignada a imagen de las mutualidades de funcionarios públicos. Esta calificación suscita una duda fundamental: ¿esas concesiones son contratos de prestación de servicios o son contratos de seguros? ¿cuál es el objeto de la contratación?

Si fueran contratos de seguros, el concesionario operaría como asegurador, la Administración como tomadora, el paciente como beneficiario. El riesgo sería asumido por el concesionario, debiendo, en su caso, asumir el coste de una mayor demanda de prestaciones con la prima fijada –que sólo podría ser la cantidad per cápita abonada–, al tiempo que, en el supuesto de no utilizar esas prestaciones, debería poder practicar descuentos. En cuanto a la atención, el asegurar puede contratar los servicios con terceros –como los talleres de reparación de vehículos–. Este

³⁴ Para un análisis detallado de esta modalidad contractual, el trabajo clásico de F. Albi, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, págs. 501 a 671; y, más recientes, J.F. Mestre Delgado, “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Municipal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2003, T.II, págs. 1474 a 1538; F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios locales*, Thomson-Civitas, Madrid, 6ª ed., 2004, págs. 185 a 250; J.J. Lavilla Rubira, “El contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en R. Gómez Ferrer Morant (dir), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, 2ª ed., 2004, págs. 943 a 980

³⁵ Artículo 257.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁶ Artículo 71 y siguientes de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. Bien es cierto que existe una diferencia entre una obligación de medios –asistencia sanitaria– y otra de resultados –transporte regular–

³⁷ Así, la STJUE de 27 de octubre de 2005, C-158/03, apartado 32, sobre la licitación de un concierto convocado por el Instituto Nacional de la Salud para la prestación de servicios de terapia respiratoria a domicilio.

³⁸ El desarrollo de esta calificación en Villar Rojas, “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *ob. cit.* págs. 157 a 160.

³⁹ Campoy Domene y Santacreu i Bonjoch, “La colaboración público-privada en el Sistema Nacional de Salud, El caso especial del modelo valenciano a propósito de la concesión de De-nia”, *ob. cit.* págs. 300, 305, 306 y 312.

sería, en síntesis, el régimen subyacente en esas concesiones. Pero, nada más lejos de la realidad, y también de los riesgos que ese entendimiento comportaría⁴⁰.

Los contratos de concesión de servicios hospitalarios son contratos de prestación de servicios a terceros –los usuarios- por cuenta del sujeto titular del servicio público y garante de sus prestaciones que es la Administración sanitaria correspondiente (Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de la Salud, 2003). El modo de gestión de un servicio público no cambia el estatuto jurídico básico del mismo y, menos aun, los derechos y deberes de los usuarios –en este caso, los pacientes- (artículos 251, 255 y 256.1 de la Ley de Contratos del Sector Público). El único asegurador –si es posible emplear estos términos- es la Administración Pública. Es ella la única obligada a satisfacer las prestaciones que demanden los ciudadanos, tanto si lo hace con medios propios, como si lo hace con medios ajenos.

Por esas razones, entre otras, en las concesiones estudiadas, como en cualquier contrato de gestión de servicios públicos, rige el principio de suficiencia financiera –equilibrio económico del contrato, incluido el riesgo imprevisible- (artículo 258 de la Ley de Contratos del Sector Público). E, igualmente, a diferencia de un contrato de seguro, la subcontratación es excepcional (artículo 265 de la Ley de Contratos del Sector Público). Y ello porque, siendo lo contratado un servicio, la selección del contratista se realiza en función de su capacidad para prestarlo, sin que sea sustituible por cualquier otro empresario como, por ejemplo, se admite para el contrato de obras públicas. Esta realidad no cambia porque lo haga el modo de determinar la retribución del contratista –pago por acto médico, pago por proceso, pago per cápita-, que son eso: formas de determinar y cuantificar la retri-

bución a que tiene derecho el concesionario por el servicio que presta, introduciendo elementos que incentiven o desincentiven determinados comportamientos, nada más⁴¹. El objeto del contrato y, por tanto, la posición jurídica de las partes sigue siendo la misma. No cabe la analogía con las mutualidades de funcionarios, puesto que éstas ocupan el lugar de la seguridad social por mandato legal. Así que no tienen que ver con las concesiones de servicios hospitalarios.

3.3 ¿Privatización de la sanidad? No, formas y medios privados de gestión.

¿Las formas de gestión utilizadas en Valencia y en Madrid son supuestos de privatización de servicios sanitarios públicos? No lo son. Esta respuesta requiere una mínima explicación.

El término privatización admite varios significados. De ellos tres son claves para la cuestión que se estudia:

a) La reducción de la actividad pública en la producción y distribución de bienes y servicios mediante el traspaso de esa responsabilidad a la sociedad –iniciativa privada- y el cambio de las reglas de funcionamiento –monopolio da paso a la competencia-. En su proyección sobre los servicios públicos significa, cuando menos, reducir las prestaciones que merecen esa calificación –lo sería reducir el catálogo de prestaciones sanitarias, como limitar la condición de beneficiario-.

b) El cambio de modos de gestión directa a formas de gestión indirecta de servicios públicos, lo que se conoce como “*externalización de servicios*”; y que en sanidad supone acudir a conciertos, convenios, acuerdos y otras modalidades contractuales.

c) La gestión jurídico-privada de servicios en mano pública o, lo que es igual, la privatización de la organización de los servicios públicos

⁴⁰ *Y es que, esta calificación como contratos de seguro sanitario parece querer equiparar estas concesiones con el modelo del “managed care” norteamericano. Se olvidan las críticas unánimes que esa forma de gestión viene recibiendo de cuantos analizan los defectos e insuficiencias de la asistencia sanitaria en ese país y la necesidad de una reordenación. Entre otros muchos, D. Haas-Wilson, Managed care and monopoly power”, Harvard University Press, 2003, 238 págs. Y K. Swartz, Reinsuring health, Russel Sage Foundation, New York, 2006, 206 págs.*

⁴¹ *En este sentido, ya la STS. de 20 de mayo de 1974, en relación con una concesión de recogida de basuras, aclaraba que la vinculación de la retribución con el volumen de basura retirada es sólo una forma de calcular el precio o subvención a que tiene derecho el concesionario.*

sin cambio de titularidad (la huida hacia el derecho privado).

Pese a esas nuevas formas de prestación, la asistencia sanitaria en esas Comunidades sigue siendo un derecho reconocido a los ciudadanos, con un contenido que se mantiene –catálogo de prestaciones, que se financia por el ciudadano-contribuyente y no por el ciudadano-paciente –financiación pública, salvo copago en farmacia extrahospitalaria-. En consecuencia, las experiencias analizadas sólo afectan a la gestión, por tanto, a un ámbito en el que rige el principio de libertad de elección del modo de gestión (Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de la Salud)⁴².

En consecuencia, no es posible hablar de privatización de la sanidad. Únicamente cabe calificar como privatización esas formas de gestión estudiadas si se emplea cualquiera de los otros significados del término. Así, la creación de empresas y entidades públicas para gestionar hospitales es un supuesto de gestión jurídico-privada de servicios en mano pública, mientras que las concesiones hospitalarias son ejemplo de gestión indirecta de ese servicio público. Sin duda, tanto una como otra traen consigo dificultades y riesgos, de los que se hablará a continuación, pero ello no las convierte en supuestos de privatización de la sanidad. Tampoco lo es la externalización de los servicios no sanitarios en las concesiones de obra pública que preceden a las empresas públicas hospitalarias.

4.- Los equilibrios, tensiones y riesgos en estas formas de gestión de los servicios sanitarios públicos.

4.1 Empresa pública hospitalaria: relaciones con el concesionario prestador de servicios no sanitarios (la unidad técnica de control).

Desde que se aprobó el primero de los pliegos referidos a las concesiones de obra pública hospitalaria, una de las cuestiones que se suscitaron fue el control

⁴² La explicación detallada de las bases del sistema sanitario español, sus elementos nucleares, con amplia referencia a la bibliografía que se ha ocupado de este tema, en E.M. Álvarez González, *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Comares, Granada, 2007, 360 págs.

del cumplimiento de los complejo índices de calidad exigibles al concesionario y determinantes del canon a abonar por los servicios prestados⁴³. A su vez, una vez terminados los hospitales y puestos en funcionamiento, el problema apuntado se complica con otro: la necesidad de establecer un adecuado engarce entre la actividad no sanitaria, que sigue a cargo del contratista, y la actividad asistencial, que se encomienda a las nuevas empresas públicas hospitalarias.

Pues bien, en las concesiones de obra pública para hospitales en Madrid, la tarea de control, seguimiento y, en su caso, corrección, se ha encomendado a un órgano administrativo: la *Unidad Técnica de Control*, que forma parte de la Dirección General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos del Servicio Madrileño de Salud (artículo 8.º del Decreto 23/2008, de 3 de abril, de estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud). La previsión de esta figura orgánica se encontraba ya en el clausulado de los respectivos contratos (por ejemplo, cláusula 16.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de concesión de obra pública del Hospital de Coslada). La tarea que se encomienda a este órgano se corresponde con la potestad de vigilar y dirigir el contrato propia de la contratación administrativa (artículo 255.2 de la Ley de Contratos del Sector Público). Los Estatutos de las empresas públicas creadas para la gestión asistencial, también atribuyen a estas entidades la función de coordinar, de acuerdo con la citada unidad técnica de control, el desarrollo operativo de los servicios no sanitarios de esos hospitales (a título de ejemplo, artículo 5.3.f del Decreto 114/2007, de 2 de agosto, de Estatutos de la Empresa Pública Hospital de Henares)⁴⁴.

⁴³ La posibilidad de establecer índices de calidad y, en consecuencia, de fiscalizar su cumplimiento y, en su caso, penalizarlo de acuerdo con el contrato, se recoge en el artículo 230.5 y 232 de la Ley de Contratos del Sector Público (anterior artículo 244.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Un análisis de esta previsión y su aplicación en el ámbito de las infraestructuras viarias, en: A. Casares Marcos, *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, Madrid, 2007, 468 págs., en particular, págs. 422 y ss.

⁴⁴ En el caso del Hospital Sin Dureta (Baleares), estas tareas de seguimiento, control y evaluación de la operatividad y disponibi-

El ámbito de la actividad de control es preciso: la calidad de los servicios no sanitarios y su engarce con la actividad asistencial. No es tarea de ese órgano el control de la actividad asistencial, que es pública y, por tanto, sujeta a los mismos mecanismos de verificación que se aplican en cualquier otro centro hospitalario de esa Comunidad Autónoma. El tiempo dirá del éxito o fracaso de este órgano de control, que acaba de ponerse en marcha.

Por otra parte, el problema tiene una dimensión especial en el caso de las concesiones de servicio público hospitalario en la medida que es necesario controlar que la prestación se ajusta al contrato y, en particular, la atención recibida por los usuarios. En estos contratos, la tarea de control es fundamental en relación con el precio del contrato, en la medida que, fijada la retribución “per cápita”, existe el riesgo de que el contratista demore, hasta que sea “urgente”, incluso, restrinja la asistencia –sobre todo, pruebas diagnósticas- como vía para obtener más ingresos. En este caso, la fórmula empleada en Valencia es la designación de un “Comisionado”, funcionario o estatutario, encargado de esa tarea de vigilancia, inspección y, en su caso, corrección (cláusula 16 del pliego de explotación del contrato de concesión de servicio público del Hospital de Alcira y cláusula 26 del pliego de cláusulas administrativas correspondientes al Hospital de Manises). La figura recuerda al tradicional “Delegado del Gobierno” en las grandes concesiones de servicio público estatales (por ejemplo, en su día, *Telefónica*, *Red Eléctrica* y sociedades concesionarias de autopistas⁴⁵); pero también en las conce-

lidad de todas las áreas del hospital y del nivel de prestación de los servicios no clínicos se encomienda a un “Comisionado” que ejercerá esas funciones a través de la “Unidad de Supervisión y Control de la Administración”, de la que asume la máxima dirección (cláusula 46 del pliego de cláusulas administrativas que rige esa concesión de obra pública).

⁴⁵ Disposición adicional 2ª de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, y, de modo particular, la cláusula 13ª del contrato de concesión Estado-Telefónica, hasta su derogación (artículo 2 del R.D.-Ley 6/1996, de 7 de junio). Artículo 5 de la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, de explotación unificada del sistema eléctrico nacional. Y, el artículo 30 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción y explotación de autopistas en régimen de peaje. El único estudio monográfico: G. Ariño Ortiz, “Servicio público y libertad de empresa. La Delegación del Gobierno en el sistema eléctrico”, 18

siones de servicios públicos locales (artículo 127.1.2ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

4.2 La concesión de servicio público: pros y contras.

a) La concesión de servicio público: los pros.

Tres son las ventajas derivadas de la utilización de contratos de concesión –o fórmulas de colaboración público-privadas-:

La primera, la construcción de un conjunto de centros sanitarios –hospitalarios- que, quizás, de otro modo, nunca se hubieran ejecutado, o, cuando menos, no en las mismas condiciones, ni en el mismo número. Estos contratos han servido para atender la demanda de más servicios sanitarios y, en particular, la de su aproximación a los ciudadanos –lo normal es que sean hospitales comarcales, de tecnología media-.

La segunda, la ejecución material de la obra, desde la aprobación del proyecto hasta la puesta a disposición de la Administración se ajustan a los plazos establecidos en los pliegos, sin que, salvo excepciones, se produzcan las demoras típicas de la ejecución mediante contrato de obra pública y pago contra certificaciones.

Y, la tercera, es que, en línea con el cumplimiento de los plazos de edificación, el coste real de la obra se ajusta al presupuestado, sin desviaciones relevantes, lo que ofrece la seguridad (precio cierto y cerrado) buscada tradicionalmente por la Hacienda pública. Además, la forma de retribución, conectada con la gestión o explotación posterior, permite anticipar el coste de los servicios a prestar a lo largo de los años de duración del contrato, lo que ofrece, por segunda vez, certeza sobre los compromisos económicos adquiridos⁴⁶.

Libro homenaje a J.L. Villar Palasí, Civitas, Madrid, 1989, págs. 75 a 98.

⁴⁶ *La explicación de estas dos últimas notas se encuentra en que, en estos contratos, el primer pago se demora hasta la finalización y puesta a disposición de la obra. Y ello con independencia de las modalidades de financiación privada a que haya acudido el contratista. También se añade que el mayor coste del crédito que el concesionario debe buscar en el mercado privado de capitales, frente al menor coste si la financiación la obtuviera la*

Por otra parte, en comparación con los conciertos sanitarios tradicionales, es un avance indudable la convocatoria pública de concursos para la adjudicación de estos contratos. Y esto es así porque uno de los problemas clásicos de los conciertos sanitarios siempre fue la huida hacia la adjudicación directa sin concurrencia pública. Una realidad que evidencian las sucesivas órdenes de revisión de tarifas de los conciertos suscritos por el Instituto Nacional de la Salud en las que, con un juego nominalista, se exceptuaban determinadas contrataciones de la legislación de contratación administrativa y, en particular, de la selección mediante concurso público⁴⁷.

b) La concesión de servicio público: los contras.

La primera crítica a la utilización de estas formas concesionales en la sanidad es la falta de cualquier valoración previa de otras alternativas. No existe mandato legal que imponga una evaluación previa de las alternativas de construcción y financiación de los establecimientos públicos; una evaluación que sólo es exigible en relación con el contrato de colaboración público-privada (artículo 118 de la Ley de Contratos del Sector Público). La regla general es la discrecionalidad en la elección de la forma de ejecución y financiación de la obra. Bien es cierto que cuando lo que se busca es escapar de las normas sobre la deuda pública, esta evaluación resulta irrelevante, puede que incluso resulte contraproducente⁴⁸.

El segundo bloque de problemas se refiere a la duración de estos contratos: la cifra mágica de 30 años para los contratos de concesión de obra pública,

Administración pública, queda compensado con el ahorro que representa cumplir los plazos y ajustarse al presupuesto.

⁴⁷ Sobre la evolución del régimen contractual de la Seguridad Social, sigue siendo referencia obligada: M. Bassols Coma "La contratación administrativa en el ámbito de la Seguridad Social", Libro Homenaje a J. González Pérez, Civitas, Madrid, 1991, T.III, págs. 1756 a 1766.

⁴⁸ La ausencia en la legislación española de este mecanismo previo de evaluación impide compartir la defensa de estas formas de "desconsolidación" de la deuda como un mecanismo que hace más eficiente el gasto público. Es imposible comprobarlo. Lo defiende J. Martínez Calvo, "Hacia la construcción de un Derecho Administrativo Financiable", Revista de Administración Pública, 167, 2005, págs. 392 y 393.

y la de 15-20 años para las concesiones de servicio público.

El primero es la generalización de un plazo en contra de su propia naturaleza. Ese término se debe fijar en función del tiempo de amortización de la inversión, tal y como dice expresamente la regulación francesa (artículo 1 de la Ordenanza 2004-559); y no será lo mismo un hospital de 740 camas (Puerta de Hierro), que otro de 200 (Coslada). El riesgo de enriquecimiento injusto, en uno u otro sentido, es patente.

La otra crítica tiene que ver con la "congelación" de la infraestructura sanitaria que habrá de mantenerse durante todo ese tiempo hasta que se concluya el pago. El problema es que la asistencia sanitaria se encuentra inmersa en un proceso de cambio, de imprevisible evolución, mucho menos para un periodo tan largo. Se está produciendo una renovación tecnológica, pero también organizativa, de la que la "deshospitalización" es una de sus manifestaciones más significativas. El concepto de hospital está en cuestión, se potencia la cirugía mayor y menor ambulatoria, se incentivan la atención domiciliaria y los centros de atención de día, lo cual demanda estructuras lo más flexibles posible. Sin duda, es más fácil la adaptación a la baja de los centros públicos que el reacomodo, con pérdida de servicios de los centros privados, que deberán ser compensados por la obra y por los servicios que se dejaron de prestar.

Ahora bien, siendo los anteriores importantes, en los contratos de concesión de servicios hospitalarios, el gran problema es el riesgo de que el empresario seleccione a los pacientes más allá de su obligación de atender a un colectivo determinado. No se trata de nada novedoso. Este riesgo explica determinadas limitaciones o condiciones que, de siempre, gravan los conciertos sanitarios, aunque no sean imposiciones legales expresas. Estas restricciones se refieren al objeto y al precio del concierto⁴⁹.

En cuanto a lo que se concierta, la legislación no contiene limitaciones (artículo 66 Ley General de

⁴⁹ Sobre la problemática de estos contratos: M. Gómez Martín, *El concierto sanitario: antecedentes, concepto y régimen jurídico*, Tesis Doctoral, Universidad de La Laguna, 2005, 459 págs., inédita, *pássim*.

Sanidad), pero la experiencia las pone de manifiesto. Lo ordinario es contratar la realización de tratamientos –actos médicos bien definidos, por ejemplo, operación de cataratas-, en algún caso, pruebas diagnósticas precisas –radiología, análisis-, pero siempre previo diagnóstico en centro y por profesionales públicos. En este aspecto, el carácter subsidiario se pone de manifiesto. Menos habitual es que se concierte la asistencia sanitaria, incluyendo el diagnóstico, y lo es menos porque en el diagnóstico se encuentra el coste real del servicio, en la necesidad de realizar más o menos pruebas para establecer la enfermedad y en el tipo de tratamiento que se aconseje. Ésta es la razón por la cual, de utilizarse esta modalidad, el concierto se suscribe con establecimientos públicos (históricamente, los hospitales de las Diputaciones Provinciales) o privados sin ánimo de lucro. De excepcional puede considerarse el concierto con un centro privado para que funcione como alternativa de la red pública no sólo con facultades de diagnóstico y tratamiento, sino también con servicio de urgencias. En este caso, el riesgo es que el centro concertado seleccione los pacientes que atiende –los traumatismos, los jóvenes- y derive el resto –los crónicos, los irrecuperables- hacia un centro hospitalario público. La condición de la asistencia sanitaria pública como obligación de medios se impone. El objeto del concierto –como ahora de las concesiones de servicio público- exige adoptar medidas para evitar que el contratista seleccione pacientes y riesgos en detrimento de los pacientes y de las cuentas públicas.

El precio del concierto, la retribución del contratista, suscita otro problema de gran complejidad: cómo pagar, qué retribuir, sin producir efectos perversos.

Lo más sencillo es pagar por acto médico, una cantidad (tarifa) por cada acto médico realizado. Pero solo lo es en apariencia. De optar por esta fórmula, es imprescindible vigilar que la asistencia prestada sea sólo la necesaria y no más. Las pruebas diagnósticas, las recomendadas, no otras; el tiempo de estancia u hospitalización, el adecuado, no más (lo que favorece cuando se paga por días de estancia). De lo contrario, el gasto sanitario puede dispararse –es posible ganar más dinero tan sólo con hacer más pruebas diagnósticas –cuantas más, mejor, se dirá-, alargando el trata-

miento –las posibilidades de éxito serán mayores, nadie lo dudará-, ampliando la estancia en el centro hospitalario –lo que asegura más vigilancia y cuidados-. De aquí la búsqueda de formas de pago más o menos estandarizadas, bien por estancia, bien por proceso asistencial completo, bien por tipos de pacientes y patologías, siempre con parámetros correctores. El objetivo es pagar por la asistencia sanitaria que, en condiciones normales, resulta necesaria de acuerdo con la *lex artis* y el estado de los conocimientos científicos.

La otra fórmula, más compleja, es aquella en que se paga una cantidad por la atención sanitaria, sea cual sea la que se demande. Es el pago “*per cápita*” utilizado en las concesiones de los Hospitales de Alcira, Torrevieja, Denia, Manises, Elche (Valencia) y Valdemoro (Madrid), el mismo que se anuncia para los cuatro nuevos hospitales comarcales de la Comunidad de Madrid. Tampoco es una panacea. Ahora, el riesgo es que la asistencia se demore hasta la urgencia, que se opte por tratamientos más baratos, aun más ineficaces contra la enfermedad, que se impongan trabas burocráticas más o menos formalizadas para acceder a ciertas pruebas, que se recorten las estancias –a riesgo de reingresos-, en fin, que se evite la asistencia a determinados pacientes, que se deriven hacia otros establecimientos sanitarios, normalmente públicos, que son centros de referencia –no se olvide que, lo normal es que los centros privados concertados o concesionados, sean comarcales, situados entre los centros de primaria y los hospitales generales de referencia-. Esta realidad quiere ser mitigada incorporando al contrato la asistencia primaria, de modo que el contratista sea responsable de la necesidad asistencial, de medicina general y especializada, de toda la población protegida a su cargo. La inspección es clave para supervisar el traslado de pacientes hacia los establecimientos públicos de referencia.

En consecuencia, el modo de pago, sea por acto médico, sea por proceso, sea capitativo, exige el control de la Administración para evitar los efectos perversos que cualquiera de estas formas lleva consigo. La legislación confiere potestades suficientes como para controlar y, en su caso, corregir estas desviacio-

nes⁵⁰. La cuestión es que deben ser utilizadas con especial rigor. No cabe esperar, como en la obra pública, a que el edificio muestre sus grietas.

El tercer conflicto en torno a estas concesiones sanitarias tiene que ver con la calidad del servicio y su adaptación a la evolución tecnológica. En los supuestos estudiados la adaptación e incorporación de nuevas técnicas, tratamientos y prestaciones queda abierta: estos centros ofrecerán las prestaciones que conformen el catálogo público. Nada más⁵¹.

En este aspecto, conviene recordar la solución adoptada con los conciertos sanitarios. Más allá de la afirmación de que la obligación de estar al día existe, la realidad de los conciertos sanitarios es que la actualización tecnológica de los centros concertados ha sido costeada durante décadas por la Administración Sanitaria. ¿Cómo? Mediante la combinación de dos medidas: la primera, una clasificación de los centros sanitarios según el tipo de servicios que son capaces de prestar (desde la Resolución de 11 de abril de 1980, de la Secretaría de Estado para Sanidad), la segunda, la revisión periódica de las tarifas por cada uno de esos servicios, que son distintas en función de la clasificación del centro (las órdenes anuales sobre condiciones económicas de servicios prestados con medios ajenos). De este modo, los hospitales se han

ido actualizando en la certeza de que, con un determinado nivel de inversión en nuevos medios y servicios, se obtendría la recalificación del centro y, con ella una retribución superior que compensa ese esfuerzo económico. En las nuevas concesiones sanitarias, esta necesidad puede canalizarse a través del ejercicio del “ius variandi”, si bien es preciso tener en cuenta los límites de esta potestad administrativa, en la medida que, por esta vía, no se evite convocar nuevos concursos públicos para lo que, realmente, son nuevos contratos de prestación de asistencia (cfr. artículos 258 en relación con el 202 de la Ley de Contratos del Sector Público: prohibido si afecta a elementos esenciales del contrato).

En última instancia, en cuanto a la extinción, es preciso recordar que la devolución de las historias clínicas, cualquiera sea su formato de archivo, es parte esencial de los bienes que deben revertir a la Administración sanitaria. Se trata de uno de los medios fundamentales –si no el principal- para garantizar la continuidad de la asistencia sanitaria pública con independencia de la titularidad y forma jurídica del establecimiento en el que se preste⁵².

5.- Una reflexión final: de nuevo el debate sobre el papel de la iniciativa privada en los servicios sanitarios públicos.

Como queda dicho, las experiencias de privatización de la gestión estudiadas en modo alguno cuestionan los pilares sobre los que descansa el servicio público de la sanidad en España: el derecho universal de acceso a las prestaciones y su financiación, sustancialmente, pública (lo que, de modo equívoco, se identifica como gratuidad). Ahora bien, de igual mo-

⁵⁰ *Las generales de toda Administración como contratista (artículos 116, 194, 255.2, 256.b, 261 de la Ley de Contratos del Sector Público) más las recogidas por el legislador sanitario (artículos 67.5 y 94 de la Ley General de Sanidad), a las que se añaden las garantías públicas de todas las prestaciones sanitarias (artículos 23 a 29 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).*

⁵¹ *Sobre la cláusula de progreso en la concesión de obras públicas (artículo 230.4 de la Ley de Contratos del Sector Público), J. Tornos, “Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente”, en Gómez-Ferrer Morant (dir), Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ob. cit. págs. 1244 y 1245. También, T. Quintana López, “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, Revista Española de Derecho Administrativo, 131, 2006, págs. 421 a 444. La conclusión es que se impone la cláusula de progreso, si bien, sus consecuencias económicas deben traducirse en el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del concesionario. La explicación general de esta cláusula, J.L. Meilán Gil, La cláusula de progreso en los servicios públicos, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, 264 págs. (puesto al día en: Progreso tecnológico y servicios públicos, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2006, 261 págs.)*

⁵² *La experiencia británica con los hospitales construidos mediante el programa “PFI” muestra otros problemas y preocupaciones. Las dificultades financieras de los concesionarios, que pueden llevar a la intervención del Gobierno con ayudas –que deben ser enjuiciadas según el régimen legal de las ayudas de Estado-, la refinanciación de las condiciones pactadas cuando se produce una baja de los tipos de interés que reduce el coste de la obra para evitar el enriquecimiento injusto del contratista, y la evidencia de igual calidad de los servicios no sanitarios con los prestados por el sector público, sin que los estándares y cláusulas de penalización de los pliegos los hayan elevado. La actual crisis financiera obliga a recordar estos riesgos potenciales –quizás ya reales-.*

do se viene repitiendo, que la viabilidad de este servicio público requiere la adopción de medidas que permitan asegurar su sostenibilidad financiera; un ámbito en el que tienen cabida las iniciativas que persiguen una mayor eficiencia del gasto sanitario por la vía de cambiar los modos y las formas de gestión.

Situados en este marco, las experiencias analizadas y, sobre todo, las críticas que han recibido, ponen encima de la mesa, por enésima vez, el papel de la iniciativa empresarial privada en la gestión de la sanidad pública. Dicho de otro modo, vuelve a la actualidad, el eterno problema de los centros sanitarios concertados: el dogma es su rechazo (“*prohibido hacer dinero con la sanidad*”), la realidad es su permanencia como complemento inevitable para asegurar la viabilidad del sistema sanitario, y ello, pese a las notas recurrentes de su provisionalidad y subsidiariedad, que se repiten en las leyes.

Sin duda es posible seguir negando la mayor: la colaboración privada en la gestión sanitaria pública es un mal que debe ser evitado, por mucho que la realidad ponga en evidencia tamaña afirmación. Y ello aunque, como queda apuntado, las leyes acepten con naturalidad esa colaboración. La otra aproximación es admitir que esa intervención privada es inevitable y válida –permite comparar resultados, responder con inmediatez a determinados problemas-, pero trae consigo una serie de problemas y riesgos que exigen una labor de vigilancia, control y corrección fundamental por parte de las Administraciones públicas. Lo decisivo es que existan mecanismos de control, que la experiencia sirva para depurarlos y mejorarlos en lo que sea necesario, y, por supuesto, que se apliquen por quienes tengan las competencias adecuadas. Lo otro es pretender ponerle puertas al campo.

Con todo, admitida sin dogmatismo la colaboración privada, las fórmulas concesionales analizadas suscitan un interrogante de futuro: ¿es imaginable que la mayor parte de los centros sanitarios se transformen en concesiones de servicio público con independencia de que el marco normativo vigente dé cobertura a este planteamiento?

Cualquier respuesta, afirmativa o negativa, tiene pros y contras. Es posible pensar en una situación como la descrita –mera hipótesis en este momento-. Pero, de llegar a ocurrir, las reglas de funcionamiento deberían cambiar, puesto que una concesión de servicio público es un monopolio privado con un mercado cautivo de usuarios –los pacientes asignados al área correspondiente-, que lleva consigo los males propios de todo monopolio –sea público o sea privado-. En este caso, la viabilidad del sistema exigiría el reconocimiento de la libertad de elección de centro a los usuarios, para que los centros compitieran entre sí –único elemento corrector de las posiciones de exclusividad y dominancia-, así como que la retribución estuviese vinculada con la atención prestada por cada centro⁵³. En todo caso, lo planteado es hoy una mera hipótesis. Hoy por hoy, los hospitales en régimen de concesión son una anécdota en el conjunto de los centros que prestan asistencia sanitaria pública.

⁵³ En este sentido, la libre elección de profesional y centro sanitario, a partir de un aseguramiento universal, se explica, entre otros, en: R. Herzlinger, *Who hilled health care?*, McGraw Hill, Nueva York, 2007, 304 págs, en particular, 247 al final.