

¿Fin de la polémica acerca de la denominada privatización de los servicios sanitarios? La STC de 30 de abril de 2015 y la constitucionalidad de la gestión indirecta en el servicio sanitario madrileño

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ANTECEDENTES DEL SUPUESTO LITIGIOSO.—III. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.—3.1. Los motivos en que se funda el recurso.—3.2. Las alegaciones de la Comunidad de Madrid.—3.3. Las alegaciones de la Letrada de la Asamblea de Madrid.—IV. LOS RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—4.1. Consideración previa: constitucionalidad de las leyes de contenido heterogéneo.—4.2. Constitucionalidad del artículo 62 de la Ley 8/2012 de la Comunidad de Madrid: la posibilidad de gestión indirecta del servicio público sanitario.—4.2.1. El modo de gestión indirecta de la asistencia sanitaria no conculca la garantía institucional del sistema de Seguridad Social.—4.2.2. La solución adoptada por la norma tampoco vulnera el principio constitucional de igualdad.—4.3. Inconstitucionalidad del artículo 88.2 de la LOSCM en la redacción dada por el artículo 63 de la Ley 8/2012 de la Comunidad de Madrid: rechazo de la preferencia por las sociedades profesionales en la gestión de los centros.—V. EL DEBATE SOBRE LA PRIVATIZACIÓN DE LA SANIDAD: EL ENCUENTRO ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO.—5.1. Consideraciones previas: Estado de bienestar, Estado social y servicio público.—5.2. El concepto de privatización: necesidad de su delimitación.—5.3. La gestión indirecta (privatización) de la sanidad: algunos precedentes.—5.4. La gestión del servicio público sanitario: eficiencia de lo privado vs. eficiencia de lo público.—VI. CONCLUSIONES.

★ Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Supremo. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo venimos asistiendo a un enraizado debate acerca de lo que comúnmente se denomina “privatización de la sanidad”, expresión ésta a la que, como tendremos ocasión de comprobar, se ha dado un significado que, al menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no se corresponde con la realidad del proceso. La controversia ha rebasado finalmente lo que debería haber sido un debate serio y riguroso, basado en un análisis científico desde las correspondientes perspectivas (jurídica y económica fundamentalmente) sobre las ventajas e inconvenientes de las formas de gestión de los servicios públicos, singularmente la gestión indirecta del servicio sanitario, para situarse en el plano de la confrontación política y la casi siempre superficial discusión en términos ideológicos.

Y es que la verdadera cuestión reside en examinar si, en el momento actual, la sanidad o la asistencia sanitaria, en cuanto servicio público destinado a la satisfacción de esa necesidad de carácter general que conocemos por la salud¹, deben ser prestadas indefectiblemente desde la propia Administración Pública directamente y en exclusiva, o si es posible o, más bien, recomendable, que en la realización de esa prestación también colaboren los particulares en el marco de las distintas formas de gestión de los servicios públicos. Dicho en otros términos, el debate ha de referirse no tanto a la privatización de la sanidad pública en general, sino a la privatización o externalización de la gestión, total o parcial, del servicio sanitario público, lo que a su vez implicaría registrar las bondades de ambas soluciones, siendo preciso en este sentido profundizar —y ello nos llevaría a otro gran debate— en la necesidad de dotar a la gestión de pública de un perfil de eficacia y eficiencia que parece constituyen *a priori* identificadores específicos del modelo de gestión privada.

Recordemos que, junto a la idea de soberanía, ha sido precisamente la de servicio público el otro pilar sobre el que se ha cimentado el régimen de Derecho administrativo modernamente. En la noción de servicio público se sintetizan dos elementos, uno material (servicio) y otro formal (público), de donde se sigue que por tal noción ha de entenderse una actividad dirigida a satisfacer necesidades colectivas, en cuya satisfacción se muestra un interés público que garantiza el Estado supliendo una iniciativa privada defectuosa². Ahora bien, esta concepción no es sino fruto del contexto político-económico-social que caracteriza el momento histórico en que surge la figura del servicio público, que luego ha de sufrir los embates de una creciente extensión de los fines y

¹ Afirma GARCÍA OVIEDO que “de todas las intervenciones administrativas en la vida física de la sociedad, es sin duda la de mayor interés y más vasta la que concierne a la salud” (GARCÍA OVIEDO, C. y MARTÍNEZ USEROS, E.: *Derecho Administrativo*, E.I.S.A., Madrid, 1968, vol. III, p. 151).

² Un análisis exhaustivo del servicio público en GORDILLO, AGUSTÍN A.: *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 2000, p. 239 y ss.

funciones del Estado que califica el tiempo presente, hasta provocar incluso la crisis de la propia noción institucional³.

Se ha dicho que el crecimiento desmesurado del Estado de bienestar se hace a largo plazo prácticamente incontrolable pues la mezcla de universalidad, gratuidad y carácter público de las prestaciones determina un incremento desbocado del gasto público cuyo efecto se agudiza en la situación de crisis económica que padecemos⁴. En este contexto, surgen las voces que reclaman una reducción del papel del Estado en el marco de un proceso de reforma global de la economía que presupone la reforma de ese Estado de bienestar. Esta reforma explicaría la crisis de un modelo que había depositado toda su esperanza y confianza en la implantación de un Estado de bienestar que parecía dejar prácticamente la resolución de todos los problemas y conflictos en manos del todopoderoso Estado: éste se presentaría entonces como el único sistema de acción apropiado para la satisfacción de las necesidades sociales, reforzando de esta manera su protagonismo. Y, con ello, el aumento constante de la estructura estatal y desarrollo del sector público, con el consiguiente incremento de costes que su sostenimiento representa para las arcas públicas que dotan los ciudadanos.

En correspondencia a la ampliación progresiva de la cartera de los servicios que prestan los poderes públicos, se va generando en la sociedad cada vez más expectativas de servicios, ecuación esta que deriva al final en la incapacidad del Estado para mantener el nivel de prestaciones alcanzado si no es mediante un aumento significativo de las aportaciones de los ciudadanos, obviamente vía impuestos. Y si bien inicialmente este incremento de las exacciones es soportado por la población, pues tiene el efecto lenitivo que proporciona esa ampliación de la cartera de prestaciones y su potencial disfrute; sin embargo, tiene lógicamente el límite en el que el ciudadano considera ya insoportable esa presión fiscal y se revela ante una tal situación. Sin olvidar que en una situación de crisis o empobrecimiento el aumento de la presión fiscal puede tener efectos contraproducentes desde el punto de vista de la capacidad recaudatoria del Estado y, por ende, de los recursos disponibles para atender esa cartera de servicios públicos. Si a lo expuesto se añade el fenómeno moderno de la globalización y el sometimiento de las políticas económico-sociales de cada país a las exigencias de los grandes bloques políticos-económicos, se entiende que el Estado haya perdido autonomía para diseñar su propia política económica y sus sistemas de protección social.

En este contexto, el fenómeno privatizador encuentra tanto defensores como detractores a ultranza. Así, desde una perspectiva liberal, hay quienes

³ MEILÁN GIL, J. L.: "El servicio público en el derecho actual", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, n.º 1, 1997, p. 384.

⁴ Vid. MEDINA TORNERO, M. E.: "El debate de lo público y lo privado en los servicios sociales", *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, n.º 6 (oct. 1998). p. 97.

consideran que la sanidad sí puede ser un negocio libre y lucrativo⁵, pues la apertura del sector a la libre competencia aportaría enormes ventajas en términos de rebajas de costes y mejora de la calidad, frente al modelo actual cerrado a la competencia del que participa la generalidad de la población, a excepción de aquellas personas de mayor capacidad económica que pueden permitirse acudir a la sanidad privada. En todo caso, se pone de manifiesto el enmascaramiento de los costes que se presenta en el ámbito del sistema sanitario público frente a la sanidad privada: así, hay conciencia del coste de aquellos servicios sanitarios no incluidos en el sistema público (caso de la especialidad de odontología, por ejemplo), precisamente porque hay precios de mercado y el paciente tiene que afrontarlos individualmente; en cambio, el coste de los servicios sanitarios públicos queda oculto porque su uso no supone un desembolso unitario, sino que su cobertura está asociada al pago de los impuestos de se sufragan coactivamente.

Enfrente se sitúan aquellos que reniegan de este espíritu que se ha dado en denominador, no sin cierta retrans, neoliberal que se dice ha tomado cuerpo en la Unión Europea y que tiene como fuerza motriz el ánimo de lucro⁶. Sostienen que hay una pasión neoliberal por la desigualdades sociales en la medida en que esta corriente sólo presta atención a los resultados económicos según las leyes de mercado con un sólo objetivo: “abrir camino a la actividad económica del Capital invadiendo la esfera de lo público y ampliando el terreno propicio donde aplicar el dogma frío, de ojos fríos, de la inversión/beneficio de tal modo que si el Estado interviene, sea dicha intervención a favor del Capital”⁷.

⁵ En esta línea se sitúa RALLO, JUAN R., que desde la entidad que dirige -el Instituto Juan de Mariana- y repetidamente a través de los medios de comunicación, expresa su posición decididamente favorable a la apertura de la sanidad a la libre competencia, siendo exponente de esta línea de pensamiento el artículo titulado “la sanidad sí debe ser un negocio libre y lucrativo”, publicado en el diario digital *Vozpópuli* el 30 de enero de 2014.

⁶ En esta línea se sitúa MORALES, JOAQUÍN: “Estado social y privatizaciones”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 13, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 53 y ss.; o GÓMEZ LLORENTE con su trabajo de elocuente título “Miseria de la privatización: el secuestro de lo público”, *Ábaco. Revista de cultura y ciencias sociales*, núm. 55-56, p. 29 y ss., en el que, no obstante referido al ámbito educativo -el ejemplar de la revista está dedicado a “La escuela en la encrucijada”- sostiene que las actuales tendencias privatizadoras del neoliberalismo implican la destrucción de los rasgos más venerables de la socialdemocracia, criticando especialmente la política que encomienda a la gestión privada los servicios públicos. Por su parte, LOSADA TRABADA sustenta que los enemigos de lo público -representados en el Gobierno del PP- han encontrado una coartada en la crisis económica para intentar una operación de derribo contra los servicios públicos del Estado de Bienestar (“Enemigos de lo público”, *Temas para el debate*, núm. 241, dic. 2014, p. 35 y ss.). Y CENTELLA destaca que, a pesar de las restricciones presupuestarias de los años noventa, el sistema público de sanidad “ha logrado consolidarse como uno de los pilares fundamentales del estado del bienestar español sobreponiéndose...a difíciles coyunturas económicas y a la ola conservadora que tanto aboga y presiona por su desmantelamiento” (CENTELLA MOYANO, M.: “Gasto público en sanidad y estado del bienestar”, *Revista de Administración Sanitaria*, vol. I, núm. 4, 2003, p. 637).

⁷ *Ibidem*, p. 56.

Como se observa, las posiciones son claras: más Estado frente a menos Estado, el eterno debate que trufa de ideología aspectos que han de desenvolverse a menudo en un terreno más desapasionado y, por supuesto, analizando objetivamente las posibilidades que el ordenamiento jurídico ofrece en orden a optimizar la prestación de los servicios públicos, que es realmente el fin que debe garantizar el Estado moderno. Bien entendido, en cualquier caso, que la satisfacción de las necesidades sociales desde el Estado no puede, ni debe, realizarse a cualquier precio, frente a aquellos que consideran que aquél dispone ilimitadamente de recursos vía endeudamiento, obviando de esta manera las perniciosas consecuencias que se derivan de una utilización recurrente del déficit público en la ilusoria creencia de que las deudas “ya se pagarán”. No hay que olvidar que es obligación de los poderes públicos velar siempre para que la eficacia en el cumplimiento de los objetivos que plantean las distintas políticas públicas se desarrolle en términos de eficiencia, como principio que ha de presidir la total gestión pública.

En esta tesitura, los poderes públicos tienen el difícil dilema de garantizar un nivel de servicios que puede considerarse irrenunciable en los tiempos actuales, caso singular de la sanidad pública, pero mediante fórmulas de gestión que permitan, conjugando la eficacia y la eficiencia, conservar los rangos de prestación con recursos económicos más limitados. En este sentido, coincidimos con MENÉNDEZ cuando apunta que la gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública mediante fórmulas privadas no atenta contra el carácter público de la prestación sanitaria, tanto más cuanto el marco constitucional vigente no permite un desapoderamiento público de este servicio público para convertirse en una actividad puramente privada⁸.

En efecto, los servicios públicos, en cuanto destinados a la satisfacción de necesidades de carácter general, adquieren un papel relevante en el momento presente caracterizado por la progresiva demanda de prestaciones al Estado: el servicio público encarna el proyecto del poder público de poner al alcance del individuo la satisfacción de esas demandas de carácter general al menor costo posible para aquél y, mejor aún, de modo gratuito, y tratándose de servicios públicos propiamente dichos, la actividad de prestación se atribuye a la Administración pública, quien la puede realizar directamente, o de manera indirecta por medio de particulares, bajo un régimen jurídico especial exorbitante del derecho privado.

⁸ MENÉNDEZ REXACH, A.: “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista de Administración Sanitaria*, vol. 6, núm. 2, 2008, p. 269. También puede verse del mismo autor “Formas jurídicas de gestión de las prestaciones sanitarias”, en *La organización de los servicios públicos sanitarios*. Actas de las jornadas de estudio celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000, (PAREJO, L., LOBO, F., y VAQUER, M. Coords.), Marcial Pons, 2001.

En cualquier caso, nótese que este fenómeno privatizador no es nuevo en el sistema público sanitario pues encontramos que ya el Sistema Nacional de Salud que crea la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS)⁹, cuyo artículo 45 dispone que “El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud”, sin embargo dejaba al margen del sistema general a diferentes colectivos que disponían de un sistema de protección específico financiado públicamente pero prestado por entidades privadas, cual es el caso de los funcionarios, personal de empresas públicas, colegios profesionales, agrupados en sus respectivas Mutualidades¹⁰.

Con todo, ha sido el proceso iniciado por la Comunidad de Madrid para avanzar en la aplicación de formas indirectas de gestión de los servicios sanitarios el que ha sufrido una singular ofensiva desde sectores tales como los profesionales sanitarios, sindicatos sanitarios y partidos políticos situados a la izquierda del espectro político que, enarbolando la bandera del servicio público, han considerado que las medidas legislativas al efecto adoptadas suponían *de facto* el desmantelamiento de la sanidad pública en beneficio de la sanidad privada. La impugnación judicial de tales medidas ha deparado finalmente la resolución del Tribunal Constitucional que ha propiciado las consideraciones que se plasman en estas páginas.

⁹ La Exposición de Motivos de la LGS expresa, entre otras cosas, lo siguiente: “La directriz sobre la que descansa toda la reforma que el presente proyecto de Ley propone es la creación de un Sistema Nacional de Salud. Al establecerlo se han tenido bien presentes todas las experiencias organizativas comparadas que han adoptado el mismo modelo, separándose de ellas para establecer las necesarias consecuencias derivadas de las peculiaridades de nuestra tradición administrativa y de nuestra organización política. El eje del modelo que la Ley adopta son las Comunidades Autónomas, Administraciones suficientemente dotadas y con la perspectiva territorial necesaria, para que los beneficios de la autonomía no queden empeñados por las necesidades de eficiencia en la gestión. El Sistema Nacional de Salud se concibe así como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados. El principio de integración para los servicios sanitarios en cada Comunidad Autónoma inspira el artículo 50 de la Ley: «En cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado como se establece en los artículos siguientes bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma». Es básica la generalización de este modelo organizativo y el Estado goza, para implantarlo, de las facultades que le concede el artículo 149.1.16 de la Constitución. La integración efectiva de los servicios sanitarios es básica, no sólo porque sea un principio de reforma en cuya aplicación está en juego la efectividad del derecho a la salud que la Constitución reconoce a los ciudadanos, sino también porque es deseable asegurar una igualdad de las condiciones de vida, imponer la coordinación de las actuaciones públicas, mantener el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y, en fin, lograr una efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como sus prestaciones”.

¹⁰ Constituye esta la primera manifestación privatizadora en el ámbito de la cobertura sanitaria que supone hoy en día el mantenimiento de unas condiciones “privilegiadas” para esos colectivos que pugna con la idea de un sistema sanitario realmente universal que integre a toda la población sin excepciones. En este sentido, REY DEL CASTILLO, J. y REY BIEL, P.: Los movimientos de privatización sanitaria en España”, *The Economy Journal.com* de 19 de febrero de 2015.

II. LOS ANTECEDENTES DEL SUPUESTO LITIGIOSO

La Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid contempla una serie de medidas dirigidas a corregir el desequilibrio presupuestario de la financiación autonómica en un contexto de crisis económica y que se concreta, en relación con el sector de la sanidad pública, en los artículos 62 y 63 de la norma legal.

El artículo 62 se refiere a la *Reordenación de la asistencia sanitaria en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo* y su contenido es el siguiente:

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

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

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

De otra parte, el artículo 63 introduce la modificación del artículo 88 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid (LOSCM), que queda redactado de la siguiente forma:

“Artículo 88. Organización y gestión

1. Los centros y establecimientos que integran el Servicio Madrileño de Salud se podrán configurar como instituciones sanitarias del citado ente sin personalidad jurídica propia, o bien como entidades sanitarias dependientes del mismo, de titularidad pública y con personalidad jurídica propia. En este caso, las mismas podrán adoptar cualquiera de las figuras organizativas previstas en el ordenamiento jurídico y su creación se realizará mediante Decreto del Consejo de Gobierno.

2. Cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño.

Establecida la preferencia, en caso de que la gestión de los centros no se asigne a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrán concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas.

3. El Consejo de Gobierno mediante decreto, determinará los requisitos necesarios para acreditar las sociedades profesionales a que se refiere el apartado anterior.

4. El Consejo de Gobierno mediante decreto podrá definir el estatuto jurídico que dé cobertura a la autonomía económica, financiera y de gestión de los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud.

5. Los centros y establecimientos que integran el Servicio Madrileño de Salud deberán contar con un sistema integral de gestión que permita de acuerdo con su planificación estratégica, implantar técnicas de dirección por objetivos, sistemas de control de gestión orientados a los resultados y sistemas de estándares de servicios, delimitar claramente las responsabilidades de dirección y gestión, y establecer un adecuado control en la evaluación de los diferentes parámetros que influyen en los costes y la calidad de la asistencia.

6. De acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, los centros y establecimientos deberán confeccionar y remitir al Servicio Madrileño de Salud periódicamente, cuanta información sanitaria y económica le sea requerida”.

De esta manera se daba luz verde a la posibilidad de privatizar la gestión de determinados centros hospitalarios entendiendo que con esta nueva fórmula se daba un paso adelante en la tarea asumida por el Gobierno de la Comunidad de Madrid de reducir el déficit público mediante el control del gasto, en este caso en el ámbito de la asistencia sanitaria, pero en cualquier caso —y esto parece olvidarse por sus detractores— sin merma de la calidad de la prestación del servicio público sanitario¹¹. Tal medida fue inmediatamente contestada

¹¹ “La Comunidad afirma que se ahorrará 169 millones de euros anuales, un 20% menos, sobre el coste asistencial y por el canon que las adjudicatarias deberán pagar por los equipamientos de los que se encargarán dentro de dos meses. El coste actual es de 750 millones de euros anuales para una

desde el sector de los profesionales de la medicina y de los sindicatos afines, produciendo la denominada “marea blanca” o “manifestación de batas blancas”, que en varias ocasiones se movilizaron por las calles de Madrid mostrando su descontento bajo el lema “En defensa de la sanidad pública y en contra de la privatización”. Paralelamente, desde ese sector descontento y que se agrupaba en torno a los sindicatos médicos (Asociación de facultativos Especialistas de Madrid —AFEM—, Plataforma Asamblearia de Trabajadores y Usuarios por la Salud (PATUsalud), entre otros), Comisiones Obreras y el Partido Socialista de Madrid, se iniciaron acciones judiciales contra el proceso de privatización ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que culmina con una primera resolución de 11 de septiembre de 2013 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo ordenando la suspensión cautelar de proceso. Posteriormente, el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho tribunal avoca al Pleno de la Sala todos los recursos presentados contra la privatización al considerar que podían dar lugar a resoluciones contradictorias y el 9 de enero de 2014, ese Pleno decide sin embargo dejar sin efecto lo ordenado por el Presidente y devolver a las respectivas Secciones la competencia para continuar el trámite de los recursos ante ellas interpuestos¹².

Y es cuando la Sección Tercera, en respuesta al recurso de reposición interpuesto por la Comunidad de Madrid y las empresas adjudicatarias contra el mencionado auto de 11 de septiembre de abril de 2013, resuelve mantener la medida cautelar de suspensión de la denominada externalización sanitaria madrileña para evitar “perjuicios de imposible reparación”, pues dicho proceso “afectaría también al interés público y a la propia economía y Hacienda Pública de la Comunidad de Madrid”¹³.

población de 1,1 millón de pacientes potenciales”, noticia aparecida en periódico *El País* de 4 de julio de 2013 bajo el rótulo “Madrid certifica la privatización de la gestión de seis hospitales”.

¹² Anteriormente la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid había acordado levantar la suspensión cautelar provisional que había decretado sobre este proceso el 10 de julio de 2013 al rechazar un recurso del PSM.

¹³ Son tres los autos dictados con fecha 27 de enero de 2014 confirmando la suspensión cautelar acordada en los recursos núms. 787/2013, 933/2013 y 965/2013 promovidos por AFEM el primero y AMYTS los otros dos. En el auto recaído en el recurso 787/2013 se razona, entre otros extremos, que “...nos reiteramos en los razonamientos realizados en el Auto recurrido y negamos - como ya hacíamos en tal Resolución y aquí reafirmamos- la alegación final de la Comunidad de Madrid de que la decisión de la Sala de adoptar la medida cautelar de suspensión de la Resolución administrativa recurrida suponga un desapoderamiento al Gobierno de la Comunidad de Madrid de su competencia para aplicar en su ámbito territorial su política sanitaria y de implementar en unos concretos centros hospitalarios un determinado modelo de gestión a que se refiere la Ley 15/1997 de 25 de abril sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada por los arts 62 y 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, que ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que será quien decida sobre la constitucionalidad de tales preceptos, modelo de gestión sobre el que esta Sala no se pronuncia en absoluto limitándonos a resolver sobre la solicitud realizada por el recurrente de adopción de la medida cautelar de suspensión de la Resolución administrativa que se somete a nuestro enjuiciamiento (Resolución 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de

Las consecuencias políticas de esta resolución judicial no se hicieron esperar: el Presidente de la Comunidad de Madrid, en rueda de prensa convocada urgentemente tras la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de mantener la suspensión cautelar del proceso, deja sin efecto el proceso de externalización de la gestión de seis hospitales públicos de la región, decisión esta que a su juicio no supone un fracaso, sino que, por el contrario, ha permitido generar un debate sobre la necesidad de hacer cada vez más eficiente el sistema público de salud. Además, el Presidente de la Comunidad acepta la dimisión del a la sazón Consejero de Sanidad, señor Fernández Lasquetty, auténtico impulsor del proceso de externalización¹⁴.

III. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

3.1. Los motivos en que se funda el recurso

El Grupo Parlamentario Socialista del Senado interpuso el recurso de inconstitucionalidad número 1884/2013 en relación con los ya expresados artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012. Los motivos en que se funda el recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) Se cuestiona que una reforma del sistema de prestación sanitaria como el que introducen estos preceptos se incorpore en una norma como la Ley 8/2012 de contenido heterogéneo.
- b) En cuanto al artículo 62, se considera que el objetivo principal de este precepto es habilitar alguna lectura atenta del recurso pone de manifiesto que se cuestiona abiertamente el modelo de gestión indirecta del servicio público sanitario, tanto en el caso de los hospitales como en el de los centros de atención primaria. Pretenden, por tanto, los recurrentes, que se debata en esta sede una medida estrictamente política y que se haga a partir de argumentos de estricta oportunidad, ajenos a la jurisdicción

Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid) en los términos y con los criterios establecidos en el art. 130 de la LJCA y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta”.

¹⁴ Como muestra, el periódico *La Vanguardia*, en la edición del 27 de enero de 2014 titula la noticia “La Comunidad de Madrid deja sin efecto la privatización de los hospitales”, y subtitula “González da marcha atrás en la externalización de la gestión de seis centros. El consejero de Sanidad, Javier Fernández-Lasquetty presenta su dimisión”. En el contenido de la noticia podemos leer, entre otras cosas, que “este último revés ha decantado una decisión que pone fin a más de un año de movilizaciones impulsadas por la *marea blanca*. La polémica privatización ha acumulado hasta seis recursos judiciales. A los de los sindicatos médicos AFEM y AMYTS se unieron los del partido Socialista de Madrid y Comisiones Obreras. El Partido Popular de Madrid también presentó el suyo, en su caso contra la personación del PSM”. Más adelante se califica de auténtico “varapalo” para el Presidente de la Comunidad de Madrid la decisión judicial.

del Tribunal para que pueda adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los seis hospitales que se citan en el precepto legal, cuando dicho Servicio no puede adjudicar este tipo de contratos porque no ostenta la condición de Administración pública y porque la titular del servicio es la Comunidad de Madrid de acuerdo con el art. 3.3 de la Ley de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid.

- c) En relación con el artículo 63, entienden los recurrentes que este precepto infringe la normativa básica estatal y el artículo 149.1.18 CE en materia de reserva de ley estatal sobre contratos y concesiones administrativas, así como también el principio de seguridad jurídica ex artículo 9.3 CE.
- d) Se vulnera la garantía institucional contenida en el art. 41 CE, así como los derechos que se derivan de la misma para los ciudadanos, el art. 149.1.17 CE y el art. 14 CE. Señalan los recurrentes que la función esencial del Estado en materia de seguridad social es mantener un régimen público para todos los ciudadanos que les asegure la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE), poniendo de relieve que el régimen económico de este sistema es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.17 CE).
- e) El modelo de gestión privada conduce a prácticas de dudosa racionalidad pues los hospitales de gestión privada tienen un alto interés en atraer procedimientos sencillos y de costes variables bajos, susceptibles de hacer marketing por variables hoteleras o paraclínicas. Por su parte, el hospital público que deja de prestar servicio al paciente pasa a subsidiar al hospital privado pues solo se ahorra el coste variable, dado que los costes fijos están presupuestados.
- f) Las concesiones para la gestión de la atención especializada conllevan la prolongación del *apartheid* a la provisión y prestación de la asistencia sanitaria, vulnerando las características esenciales del Sistema Nacional de Salud, tanto las relativas al derecho a la salud (universalidad, igualdad efectiva o equidad, accesibilidad y libertad de elección), como el carácter integral del Sistema (financiación pública común, reglas básicas comunes, organización de los servicios bajo una concepción integral del Sistema sanitario).

3.2. Las alegaciones de la Comunidad de Madrid

Los argumentos opuestos por la representación legal de la Comunidad de Madrid pueden resumirse en los siguientes aspectos:

- i. el recurso pone de manifiesto, de entrada, que lo que se cuestiona abiertamente el modelo de gestión indirecta del servicio público sanitario,

pretendiendo de esta manera los recurrentes introducir un debate en relación con una medida estrictamente política y a partir de argumentos de estricta oportunidad, lo que es ajeno a la jurisdicción constitucional.

- ii. no cabe cuestionar la constitucionalidad de las leyes de contenido heterogéneo a partir de la doctrina contenida en la STC 136/2011, descartando, en particular, que exista riesgo para la seguridad jurídica proclamada por el art. 9.3 CE.
- iii. el Servicio Madrileño de Salud goza de los caracteres que permiten su consideración como Administración Pública.
- iv. el artículo 63 respeta la constitucionalidad pues no vulnera el artículo 149.1.18 CE partiendo de la Ley General de Sanidad, norma básica estatal, y de las Leyes 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión en el Servicio Nacional de Salud, y 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Por lo que se refiere a las normas autonómicas, se cita la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid. En este contexto, la preferencia a las sociedades profesionales total o mayoritariamente integradas por profesionales sanitarios del Servicio Madrileño de Salud cuando se trate de contratar la gestión indirecta de centros de atención primaria debe materializarse, por mandato expreso de la Ley autonómica, en el marco de las formas de gestión indirecta previstas en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público.
- v. se concluye que el recurso interpuesto está plagado de consideraciones de carácter político y sobre cuestiones de oportunidad, lo que pone de relieve que los preceptos constitucionales son traídos de forma un tanto artificiosa.

3.3. Las alegaciones de la Letrada de la Asamblea de Madrid

- Insiste en que el lenguaje utilizado en el escrito del recurso es más propio del debate político que de un análisis acerca de la constitucionalidad de los preceptos impugnados.
- Identifica hasta siete motivos del recurso: dos de carácter formal (vulneración del principio de seguridad jurídica, relacionada con la consideración de la Ley recurrida como una ley de contenido heterogéneo o ley de acompañamiento, y la inexistencia de antecedentes necesarios), dos de índole sustantiva relativos a la vulneración de los artículos 41 y 43 CE y tres de carácter competencial, por infracción de los artículos 149.1.16, 17 y 18 CE.
- En cuanto a la pretendida vulneración de los artículos 41 y 43 CE, partiendo de lo expresado en la STC 103/1983, la representante legal

de la Asamblea de Madrid destaca que el sistema de Seguridad Social garantizado por estos preceptos constitucionales se caracteriza por: a) ser un sistema público y no contributivo; b) los poderes públicos tienen la obligación de garantizar la prestación del servicio sanitario, pero no que esta prestación deba ser realizada indefectiblemente de manera directa por éstos; c) por ello, cabe la posibilidad de gestión indirecta de los servicios sanitarios por las Comunidades Autónomas, que viene avalada por la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud; y d) el sistema ha de regularse por ley, lo que no excluye el recurso a la concesión como medio de gestión indirecta del servicio de asistencia facultativa especializada en algunos hospitales y centros de salud a la vista de lo declarado en la STC 65/1987.

IV. LOS RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

4.1. Consideración previa: constitucionalidad de las leyes de contenido heterogéneo

Recordemos que es a partir del año 1993 —concretamente con ocasión de la aprobación de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo— cuando surge un nuevo instrumento normativo conocido bajo la común denominación de “leyes de acompañamiento”, que constituye una vía intermedia¹⁵ para seguir legislando a propósito de la Ley de Presupuestos, pero evitando incurrir en el eventual juicio de inconstitucionalidad de ésta última como aconteció con la STC 76/1992, de 14 de mayo, en la que, entre otros aspectos, se cuestionaba que una norma que da nueva redacción al art. 130 de la LGT se contenga en una Ley de Presupuestos Generales del Estado¹⁶.

¹⁵ Tercera vía entre la renuncia a legislar vía presupuesto materias heterogéneas o la renuncia a las advertencias de tal proceder por parte del Tribunal Constitucional, como precisa PADILLA CARBALLADA en “Problemática jurídica de las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario del Estado”, Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras leído el 18 de Enero de 2007 en Barcelona, p. 26. Como señala el Académico de Número señor LECUMBERRI MARTÍ en su discurso de contestación, se trata este de un trabajo profundo sobre la doctrina acerca del contenido material de las Leyes de Presupuestos y de la Jurisprudencia constitucional al respecto (p. 62).

¹⁶ Razona el TC que “Con base a la doctrina del Tribunal debemos concluir que para que la regulación, por una Ley de Presupuestos, de una materia distinta a su núcleo mínimo, necesario e indisponible (previsión de ingresos y habilitación de gastos) sea constitucionalmente legítima es necesario que esa materia tenga relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento y que, además, su inclusión en dicha ley esté justificada, en el sentido de que sea un complemento necesario para la

El TC, con apoyo en el principio de seguridad jurídica, ya se había inclinado por restringir la inclusión en las leyes de presupuestos de materias ajenas al contenido constitucional de este tipo de leyes y ello a partir del artículo 134 CE, de cuyo contenido se extrae la delimitación material misma del contenido de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado tal y como señala la STC 203/1998, de 15 de octubre, al disponer que:

“Debe, en concreto, distinguirse entre un contenido mínimo, necesario e indisponible, constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, y un contenido posible, no necesario y eventual constituido por materias distintas a ese núcleo esencial que no siendo estrictamente presupuestarias inciden en la política de ingresos y gastos. Por lo que a este contenido eventual se refiere, su inclusión sólo es válida si se dan dos condiciones: la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes y la justificación de la inclusión de esta materia conexa en la ley que aprueba anualmente los Presupuestos Generales del Estado. En cuanto a la primera condición hemos señalado, asimismo, que debe tratarse de una relación directa con los gastos e ingresos que constituyen estrictamente el Presupuesto, o con los criterios de política económica general del que dicho Presupuesto es el instrumento. Y respecto de la segunda, que la justificación se produce cuando la materia incluida aparece como un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno. La inclusión de materias en las que no se dan esas condiciones en la Ley anual de Presupuestos puede ser contraria a la Constitución por suponer una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional y por afectar al principio de seguridad jurídica, debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo origina”.

De la misma manera, la doctrina puso el acento en la amenaza que para la seguridad jurídica representaba esta manera de legislar, pues mayoritariamente entendía que el citado artículo 134 CE, si bien otorgaba a las leyes de presupuestos de una naturaleza especial en razón de su materia y de su procedimiento de aprobación; sin embargo, su contenido mínimo no impedía que en ella

mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno [FJ 4].” La doctrina que sobre los límites constitucionales al contenido material de las Leyes de Presupuestos elaborado por el TC se inicia con la STC 27/191, de 20 de julio, a la que siguen, entre otras, las SSTC 84/192, de 23 de diciembre, 63/1986, de 21 de mayo, y 65/1987, de 21 de mayo, doctrina ha sido posteriormente reiterada en las SSTC 178/1994, de 16 de junio, 130/1999, de 1 de julio, 32/2000, de 3 de febrero, y 274/2000, de 15 de noviembre, entre otras.

se contuviera la regulación de otras materias —a salvo la limitación contenida en el apartado 7 de dicho precepto relativa a la creación de tributos—. Ello suponía que el silencio de la CE acerca de la posibilidad de regulación de otras materias diferentes de ese contenido mínimo representaba un cheque en blanco para hacer efectiva una expansión material de las leyes de presupuestos, de suerte que finalmente se desembocaba en lo que se denominó el “desbordamiento normativo” de las Leyes de Presupuestos, que introducía inseguridad jurídica derivada de la falta de certeza o incertidumbre sobre el Derecho vigente, sometido a un proceso constante de variación o cambio a través de las modificaciones que las Leyes anuales de Presupuestos introducían en amplios sectores del ordenamiento jurídico¹⁷.

Y precisamente, en relación con este nuevo instrumento legislativo se interpusieron varios recursos de inconstitucionalidad que se dirigen contra la Ley en su totalidad, poniendo en cuestión su naturaleza misma en cuanto atenta al principio de seguridad jurídica por su contenido heterogéneo. El Tribunal Constitucional en su STC 136/2011, de 13 de septiembre, considera que estas leyes no son contrarias a la Constitución pues, aunque desde una perspectiva de técnica jurídica la opción elegida por el legislador pueda ser eventualmente criticable, sin embargo no por ello puede tacharse de ilegítima esa posibilidad de dictar normas multisectoriales, aun cuando ello no se co-honeste con la siempre deseable homogeneidad de un texto legislativo, tanto más cuanto en el texto constitucional no existe precepto alguno que obligue

¹⁷ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, L. y RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: *La Ley de Presupuestos Generales del Estado. Eficacia temporal y carácter normativo*, colección Cuadernos y Debates, núm. 16, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. En otro lugar, RODRÍGUEZ BEREIJO se refiere a estas leyes también como “normas adosadas” (“Sobre técnica jurídica y Leyes de Presupuestos”, en *Estudios de Derecho y Hacienda: homenaje a César Albiñana García-Quintana* (Dr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.), Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, vol. I, p. 657. Sin agotar la amplia bibliografía sobre el tema, puede verse CAZORLA PRIETO, L.: *Las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario: sus problemas de constitucionalidad*, Marcial Pons-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1998. Asimismo, GIMÉNEZ SÁNCHEZ, ISABEL M.: “Las leyes de acompañamiento y el problema de las «leyes ómnibus»”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 22, 2008, p. 525 y ss.; o los trabajos de MARTÍNEZ LAGO: “Leyes de presupuestos y leyes “de acompañamiento” (Aspectos constitucionales de los Presupuestos Generales del Estado y abuso de las formas jurídicas por el Gobierno)”, *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 104, 1999, p. 765 y ss.; y “Las leyes de acompañamiento: sobre abuso de las formas jurídicas por el gobierno”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5, 1999, p. 543 y ss. Ciertamente hay autores que han destacado algún aspecto positivo de este instrumento legislativo, señalando al respecto que la Ley de Acompañamiento es la ley que refleja en mayor medida —más aún si cabe que la propia Ley de Presupuestos— su calidad de “norma esencial de dirección política gubernamental de cariz global”, como sostiene JIMENA QUESADA, L.: *Dirección política del Gobierno y técnica legislativa*, Tecnos, Colección “Temas clave de la Constitución española”, Madrid, 2003, p. 213. Pero también hay otros que no han ocultando su rechazo a esta figura al considerar que esta forma de legislar deja en manos de los grupos de presión la potestad legislativa efectiva, hurtando al órgano legislativo la función que le es propia, convirtiéndose éste en una mera oficina de registro de la voluntad de aquéllos: en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, p. 89.

a esa homogeneidad de contenido y, por la misma razón, impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo¹⁸.

Se pone de manifiesto entonces la dificultad de delimitar con “precisión quirúrgica” lo que constituya estrictamente regulación del ingreso y gasto público, y a este fin la doctrina constitucional ha elaborado unos criterios que definen este ámbito con cierta holgura, si bien sometido al cumplimiento de determinados requisitos como recuerda la STC 206/2013 cuando declara que:

“Junto a su contenido propio, irrenunciable, las leyes de presupuestos pueden regular excepcionalmente otras materias conectadas con el presupuesto, lo que venimos denominando *contenido eventual* o no necesario. Sólo puede encontrar cabida en una ley de presupuestos si se cumplen, cumulativamente, dos condiciones:

La primera, que exista una vinculación inmediata y directa con los gastos e ingresos públicos. Ahora bien, puesto que toda medida legislativa necesariamente es susceptible de tener un impacto en el gasto público (reduciéndolo o aumentándolo), o incluso en la estimación de ingresos, para que tenga cabida en este tipo de normas es esencial que la conexión con los gastos e ingresos públicos sea directa o inmediata.

La segunda, que la inclusión en la ley de presupuestos esté justificada por facilitar una mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno.”

Pues bien, en el presente caso, los recurrentes vuelven a invocar la lesión del principio de seguridad jurídica con el argumento de que los preceptos impugnados forman parte de una Ley —la Ley 8/2012, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid— en la que se incluyen normas que modifican numerosos textos legales en materias dispares, dando lugar a una técnica legislativa irregular e insuficiente, que dificulta la comprensión del alcance de la Ley.

Y la respuesta del TC en la sentencia que comentamos parte de la doctrina sentada en la STC 136/2011, de 13 de septiembre, y reiterada en la STC 176/2011, de 8 de noviembre, ya citadas, acerca de la constitucionalidad de las leyes de contenido heterogéneo y que se asienta sobre la premisa de que no existe ningún óbice desde el punto de vista constitucional que impida o limite la incorporación a un solo texto legislativo, para su tramitación conjunta

¹⁸ Las sentencias 136/2011, de 13 de septiembre y 176/2011, de 8 de noviembre, vienen a confirmar la idea, ya expresada hace tiempo por el propio Tribunal, de que su control de constitucionalidad no es un juicio sobre la cualidad técnica del ordenamiento jurídico, ni sobre la oportunidad de las opciones adoptadas por el legislador.

en un solo procedimiento, de multitud de medidas normativas de carácter heterogéneo.

Esta doctrina sentada respecto a las leyes estatales resulta trasladable a las leyes autonómicas, como es el presente caso, y conforme a lo ya expresado en la STC 132/2013, de 5 de junio, y de esta manera: “... en este caso, no cabe apreciar que la heterogeneidad de la Ley 8/2012 de la Comunidad de Madrid determine la denunciada vulneración del principio de seguridad jurídica. Nos encontramos ante un texto legal resultante de la tramitación parlamentaria de un proyecto de ley que fue presentado por el Gobierno de la Comunidad de Madrid y publicado en el Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid núm. 92, de 27 de noviembre de 2012, para conocimiento de todos sus eventuales destinatarios y de los integrantes de la Asamblea Legislativa autonómica, y que tras su aprobación definitiva por la Cámara, se insertó, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 40 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 310, de 29 de diciembre de 2012 y en el Boletín Oficial del Estado núm. 61, de 12 de marzo de 2013. Consecuentemente, no puede hablarse de quiebra de la vertiente objetiva del principio de seguridad jurídica identificada con la certeza del contenido de la norma en la STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 10, en unos términos luego reiterados, entre otras, en las SSTC 96/2002, de 25 de abril, FJ 5, y 37/2012, de 19 de marzo, FJ 8, que es la aquí concernida”.

4.2. Constitucionalidad del artículo 62 de la Ley 8/2012 de la Comunidad de Madrid: la posibilidad de gestión indirecta del servicio público sanitario

4.2.1. El modo de gestión indirecta de la asistencia sanitaria no conculca la garantía institucional del sistema de Seguridad Social

Los recurrentes ante el Tribunal Constitucional aducían, en síntesis, que el precepto en cuestión comporta una vulneración de los artículos 14 y 41 de la CE, además del artículo 149.1.17, pues al habilitar el establecimiento de un sistema de gestión indirecta del servicio de asistencia sanitaria de la Seguridad Social por vía de concesión administrativa a empresas privadas, en que la retribución del concesionario se establecerá de forma capitativa, da lugar a que en la Comunidad de Madrid exista un doble régimen económico en el aseguramiento de la prestación sanitaria: régimen económico contractual en las zonas con concesión y régimen económico presupuestario en las zonas de gestión directa, lo que en definitiva supone que el aseguramiento de una parte de la población deja de ser público y, por ende, se producen desigualdades injustas entre los ciudadanos de una misma Comunidad en cuanto a la prestación del servicio de asistencia sanitaria.

El TC rechaza tales argumentos y así, en cuanto a la habilitación de sistema de gestión indirecta del servicio de asistencia sanitaria, parte de lo ya declarado en las SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 213/2005, de 21 de julio, en el sentido de que:

“La garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema. Ahora bien este rasgo debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación, centrándola en aspectos concretos de éste desvinculados del conjunto al que pertenecen; sin cerrar la interpretación de ciertos conceptos de relevancia constitucional, ni tampoco haciéndoles encajar indebidamente en los moldes que en un determinado momento proporciona la ley ordinaria, tratando de descartar que pueda haber otros posibles. Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen. Desde esta perspectiva, el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél. La experiencia comparada y la de nuestro país así lo ponen de manifiesto.

(...) El art. 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer o mantener un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo ... un núcleo o reducto indisponible por el legislador? (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar? (SSTC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4; y 76/1988, de 26 de abril, FJ 4). Salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (STC 63/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras)”.

Para añadir en esta ocasión que:

“Esta doctrina constitucional pone de manifiesto que el art. 41 CE no exige que el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social re-

quiera necesariamente y en todo caso un sistema de gestión pública directa. De los pasajes reproducidos importa destacar el hecho de que el rasgo principal de la garantía institucional del sistema de Seguridad Social, el carácter público del mencionado sistema —correlato de la consideración de la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad como “una función del Estado”—, ha de apreciarse “en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación, centrándola en aspectos concretos de éste desvinculados del conjunto al que pertenecen; sin cerrar la interpretación de ciertos conceptos de relevancia constitucional, ni tampoco haciéndoles encajar indebidamente en los moldes que en un determinado momento proporciona la ley ordinaria, tratando de descartar que pueda haber otros posibles”. Lo que significa que ese “carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél”. De suerte que la apertura a fórmulas de gestión o responsabilidad privadas queda en todo caso condicionada a la preponderancia de los elementos definitorios del carácter público del sistema de Seguridad Social.

Por otra parte, el TC subraya que la medida normativa adoptada no alcanza a la totalidad del sistema sanitario, sino que se trata de una medida referida a unos supuestos muy concretos:

“... aun cuando esta previsión legal se materialice en la gestión indirecta del servicio por personas privadas, tal hecho no afecta al conjunto de mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social sino exclusivamente a los relativos a la acción protectora en materia de sanidad. Y aun dentro de esta a la asistencia sanitaria especializada que se presta en seis hospitales de la Comunidad de Madrid (Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo).

En este sentido, la sentencia es clara cuando declara que la utilización de fórmulas de gestión indirecta del servicio público sanitario en modo alguna supone que el poder público encargado del mismo renuncia a cualquier responsabilidad sobre el mismo, pues tal posibilidad es de todo punto irrealizable desde el momento en que aquél mantiene en todo caso la titularidad de dicho servicio, lo que le habilita para controlar o supervisar el modo en que se realiza su prestación a los usuarios. Dice en concreto el TC:

“La posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud”.

Y en ningún caso puede hablarse de un exceso competencial por parte del legislador autonómico, que no ha hecho otra cosa que poner en práctica lo ya previsto por el legislador estatal ex artículo 149.1.17 CE. En efecto, aquél:

“...se ha limitado a hacer uso de las posibilidades abiertas por la legislación estatal. La norma recurrida, de hecho, apoya la previsión en lo dispuesto en el ya mencionado artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que, entre otras posibilidades, dispone que la prestación y gestión de los servicios sanitarios podrá llevarse a cabo mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas. Tal regulación, además, resulta concordante, en lo que ahora interesa, con la normativa sobre contratación pública (conforme al art. 275.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público), “la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”).

Y precisa en este sentido que:

“... legislador autonómico madrileño se ha movido dentro de los límites definidos por la normativa estatal, en particular por el ya referido artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que más allá de la pregonada novedad de dichas formas de gestión, vino a disipar cualquier duda acerca de la posibilidad de acudir a técnicas de gestión indirecta del servicio público de la sanidad”.

Descartada así la pretendida inconstitucionalidad de la opción ejercida por la Comunidad de Madrid en orden a la forma de gestión del servicio sanitario que se contempla en la norma impugnada, el TC introduce una consideración relevante, a la par que fácilmente comprensible, cual es la relativa a la determinación de la eficacia de la prestación cuya gestión se arbitra en el sentido de que se hace preciso distinguir la valoración que, en términos de resultados, la misma merezca. Es decir, que para saber si un determinado modo de gestión es eficaz se requiere un análisis posterior a su puesta en marcha y la correspondiente evaluación de los resultados así obtenidos, pero se antoja imposible que apriorísticamente pueda ya conocerse el grado de eficacia de un resultado que aún no se ha producido. De ahí que esta circunstancia —la inviable anticipación de la valoración de un procedimiento aún no experimentado— no puede interferir la capacidad del poder público para arbitrar, en el marco de

la legalidad establecida, las opciones que el ordenamiento brinda en orden a una mejor gestión de los servicios públicos y más, si como es el caso, la propia norma garantiza que el servicio sanitario que así se preste deberá mantener unos niveles de calidad y atención al usuario. Lo razona la sentencia en estos términos:

“De modo que, con independencia de la valoración que contemplada desde la perspectiva del juicio de eficacia pueda merecer la fórmula organizativa de prestación de los servicios sanitarios controvertida, no puede decirse que, por sí sola y con el alcance definido por la Ley autonómica recurrida, ponga en riesgo la reconocibilidad de la institución, aquí el régimen público de Seguridad Social. La definición de las prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos queda en manos, en todo caso, de los poderes públicos, no habiéndose producido un traslado de esta potestad a quienes asuman la gestión —y solo la gestión— del servicio público de la sanidad; la financiación se lleva a cabo asimismo mediante fondos públicos, sin que las singularidades a las que pueda dar lugar aquí la preservación del equilibrio financiero del adjudicatario alcancen tal grado de intensidad que hagan inconstitucional el modelo de gestión establecido; y, finalmente, el art. 62.1 in fine alude expresamente a la garantía de “los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios”.

Por todo ello concluye el TC que “No se aprecia, por tanto, que la previsión recurrida ponga en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social ni que se desnaturalice su esencia”.

4.2.2. *La solución adoptada por la norma tampoco vulnera el principio constitucional de igualdad*

Contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, la gestión indirecta del servicio de asistencia sanitario con el alcance previsto en la norma impugnada en modo alguno permite apreciar que comporte desigualdades injustas entre ciudadanos de una misma Comunidad. En este sentido, el rechazo del argumentario del recurso por parte del TC es concluyente pues

“... la fundamentación ofrecida por los recurrentes se sustenta en presunciones, conjeturas o deducciones propias sobre la eventual dinámica que puedan seguir las adjudicatarias de la gestión, pero no se construye sobre datos normativos que establezcan las desigualdades denunciadas”.

Y vuelve a recordar el TC que la norma recurrida:

“...se limita a habilitar la posible adjudicación de contratos para la gestión de la asistencia sanitaria especializada. Sin embargo, por sí solo, no establece ninguna diferencia de trato en cuanto al contenido, alcance o calidad de la prestación sanitaria que hayan de recibir los ciudadanos asignados a esos seis hospitales”.

Por el contrario, como se ha adelantado, el legislador vela para que la prestación del servicio sanitario bajo esta forma de gestión indirecta mantenga intactos los estándares que se dispensan para el colectivo de ciudadanos integrados en el sistema de salud público, pues como reseña:

“... la propia norma recurrida se encarga de precisar que en la contratación adjudicada se garantizarán “los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios”, derechos entre los que se encuentra la garantía de accesibilidad de todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud a las prestaciones sanitarias “en condiciones de igualdad efectiva” (art. 23 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; y arts. 2 y 6 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid)”.

En esta perspectiva, la alegación que se plasma en el recurso en el sentido de que las concesiones para la gestión de la atención especializada provocan un “apartheid” en la provisión y prestación de la asistencia sanitaria, vulnerando características esenciales del Sistema Nacional de Salud, tanto del derecho a la salud (universalidad, igualdad efectiva, accesibilidad y libertad de elección), como del carácter integral del Sistema (financiación pública común, reglas básicas comunes...), merece un juicio desestimatorio en la sentencia con base en el razonamiento que se reitera relativo a que,

“... la norma impugnada se limita a habilitar la adjudicación de contratos para la gestión de asistencia sanitaria especializada en determinados hospitales, pero ni en ningún momento incide en el régimen de acceso y en el contenido de la prestación sanitaria para los ciudadanos, ni tampoco altera la financiación con fondos públicos del servicio.”

En definitiva, el TC considera que:

“La tesis defendida por los recurrentes se sustenta sobre una serie de consideraciones, perfectamente legítimas, que traducen un juicio crítico global sobre la solución organizativa plasmada en la norma impugnada pero que no es susceptible de un juicio de validez constitucional pues no se

sustenta sobre una argumentación de carácter jurídico que permita a este Tribunal profundizar en todas sus vertientes”.

Y concluye:

“La opción por un sistema de gestión indirecta de los hospitales a los que es aplicable el art. 62 de la Ley 8/2012, no representa, por ello mismo, una auténtica novedad sino la utilización de una posibilidad que, más allá de su mayor o menor novedad, abrió el legislador básico estatal en la Ley de 25 de abril de 1997”.

4.3. Inconstitucionalidad del artículo 88.2 de la LOSCM en la redacción dada por el artículo 63 de la Ley 8/2012 de la Comunidad de Madrid: rechazo de la preferencia por las sociedades profesionales en la gestión de los centros

En relación con esta cuestión, el TC comienza por señalar que tanto el artículo 3.2 como el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), relativos, el primero a qué se entiende por Administración pública a los efectos de este texto legal y, el segundo, estableciendo la definición del contrato de gestión de servicios públicos en función de la entidad contratante, la Administración pública, y el objeto del contrato, la gestión de un servicio público de su competencia, son formal y materialmente básicos considerando que los elementos objetivo y subjetivo esenciales para la determinación de las reglas aplicables a los contratos públicos se establecen en ejercicio de la competencia que asiste al Estado ex art. 149.1.18 CE.

Desde esta perspectiva, el Servicio Madrileño de Salud tiene la condición de Administración Pública a los efectos del mencionado TRLCSPP y asimismo competencia para la prestación de los servicios sanitarios de los hospitales públicos a los que la norma se refiere y ello porque:

“... lo cierto es que el Servicio Madrileño de Salud reúne las condiciones de la letra e) del art. 3.2 TRLCSPP, pues se trata de una entidad de derecho público adscrita a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (art. 59 Ley 12/2001, de Ordenación sanitaria de dicha Comunidad), cuya actividad principal, precisamente por actuar en el ámbito del servicio público sanitario, no es la producción de bienes y servicios en régimen de mercado, esto es, en régimen de libre competencia. No se trata, tampoco, de una entidad similar o equiparable a las entidades públicas empresariales estatales, excluidas expresamente por el art 3.2 e) TRLCSPP de la categoría de

Administraciones Públicas, que vienen en principio a corresponderse con las empresas públicas reguladas en el art. 5.2 Ley 9/1990, a las que el Servicio Madrileño de Salud no pertenece. A mayor abundamiento, conforme a la información que obra en el Perfil del contratante, los contratos que licita y adjudica el Servicio Madrileño de Salud son contratos administrativos, lo que no viene sino a confirmar su carácter de Administración pública a los efectos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Recordemos que el apartado 1 del artículo 88 de la LOSCM en la redacción dada por el artículo 63 de la Ley 8/2012 dispone que “Los centros y establecimientos que integran el Servicio Madrileño de Salud se podrán configurar como instituciones sanitarias del citado ente sin personalidad jurídica propia, o bien como entidades sanitarias dependientes del mismo, de titularidad pública y con personalidad jurídica propia. En este caso, las mismas podrán adoptar cualquiera de las figuras organizativas previstas en el ordenamiento jurídico y su creación se realizará mediante Decreto del Consejo de Gobierno”.

De ahí que la sentencia concluya declarando que el precepto impugnado, al habilitar al Servicio Madrileño de Salud para la adjudicación de los servicios de atención especializada de determinados hospitales públicos, no vulnera el artículo 8 del TRLCSP y, en consecuencia, la competencia estatal para dictar la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas.

En cambio, el TC sí aprecia falta de sintonía con el texto constitucional del apartado 2 del citado artículo 88 en la redacción de la Ley 8/2012 que, recordemos, establece lo siguiente:

“Cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño. Establecida la preferencia, en caso de que la gestión de los centros no se asigne a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrán concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas”.

Pues bien, una interpretación sistemática de esta norma a la luz de lo prevenido en el artículo 1 TRLCSP relativo al principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores ; en el artículo 54 y siguientes TRLCSP

que establecen las reglas que rigen la capacidad y solvencia del empresario partiendo precisamente de ese principio de no discriminación; así como en el artículo 150 TRLCSP en lo que atañe a los criterios de adjudicación o selección del adjudicatario; y sin olvidar que dicha interpretación ha de ser acorde con las exigencias del Derecho europeo, no obstante las precisiones que al efecto señala la sentencia (“el Derecho europeo no es canon de constitucionalidad de las leyes estatales o autonómicas”), permite concluir que,

“... la preferencia que otorga el precepto autonómico impugnado a las sociedades de profesionales, compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, es contraria a la legislación básica del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas”.

Y ello porque, en sustancia,

“Como reconoce el precepto impugnado, la preferencia que se otorga a las sociedades profesionales compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, no tiene que ver con la solvencia económica y financiera, profesional y técnica de las citadas sociedades, sino con —su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño—. Antes al contrario, produce un efecto claro e insalvable de exclusión de los licitadores, nacionales o extranjeros, que, a pesar de contar con la misma solvencia económica y técnica, no pueden reunir unas condiciones sólo asequibles para un tipo de personas jurídicas, las constituidas por profesionales del Servicio Madrileño de Salud. Esta preferencia no tiene, pues, cabida, como regla de capacidad y solvencia, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyas prescripciones a este respecto deben considerarse, por otra parte, formal (disposición final segunda apartado tercero TRLCSP) y materialmente básicas, pues garantizan la igualdad de los licitadores en el acceso a los contratos públicos y aseguran su viabilidad y, por tanto, la eficiencia en el gasto que se persigue con las compras pública”.

V. EL DEBATE SOBRE LA PRIVATIZACIÓN DE LA SANIDAD: EL ENCUENTRO ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

5.1. Consideraciones previas: Estado de bienestar, Estado social y servicio público

La controversia que suscita la incorporación de fórmulas de gestión privada en el ámbito de los servicios públicos se presenta a menudo —más intensamente aderezado con ingredientes en clave ideológica propios del debate político, que se refuerzan en procesos electorales— como el intento de acometer una disminución del Estado del bienestar. Sin embargo, entendemos que la cuestión estriba no tanto en si el Estado del bienestar va a reducirse, cuanto si el actual modelo precisa de una reestructuración precisamente para que el mismo no acabe por agotamiento. Es cierto que la discusión sobre la necesidad de reformar el Estado del bienestar se acentúa en los periodos de crisis económica como la que actualmente sentimos, pero no es menos cierto que aquél no ha sido una realidad institucional monolítica, sino dinámica, expuesta a las transformaciones esencialmente de carácter económico y social, más trepidantes en los últimos tiempos.

De suerte que cabe apreciar una interdependencia entre los conceptos de Estado de/del bienestar y de Estado social: el primero se trataría de un concepto estrictamente jurídico —el de Estado social de derecho a que se refiere el artículo 1.1 CE—, en tanto que el concepto de Estado de bienestar haría referencia a un concepto no normativo, sino descriptivo, sociopolítico y socioeconómico¹⁹. En un sentido amplio, se entiende por “Estado social” aquél que se obliga a sí mismo, a través de instrumentos normativos, a proteger y a promover la justicia social y el bienestar de todos sus ciudadanos. Sin duda se trata de un modelo que tiene su origen en las transformaciones operadas por la revolución industrial y la incapacidad de la sociedad para dar respuesta satisfactoria a las necesidades que van surgiendo, de manera que es el Estado el que amplía sus responsabilidades para, superando la tradicional dicotomía Estado-sociedad, convertirse ahora en actor-regulador decisivo del sistema social y elemento estructurante de la sociedad²⁰.

Ahora bien, como señala PAREJO²¹, el Estado, ni siquiera en su versión liberal, ha sido refractario a la intervención en el orden social, si bien inicialmente

¹⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, sept.-dic. 3003, p. 140. Señala el autor que se trata de dos conceptos potencialmente interrelacionados pero perfectamente distinguibles e, incluso, potencialmente independientes desde una perspectiva epistemológica.

²⁰ GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, p. 22 y ss.

²¹ PAREJO ALFONSO, L.: “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la <<crisis>>

ésta se desenvuelve en el marco propio de su propia condición orientada finalísticamente a asegurar la libertad y seguridad de los ciudadanos. Bien es cierto que, progresivamente, a medida que las transformaciones y problemas sociales se hacen más complejos y las demandas de los individuos se incrementan al abrigo de la evolución social y el progreso económico, el Estado no se limita ya solo a tutelar la vigencia de las libertades individuales, sino que asume un papel activo en aras de garantizar el acceso a los bienes y servicios sociales: la educación, la sanidad, la asistencia social, etc., se extendieron desde el siglo XIX y a lo largo del siglo XX hasta la actualidad para adquirir una dimensión colectiva.

Y ha sido precisamente la extensión de los servicios públicos y su tradicional responsabilidad estatal lo que ha puesto en cuestión el modelo de Estado social o del bienestar, hasta el punto de que comienza a mirarse hacia lo “privado” y sus modelos de gestión como una salida a lo que se ha dado en denominar “crisis del Estado de bienestar”.

En este punto, es pertinente aproximarnos al concepto de servicio público expresado por GARRIDO FALLA en los siguientes términos: “el servicio técnico prestado al público de manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial”²². Como señala el autor, de esta definición se extraen algunas notas constitutivas que merecen ser destacadas:

- a) se trata de un *servicio técnico*, esto es, de una prestación enmarcada en la tradicional actividad prestacional o de servicio público que configura la trilogía tradicional de las formas de actividad que despliega la Administración junto con la de policía o intervención y la de fomento o incentivadora).
- b) es una prestación dirigida al *público*, esto es, a los ciudadanos en general, sujeta al principio de igualdad.
- c) la prestación se realiza de manera *regular y continua*, lo que comporta el buen funcionamiento del servicio de suerte que el ciudadano puede disponer del mismo sin interrupción ni reducción.
- d) es de *titularidad pública*, nota esta inmanente al concepto mismo de servicio público en la medida en que la Administración siempre conserva

de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 153, sept.-dic. 2000, p. 218. Sobre la dualidad público-privado, que sin duda subyace en el tema abordado, puede verse de este mismo autor “Público y privado en la administración pública”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (Coord. Por IGLESIAS PRADA, J.L.), Civitas, Madrid, 1996, vol. 4, p. 4667 y ss. Cfr. ORTÚN RUBIO, V.: “Organización de los servicios sanitarios en el Estado del bienestar”, en *La organización de los servicios públicos sanitarios* (PAREJO et al.), op. cit., p. 47 y ss.

²² GARRIDO FALLA, F.: “El concepto de servicio público en Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, sept-dic. 1994, p. 21.

la potestad de dirección y control del servicio. Ello tiene como derivada la disociación entre “titularidad” y “gestión”, lo que permite la intervención de los particulares para su prestación, si bien en este caso la misma solo puede llevarse a cabo previa habilitación al efecto de la Administración titular y bajo las modalidades previstas para su gestión indirecta. En cualquier caso, aunque el servicio público sea gestionado por un particular, la titularidad del mismo sigue siendo pública, además de sujetarse entonces a una intensa reglamentación por parte de la Administración con el fin de asegurar la satisfacción del interés público.

- e) la prestación se realizada al amparo de un régimen jurídico especial, tradicionalmente de carácter público, pero progresivamente abierto a las posibilidades que ofrece el Derecho privado.

Es precisamente en torno a la figura del servicio público, sin duda institución nuclear del Derecho Administrativo como resulta de las construcciones doctrinales debidas a DUGUIT, JÉZE o HAURIOU, donde se experimenta un replanteamiento de la tensión entre Estado y sociedad, poder y libertad, en el sentido de superar la tradicional concepción, presente aún en determinados sectores ideológicos, que identifica la prestación de los servicios públicos con la forma de prestación directa de éstos por el Estado y considerar también que esa prestación puede realizarse también mediante otras fórmulas legítimas en las que se de acceso a la intervención de los particulares sin merma del carácter público del servicio así prestado. Y es que no hay que olvidar que esa concepción clásica de servicio público obedece a un contexto histórico definido en el que el Estado es el único responsable de facilitar las prestaciones asistenciales básicas a los ciudadanos²³.

En este proceso de recomposición de la relación Estado-sociedad que combina la privatización de actividades con la adaptación de la intervención pública mediante nuevas fórmulas organizativas que destacan el papel regulador del Estado de amplios sectores de la actividad económico-social podemos

²³ Puede verse en resumen de la posición del servicio público en la historia en RODRÍGUEZ ARANA, J.: “Servicio público y Derecho comunitario europeo”, *Revista catalana de derecho público*, núm. 31, 2005, p. 382 y ss. Es abundante el tratamiento de la doctrina sobre la crisis de la noción de servicio público y su relación con la reformulación del Estado bienestar, pudiendo citarse a este respecto como muestra los trabajos de GARRIDO FALLA, F.: “¿Crisis de la noción de servicio público?”, *Estudios de Derecho público económico; libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (Coord. Por COSCULLUELA MONTANER, L.), Civitas, Madrid, 2003, p. 441 y ss.; MARTÍN MATEO, R.: “La crisis del servicio público”, *Derecho y economía en el Estado social*, (Corcuera Atienza y García Herrera, ed. lit.), 19, p. 137 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C.: “Servicio público: ¿crisis o renovación?”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 28, 1996, p. 59 y ss.; y SERRANO TRIANA, A.: *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983. Sin olvidar un estudio pionero en esta materia debido a MARTÍNEZ-ABARCA RUIZ-FUNES, C.: *La colaboración particular y la crisis de la noción clásica del servicio público*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1958.

encontrar, con PAREJO²⁴, la cara de la denominada “crisis del Estado social” que, en rigor, como recalca el autor, no significa en ningún caso una eliminación del papel del Estado en la dinámica de aquellos sectores, sino una mera reducción de su tradicional protagonismo en la actividad prestacional para reforzar ahora las actividades de dirección, supervisión y control de la misma.

Nos encontraríamos entonces con una nueva formulación de la relación Estado-sociedad que trasciende el modelo estático de Estado de bienestar en el que los servicios públicos y el propio Estado se erigen como fin, para abrir paso a una concepción de la realidad estatal en la que sobresale su dimensión garantizadora —Estado garantizador²⁵— al anteponer ahora el bienestar mismo de los ciudadanos, que se convierte de esta manera en el auténtico fin a alcanzar, siendo por tanto el servicio público un instrumento para la realización de actividades públicas en el que lo relevante es cómo puede o debe prestarse para que verdaderamente cumpla la finalidad que lo justifica²⁶.

Porque como se ha apuntado, nuestro sistema jurídico ha identificado tradicionalmente el concepto de servicio público con la idea de monopolio o reserva de la actividad prestacional al sector público, reserva esta que garantizaba una esfera de actuación al sector privado mediante la figura concesional que posibilitaba la realización de grandes obras públicas o prestación de servicios públicos necesarios para el desarrollo de un Estado moderno, esquema que pervive bajo la fórmula moderna de la colaboración público-privada, diferenciando claramente entre la titularidad y la gestión del servicio²⁷.

En este sentido, en principio nada impide que la prestación pueda realizarse en régimen de libertad o competencia, pues lo cierto es que nuestra Constitución no establece prohibición alguna en este sentido. Salvo las competencias exclusivas del Estado relacionadas con la soberanía que se enumeran en el artículo 149.1 del texto constitucional, en relación con los demás sectores competenciales, ya del Estado, ya de las Comunidades Autónomas, no se prevé un reconocimiento exclusivo para la Administración a modo de reserva prestacional, sino que la Constitución admite flexibilidad en orden a cómo han de prestarse servicios tales como la educación, sanidad, cultura, seguridad,

²⁴ “El Estado social administrativo: algunas reflexiones...”, op. cit., p. 221.

²⁵ En este sentido RODRÍGUEZ ARANA, op. cit., p. 377 y 378.

²⁶ Señala MALARET que “tanto las transformaciones del Derecho privado como las del Derecho público convergen en un punto de encuentro que se sitúa, precisamente, en el ámbito de la gestión de los servicios públicos” (MALARET I GARCÍA, E.: “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, enero-abril 1998, p. 64).

²⁷ Afirma RODRÍGUEZ-ARANA que “el nacimiento de la concesión administrativa como modo indirecto de gestión de los servicios públicos se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que debía gestionarse aguas arriba del propio Estado” (“Servicio público y Derecho comunitario europeo”, op. cit., p. 377).

asistencia social, etc., reservando eso sí para el poder público la responsabilidad de garantizar, tutelar, controlar, etc. la prestación en todo caso de los mismos²⁸.

Es más, ni tan siquiera podemos encontrar en la Constitución un concepto de servicio público, pues todo lo más que hallamos son referencias al término “servicio esencial” que aparece en los artículos 28.2²⁹, 37.2³⁰ y 128.2³¹, sin duda de significado más genérico que el de servicio público y que permite acoger nuevas nociones por influjo del Derecho europeo y el componente liberalizador que lo preside³²; así el término “servicio económico de interés general” vinculado a los principios de solidaridad e igualdad que se erigen en objetivos fundamentales de la Unión Europea³³. No es desdeñable tampoco la influencia

²⁸ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, S.: “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 144, sept.-dic. 1997, p. 7 y ss. Vid. PAREJO ALFONSO, L., “Constitución, Sistema Nacional de Salud y formas de organización”, en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, op. cit.

²⁹ “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

³⁰ “Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

³¹ “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

³² Sobre el servicio público en la Constitución y la influencia del Derecho europeo puede verse PAREJO ALFONSO, L.: “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 21 semestre 2004, p. 54 y ss. También RODRÍGUEZ-ARANA: “Servicio público y Derecho comunitario europeo”, op. cit., p. 385 y ss. MALARET, por su parte, destaca las distintas connotaciones que la noción de servicio público presenta en los distintos Estados miembros, pese a lo cual existe una idea *intuitiva* que identifica determinadas actividades como propias de la Administración pública y vinculadas a los poderes públicos: se trata de actividades de interés general o utilidad pública y, por ello, aseguradas por organizaciones de Derecho público o privado pero siempre bajo el control o intervención del poder público (“Servicios públicos, funciones públicas,...”, op. cit., p. 50).

³³ El artículo 14 del Tratado consolidado de la Unión Europea establece: “Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios”. En estrecha relación, el Protocolo número 26 del Tratado de la Unión Europea se refiere a los “servicios de interés general” y expresa dentro de los valores comunes de la UE presentes en el artículo 14 citado que han de incluirse, los siguientes: i) el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios; ii) la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales; y iii) un alto nivel de

ejercida por el derecho europeo y su decidida apuesta por la construcción de un mercado unitario en el que principio de libre concurrencia y de prestación de servicios ha marcado su impronta en el proceso de liberalización en el ámbito de los servicios de contenido económico y, en general, en el ámbito de la actividad prestacional del Estado tradicionalmente insertada en un ámbito de monopolio o reserva³⁴.

Por otra parte, no hay que olvidar que en nuestra experiencia se constata desde hace tiempo la existencia de servicios públicos que han estado fuera del régimen de monopolio, prestándose desde sus orígenes en régimen de concurrencia con el sector privado, tales como la educación y, cabalmente, la sanidad. Por ello, lo relevante a la postre es determinar el alcance de la dimensión del Estado en su función prestacional en el marco de la sociedad actual, reservándose en todo caso la dirección y el control de los procesos de prestación de los servicios públicos en la idea de que estas prestaciones puedan también llevarse a cabo por el sector privado, pues tanto la prestación se realice directamente por el Estado o bien indirectamente con la colaboración del sector privado, el servicio público no pierde su condición de público y, por tanto, se mantiene también en este caso en el ámbito de la responsabilidad estatal.

En fin, hay que recordar que el artículo 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud, encomendando a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios y, en estrecha relación, el artículo 41 CE dispone que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La inteligencia de ambos preceptos permite extraer la conclusión de que el texto constitucional garantiza la efectividad de tales derechos mediante el mantenimiento de un servicio universal, consagrando la responsabilidad de los poderes públicos en la protección, en nuestro caso, de la salud. Éstos son, pues, responsables de garantizar un régimen público de Seguridad Social, comprensivo de la asistencia sanitaria, pero sin que ello signifique una reserva a aquéllos de la actividad sanitaria pues en la medida en que se mantenga ese régimen público respecto del ciudadano o usuario, podrá tener cabida la iniciativa privada. Hay que insistir en que lo relevante en el Estado actual es que la actividad de servicio público se preste de manera eficaz y eficiente, ideas estas sobre las que abundaremos más adelante, pues solo desde la defensa de la calidad en la prestación

calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios. Y ello sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico.

³⁴ Un estudio en profundidad sobre la dimensión actual del concepto de servicio público partiendo de su formulación clásica podemos encontrarlo en SENDÍN GARCÍA, M.A.: *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2003.

de los servicios públicos podemos hablar realmente de la construcción de una auténtico Estado social, calidad que debiera alcanzarse en todo caso desde la gestión directa del Estado pero que puede complementarse con una eficaz colaboración público-privada.

5.2. El concepto de privatización: necesidad de su delimitación

Entramos así en lo que es aspecto medular del tema que aquí nos ocupa, la ya señalada problemática acerca de la gestión privada de la sanidad pública. Hemos advertido anteriormente de la necesidad de precisar la expresión privatización referida a los servicios públicos en general y, en nuestro caso, al servicio sanitario en particular.

En un sentido amplio, el concepto privatización alude al fenómeno, confuso por lo demás³⁵, comprensivo de todas aquellas acciones del poder público que buscan, en esencia, reducir la presencia de éste en la economía, bien mediante el traspaso de funciones y actividades públicas al sector privado, bien mediante el desarrollo de actividades públicas bajo formas organizativas y régimen jurídico privado³⁶. En otros términos, comporta el traspaso de la actividad de producción de bienes y servicios desde el sector público al privado y puede ser realizada de forma parcial o total³⁷. Y en esta misma perspectiva amplia, se asocia con la transferencia de activos del sector público al privado en términos de propiedad, gestión, finanzas o control; en tanto que en un sentido más restringido, el término se utiliza para describir la venta de activos públicos al sector privado, también vinculado con una función de regulación del poder público en relación con las políticas de liberalización y desreglamentación³⁸.

³⁵ Así lo califica GONZÁLEZ-VARAS pues entiende que este concepto no tiene un sentido único, sino que se manifiesta a través de distintas formas, que analiza ampliamente distinguiendo: i) privatización material, ii) privatización formal, iii) privatización funcional, iv) privatización y concesión y v) privatización indirecta mediante colaboración (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: "El concepto y las formas de privatización", *Revista Española de Control Externo*, p. 77 y ss. y la abundante bibliografía sobre el tema que se cita).

³⁶ Sobre el fenómeno de la privatización en general puede consultarse VILLAR ROJAS, F. J.: *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993 y DE LA SERNA BILBAO, N.: *La privatización en España*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995. Específicamente en relación con la privatización del servicio sanitario en la Comunidad de Madrid puede verse DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: "Formas de gestión indirecta de los servicios sanitarios y "privatización" de la sanidad pública (especial referencia al Plan de Mediadas de la Comunidad de Madrid)", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, vol. I, 2013, p. 111 y ss.

³⁷ GARCÍA DÍAZ, M. A.: "Bienes y servicios públicos en España. Una valoración económica de las privatizaciones y los procesos de liberalización", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2.º semestre 2004, p. 97. Destaca el autor que las tres modalidades no son estancas, sino que puede suscitarse un proceso dinámico entre ellas, en el sentido de que la inicial privatización de la organización da paso normalmente a una privatización posterior de funciones y cometidos.

³⁸ "La incidencia de la descentralización y la privatización en los servicios municipales", Informe para el debate de la Reunión paritaria sobre la incidencia de la descentralización y la privatiza-

En definitiva, el término está íntimamente vinculado al replanteamiento de los fines que debe perseguir y, los medios que debe utilizar el sector público, para servir adecuadamente a la sociedad en la que se incardina³⁹.

También se utiliza en un sentido amplio este término para aludir a: a) todas las iniciativas desde los poderes públicos orientadas a la reducción del sector público y, en paralelo, incrementar el sector privado; b) la mejora de los resultados de aquellas actividades que permanecen en manos del sector público; y c) comprendería también el proceso de cambio social que modifica los mecanismos de regulación y de control de la sociedad⁴⁰.

Para intentar reconducir el término a un ámbito más preciso, MÉNENDEZ⁴¹ propone un triple significado: i) la llamada *privatización material* entendida como atribución al sector privado de tareas o funciones que eran de competencia pública; ii) la denominada *privatización funcional* o gestión indirecta de tareas o funciones públicas a través de entidades privadas mediante contrato; y iii) la *privatización formal*, es decir, la realización de tareas de competencia pública a través de entidades u organismos públicos que actúan sometidos al régimen de Derecho privado.

En el primer sentido, siguiendo al autor, el fenómeno de privatización ha afectado a tareas que tradicionalmente eran de competencia estatal, incluso en régimen de monopolio, y que han pasado a ser, por exigencias del Derecho de la Unión Europea, actividades privadas a desarrollar en régimen de libre competencia en el marco del proceso de liberalización de actividades anteriormente configuradas como servicios públicos (es el caso de las telecomunicaciones, energía eléctrica, etc.). Es en esta acepción en la que se incardinaría la concepción neoliberal antes considerada, entendiendo entonces que la actividad sanitaria de privatiza y se desplaza del ámbito del poder público al privado enteramente, sin perjuicio de su regulación. Pero es evidente que la sanidad —el servicio público sanitario— tendría difícil encaje, siendo optimistas, en el actual marco juridico-constitucional.

La tercera acepción, la gestión directa de tareas públicas a través de entidades de esta misma naturaleza pero que se someten en su actuación al régimen de Derecho privado, tampoco suscita mayores reparos hoy en día, a salvo la

ción en los servicios municipales celebrada en Ginebra del 15 al 19 de octubre de 2001, Organización Internacional del Trabajo (OIT), programa de Actividades Sectoriales, p. 7.

³⁹ Así lo expresa HERNÁNDEZ, N.: “privatizaciones: significado y razón de ser desde un punto de vista económico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 3, 1999, p. 41.

⁴⁰ GOMÁ, R. y BRUGUÉ, Q.: “Algunas matizaciones en relación a la privatización de los Servicios Públicos”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 8, Servicio de Publicaciones de la UCM, 1996, p. 15 y 16. No se oculta la dimensión jurídico-económico-social que late en estas acepciones del término, lo que explica la complejidad del fenómeno no reconducible a planteamientos simplistas.

⁴¹ MÉNENDEZ REXACH: “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública...”, op. cit., p. 271 y 272.

intensa discusión en el terreno doctrinal del fenómeno de la denominada “huida del Derecho Administrativo”⁴².

La denominada *privatización funcional* refiere a la gestión de tareas o funciones públicas a través de entidades privadas mediante contrato, esto es, constituye el supuesto típico de gestión indirecta de los servicios públicos de amplia acogida en nuestro sistema jurídico como se ha señalado.

La posibilidad de que la Administración pueda gestionar indirectamente un servicio público con la colaboración privada está admitido en nuestro ordenamiento jurídico como bien señala el artículo 275.1 del TRLCSP al definir el ámbito del contrato de gestión de servicios públicos en los siguientes términos: “La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”. Y el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), en su apartado 2 dispone que “los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente”, enumerando a continuación esas formas distinguiendo entre las de “gestión directa” y las de “gestión indirecta”, en este último supuesto “mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”.

En este sentido, el artículo 277 TRLCSP enumera las modalidades de la contratación de la gestión de los servicios públicos, a saber: a) concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura; b) gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato; c) concierto con persona natural o jurídica que venga realizando

⁴² Se refiere este ya viejo fenómeno al creciente número de organizaciones de carácter público que someten su actuación a las normas de Derecho privado desligándose de las de Derecho público, esencialmente administrativas, a la vez que se cuestiona la capacidad misma de las construcciones iuspublicistas para dar respuesta inmediata y eficaz a los problemas que el mundo complejo de hoy plantea. Este fenómeno encuentra en PAREJO ALFONSO una estrecha conexión con la vertiginosa evolución de la sociedad, que cuestiona “las ideas, los principios, los orígenes, las categorías, los conceptos y los términos trabajosamente establecidos y depurados por el Derecho Público y aún en proceso de perfección, considerados en la fórmula “Estado democrático y social de Derecho”, surgiendo así las tendencias a la desregulación, la privatización, la racionalización de la función y del tamaño del Estado” (PAREJO ALFONSO, L.: *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 13 y 14). Por su parte, GARRIDO FALLA calificaba a este fenómeno como “una auténtica apostasía del Derecho Administrativo” (“Privatización y reprivatización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991, p. 18). Pero ya años atrás DE MIGUEL GARCÍA examinaba el proceso, cada vez más acusado, de interferencia mutua entre las esferas jurídicas pública y privada expresada en los fenómenos de actividad administrativa de los particulares y, a la par, actividad privada de los entes públicos (“Consideraciones en torno a lo privado y a lo público”, *Documentación Administrativa*, núm. 154, 1973).

prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate; y d) sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Nótese, y ello es capital, que cualesquiera de las formas de privatización consideradas no debe suponer una retirada del poder público del campo de actuación, sino un cambio de los tradicionales mecanismos de intervención a fórmulas de cooperación o colaboración. Porque siguiendo a PAREJO⁴³, para que pueda hablarse de una verdadera privatización —en el sentido en que erróneamente se utiliza de ordinario en el debate político añadimos— es necesario que concurran las siguientes dos condiciones: primera, la liquidación o supresión del centro público establecido para la realización de la correspondiente tarea y su reubicación en el ámbito de disposición de los sujetos privados; y segunda, la ausencia de responsabilidad del poder público respecto de la ejecución privada de esas tareas.

Mas parece claro que en el caso del servicio público sanitario que nos ocupa no puede en rigor hablarse de una suerte de traslación plena de éste al ámbito privado, desponjándole así de su carácter público, pues éste es inherente a la naturaleza misma de esta prestación por disposición constitucional, lo que no significa que el mismo deba ser indefectiblemente gestionado de modo directo por las Administraciones públicas⁴⁴.

Y es que la privatización en modo alguno implica una “desresponsabilización” del poder público respecto de las condiciones en que han de prestarse los servicios públicos, sino una transformación del modo en que esta prestación puede realizarse y que, en último término, aun en la perspectiva de una transferencia más intensa de la misma al sector privado, supondrá en todo caso un cambio, que no una extinción, de la forma en que se mantiene la responsabilidad del poder público respecto de tales servicios, que ahora potenciará su función de “regulador”⁴⁵. En este sentido adquiere interés la idea de los

⁴³ “El Estado social administrativo: algunas reflexiones...”, op. cit., p. 243.

⁴⁴ En relación con este debate privatización, sí o no, resulta aleccionador el trabajo de DE MONTALVO JÄÄSHELÄINEN, F.: “Los seis mitos de la privatización sanitaria”, *Razón y Fe*, t. 267, núm. 1.372, 2013, p. 135 y ss.

⁴⁵ Esta nueva presencia del poder público en el campo de la privatización como poder de regulación, y no tanto de intervención al modo tradicional, no implica una actitud de pasividad o retracción de aquél, pues lo cierto es que esa presencia puede resultar finalmente más intensa resaltando las funciones de control, supervisión o inspección (Vid. SORIANO GARCÍA, J. E.: *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, p. 1 y ss. Por otra parte, MENÉNDEZ considera que siendo en el ámbito sanitario la igualdad en el acceso y en las condiciones de prestación la clave del sistema, ello aconseja el mantenimiento de un marco organizativo de derecho público, sin perjuicio de que se utilicen las formas jurídico privadas que contribuyan a una mayor agilidad en la contratación y en la gestión patrimonial, como permite ya la legislación vigente (MENÉNDEZ REXACH: “Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el Derecho Administrativo”, Ponencia presentada en el IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario celebrado en Madrid del 23 al 25 de octubre de 1997.

“ordenamientos de cobertura” en cuanto la creciente cooperación entre el Estado y la sociedad reclama una recíproca interacción entre las esferas pública y privada del ordenamiento jurídico, pues la privatización de funciones no conduce a una nítida separación de las esferas de competencia pública y privada: lo que significa tal privatización es que si antes el Estado tenía la responsabilidad de llevar a cabo directamente las tareas públicas, ahora su misión consiste más bien en supervisar la ejecución de esas tareas⁴⁶.

5.3. La gestión indirecta (privatización) de la sanidad: algunos precedentes

En España, en el ámbito del servicio público sanitario, ha existido una amplia tradición en la externalización al sector privado de determinadas actividades que se realizan en los centros sanitarios, si bien éstas se refieren a tareas auxiliares a las propiamente sanitarias, tales como los servicios de limpieza, mantenimiento, lavandería, catering o restauración⁴⁷.

Pero la introducción de fórmulas colaborativas con el sector privado también se ha experimentado en el plano sanitario, situándose el punto de inflexión en el denominado “Informe Abril”, que debe su nombre a Fernando Abril Martorell, que había llegado con Adolfo Suárez a una vicepresidencia segunda y que fue uno de los muñidores de la negociación en los pactos de La Moncloa y en la redacción de la Constitución, a quien el entonces Gobierno de Felipe González encomienda un exhaustivo estudio con tres claros objetivos en relación con el Sistema Nacional de Salud instaurado por la Ley General de Sanidad de 1986 (LGS): i) mejorar la gestión de los recursos humanos y técnicos; ii) asegurar una asistencia sanitaria de calidad y iii) contener, o disminuir, el gasto sanitario.

En dicho informe, junto al señalado Abril Martorell, colaboraron hasta un total de 150 expertos, que finalizaron su trabajo el 25 de septiembre de 1991, día en que se presentó el resultado del estudio ante el Congreso de los Diputados y en el que se formulaban hasta sesenta y cuatro recomendaciones que se estructuraban en organización, gestión y financiación. Entre sus conclusiones se contemplaba el pago directo de una parte de la asistencia sanitaria o el abono directo por parte de los pensionistas del 40 por ciento de los medicamentos para reducir el fraude. Como recogen los medios de comunicación escritos de la época, el informe fue echado al olvido ante la envergadura de los cambios que postulaba para el modelo sanitario entonces vigente y la resistencia de

⁴⁶ SCHMIDT-ASSMANN, E.: *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-M. Pons, 2003, p. 302 y 303.

⁴⁷ Vid. MARTÍN MARTÍN, J. J.: “Formas directa e indirecta de gestión institucional en centros y servicios sanitarios”, *UNED-Escuela Nacional de Sanidad*, 2013, p. 13.

partidos políticos, sindicatos, profesionales del sector y otros a acometer aquéllos ante el previsible rechazo social que plantearían⁴⁸.

La necesidad de reforma del sistema sanitario parecía una exigencia ineludible atendiendo a algunos de los síntomas que evidenciaban la desmejorada salud del servicio sanitario público de la época: la insatisfacción del usuario llegaba al 77 por ciento, la sindicalización ahogaba cualquier reforma, las listas de espera colapsaban la paciencia de miles de personas, la asistencia sanitaria, en resumen, no funcionaba⁴⁹. En general, el informe no mereció una buena acogida y, en algún caso, las críticas que el mismo mereció no ocultaban a su vez la situación real dentro del propio sistema sanitario y las luchas por el poder que en su seno se dirimían, ajenos al verdadero debate sobre los problemas y soluciones que el servicio público sanitario presentaba⁵⁰.

Ya anteriormente en Cataluña se había aprobado la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria que establecía un modelo sanitario mixto integrando en una sola red de utilización pública todos los recursos sanitarios, fueran o no de titularidad pública, y utilizando un mecanismo crucial cual era la separación entre las funciones de compras y provisión. Habida cuenta la asunción de la competencia sanitaria por las Comunidades Autónomas, son éstas las que inician el camino propio hacia un modelo de prestación sanitaria que adoptan esa fórmula de separación entre las funciones de compras y provisión, así como la facilitación de la gestión privada o semiprivada en casi todas ellas⁵¹.

⁴⁸ Por ejemplo, en la edición del día 6 de julio de 1991, el periódico *El País* ya avanzaba una noticia con el siguiente titular “El ‘informe Abril’ sugiere un sistema de financiación de la sanidad que implica la desaparición del Insalud”, para añadir a continuación que “La reforma sanitaria que recomienda la comisión Abril en su informe, prácticamente ultimado, supone cambios radicales en el sistema de financiación de la sanidad pública. Del actual sistema mixto, Presupuestos del Estado y cuotas de la Seguridad Social, podrían desaparecer estas últimas. Esto implicaría, según los especialistas consultados, la desaparición del Insalud como entidad gestora de la asistencia sanitaria. Ese organismo público pasaría entonces a competir en el mercado de la salud con las compañías privadas.”.

⁴⁹ Así puede leerse en una información del periódico *ABC* de 22 de noviembre de 2003 bajo el expresivo titular: “Informe Abril Martorell: la reforma sanitaria que llegó doce años después”.

⁵⁰ Así SÁNCHEZ BAYLE señalaba que el informe sentaba las líneas generales para privatización y desregulación del sistema sanitario público, para añadir que su trascendencia no estaba tanto en el contenido (que tacha de mala copia de otros informes de contenido neoliberal similares), cuanto en establecer las bases ideológicas para el desmontaje de la sanidad pública, así como la influencia ejercida entre los sectores de los gestores y de la burocracia sanitaria, que rechazan frontalmente una política salubrista y participativa que cuestiona su situación de poder (*Evolución del Sistema sanitario en España: evolución, situación actual, problemas y perspectivas*, editado por M. SÁNCHEZ BAYLE con la colaboración de FERNÁNDEZ RUIZ, M.^a L. y otros, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1996, p. 54).

⁵¹ Un estudio detallado de la estructura de la organización sanitaria en España desde 1981 hasta la culminación de los procesos de transferencia de esta materia a las Comunidades Autónomas, distinguiendo las formas directa e indirecta de prestación del servicio sanitario puede verse en VENTURA VICTORIA, J.: “Organización y gestión de la asistencia sanitaria”, Anexo V al *Informe Anual del Sistema Nacional de Salud*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2003, pp. 307-331.

Pero son las fórmulas del concierto sanitario⁵² y, sobre todo, la concesional⁵³ los modelos de gestión indirecta de la sanidad la que mejor define la apuesta por la colaboración público-privada en esta materia y en este sentido destacan dos experiencias de modelos concesionales: las concesiones administrativas sanitarias o modelo Alzira y las Entidades de Base Asociativa (EBAs)⁵⁴. Éstas últimas son creadas en Cataluña y están constituidas por profesionales sanitarios que participan en la gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios. Los estudios de evaluación de los resultados obtenidos por los grandes tipos de proveedores de atención primaria en Cataluña, el Instituto Catalán de la Salud, las EBAs y otros proveedores, no arrojan diferencias significativas en cuanto a niveles de eficiencia y calidad en la prestación del servicio, pero sí mayor satisfacción de los profesionales y rentabilidad económica en el caso de las EBAs⁵⁵.

Por lo que se refiere al modelo Alzira, que toma su nombre de la localidad valenciana en la que se construyó en 1999 el primer hospital público español gestionado bajo la modalidad de concesión administrativa: el Hospital de la Ribera, es como se ha dicho una concesión administrativa sanitaria caracterizada por externalizar el “núcleo duro” del servicio público sanitario, incluyendo las actividades sanitarias, y otorgando un papel esencial a las aseguradoras privadas. Se trata de una forma de contratación de la asistencia sanitaria mediante un sistema de pago caputivo, por lo que la Administración transfiere el riesgo financiero a la empresa concesionaria, fórmula similar a la que representan los conciertos con las mutualidades de funcionarios públicos (Muface, Mugeju, Isfas)⁵⁶, y que descansa en la misma filosofía que tendría una prima de

⁵² Esto es, la contratación con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. Ya la LGS en su artículo 90 establece la posibilidad de que las Administraciones Sanitarias Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias puedan suscribir conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas, teniendo en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios. Por cierto. Esta fórmula del concierto es similar a la que se experimenta en el ámbito educativo con la denominada educación concertada, también expuesta permanentemente al debate de fondo ideológico trascendiendo el análisis sobre la mejor forma de prestación del servicio público en cuestión en términos de eficiencia y calidad.

⁵³ Aceptando con carácter general la utilización de las formas indirectas de gestión del servicio sanitario, singularmente las referidas a conciertos y convenios, en cambio respecto de las concesiones de servicio público se muestra MENÉNDEZ más renuente, entendiendo que el recurso a esta figura debe ser excepcional y justificado (“La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones...”, op. cit., p. 267).

⁵⁴ Sobre las ventajas que ofrece el modelo concesional frente a la concertación por servicios de centros sanitarios puede verse REPULLO LABRADOR, J.R.: “Externalización, eficiencia y calidad (segunda parte)”, *Revista de Calidad Asistencial*, vol. 23, núm. 3, mayo 2008, p. 131 y ss.

⁵⁵ Vid. MARTÍN MARTÍN: “Formas directa e indirecta de gestión institucional...”, op. cit., p. 21 y 22.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 18 y ss. Modelo este que, como recuerda el autor, también se ha puesto en funcionamiento en otros servicios sanitarios de la Comunidad valenciana, como el Área de salud 20 de Torrevieja, el Área de salud 12 de Denia y las Áreas de Manises y Elche-Crevillente (p. 20).

aseguramiento: en este caso la Generalidad Valenciana, como Administración pública competente, paga al concesionario una cantidad anual por cada uno de los habitantes del Departamento de salud incluidos en el sistema de información poblacional para que sean atendidos, lo que permite a la Administración conocer el coste anual de la asistencia sanitaria pública de un Departamento durante todo el plazo que dura la concesión, por lo que se afirma que el modelo reposa en la idea “El dinero sigue al paciente”⁵⁷.

Este modelo singular está basado en cuatro pilares fundamentales: propiedad pública, control público, financiación pública y gestión privada. Se destaca que el hospital objeto de concesión es un hospital público, construido sobre suelo público y perteneciente a la red de hospitales públicos de la Generalidad Valenciana, pues aunque la inversión inicial para su construcción y dotación de recursos materiales y humanos parte íntegramente de las empresas que forman la empresa concesionaria, el revertirá íntegramente a la Generalidad cuando expire el plazo de la concesión.

La prestación del servicio sanitario es privada, gestionada por la empresa adjudicataria durante el período de la concesión, pero el control es público, esto es, el centro hospitalario está sujeto al cumplimiento de las cláusulas del pliego de condiciones de la concesión administrativa, el contrato que tiene firmado con la Generalidad Valenciana. Es más, la Administración concedente del servicio público sanitario tiene un control permanente del concesionario a través de la figura, única en España, del comisionado de la Consejería de Sanidad con capacidad de control, inspección, facultad normativa y sancionadora.

De esta manera se pone de manifiesto que la opción por la gestión indirecta del servicio público sanitario en ningún caso supone que éste renuncie o pierda su condición de tal pues, como se viene explicitando, el concepto de servicio público consiente tanto su prestación directa por el Estado —lo que en su origen fue regla general— cuanto su realización mediante fórmulas de gestión indirecta —lo que en la actual coyuntura político-económica parece ser una alternativa plausible—. Insistimos, desde la perspectiva jurídico-constitucional ningún impedimento existe para que la sanidad pública requiera de la colaboración del sector privado para garantizar un mejor servicio público sanitario.

Así se sanciona en nuestro ordenamiento jurídico y, en este sentido, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud⁵⁸, cuyo artículo único dispone que:

⁵⁷ DE ROSA TORNE, A.: “Las nuevas fórmulas de gestión en la sanidad pública: el modelo Alzira”, en *Las nuevas formas de gestión sanitaria «modelo Alzira»* (Coord. MARÍN FERRER, M. y DE ROSA TORNER, A.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2007, p. 25 y 26.

⁵⁸ Esta norma no hace sino transformar en Ley el Real Decreto ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Insalud, que al objeto de ampliar las formas organizativas de la gestión de los centros sanitarios previstas en la LGS, vino a establecer que la administración de los mismos pudiera llevarse a cabo, no sólo directamente, sino indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de con-

1. En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.

En el marco de lo establecido por las leyes, corresponderá al Gobierno, mediante Real Decreto, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas —en los ámbitos de sus respectivas competencias—, determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados.

2. La prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad.

Sin olvidar que al amparo de la citada ley se dicta el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, relativo a las Fundaciones Públicas Sanitarias como forma de gestión indirecta del servicio público sanitario⁵⁹.

Más recientemente, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, aprobado en plena crisis económica, presenta en su Exposición de Motivos algunos de los problemas que queja al sistema sanitario en España y que justifican las medidas que se adoptan: “ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema han conducido al Sistema Nacional de Salud a una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación. Se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible

sorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida, generalizando las previsiones contenidas en diversas leyes dictadas por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

⁵⁹ Sobre la configuración y polémica surgida en torno a esta opción organizativa de la gestión sanitaria puede verse MENÉNDEZ REXACH: “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria...”, op. cit., p. 280 y ss.

déficit en las cuentas públicas sanitarias. Se hace, pues, imprescindible la adopción de medidas urgentes que garanticen su futuro y que contribuyan a evitar que este problema persista.

Y la propia jurisprudencia, en este caso del Tribunal Supremo, ha avalado esta posibilidad. Un claro ejemplo es la STS —Sala de lo Contencioso-Administrativo— de 20 de diciembre de 2005, dictada en el recurso de casación núm. 1537/2001, que con ocasión de la impugnación del concurso 97/A5912 convocado por la Consejería de Sanidad de la Generalidad Valenciana y publicado en el DOGV el 25 de febrero de 1997, cuyo objeto era la gestión indirecta de la atención sanitaria especializada del Área 10 del Servicio Valenciana de Salud (Hospital de Alzira), razona lo siguiente⁶⁰:

“No obstante lo anterior, conviene añadir; a), que los artículos 41 y 43 de la Constitución no imponen la gestión pública directa y exclusiva del sistema de salud, cual parece pretender el recurrente, como así además lo ha declarado el Tribunal Constitucional al decir en sentencia de 37/94,” que el derecho de que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social-salvando el carácter indisponible para el legislador de la garantía constitucional de esta institución-, es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en el de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”; b), que además de que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, —Ley 13/95 de 18 de mayo—, ya regula la concesión administrativa como forma de gestión indirecta de los servicios públicos, es lo cierto, que el Real Decreto Ley 10/96 y la Ley 15/97, con el indicativo y clarificador título , sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, ya se ocupan, ampliando los términos de la Ley General de Sanidad, de la posibilidad de gestión directa, o indirecta, y además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios contratos con personas o entidades públicas o privadas, por todo lo que no se puede aceptar la alegación de que ese nuevo sistema de gestión del Sistema Nacional de Salud, carezca de cobertura legal, como se aduce, pues la tiene y en base a Ley posterior a la de Sanidad y a la de la Seguridad Social; c), que en nada obsta a lo anterior el que la Ley 15/97, citada, después de referirse a las nuevas formas de gestión, entre otras, mediante acuerdos, convenios o contratos con entidades públicas y privadas, refiera ,”en los términos previstos en la Ley General de Sanidad”, pues como ya había valorado y declarado adecuadamente la Sala de Instancia, esa referencia a la Ley General de Sanidad, no se puede entender referida, cual el recurrente pretende, a los modos de gestión previstos en

⁶⁰ Una semblanza sobre la impugnación de la concesión del hospital de Alzira en MENÉNDEZ REXACH: “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria...”, op. cit., p. 286 y ss.

la Ley General de Sanidad, pues ello sería tanto como dejar sin efecto esa habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud que la norma posibilita y también en buena medida derogar la propia Ley que las regula, Ley 15/97, y por el contrario, sí que es procedente y obligado entender que esa referencia a la Ley General de Sanidad, se ha interpretar y aplicar del único modo congruente y posible, estimando que esa referencia deja en vigor, como no podía menos, las nuevas formas de gestión que la nueva norma autoriza y dispone, siempre que se respeten y salvaguarden los derechos de los usuarios, a que se refiere la Ley General de Sanidad, esto es, que apliquen las nuevas formas de gestión autorizadas por la Ley, pero cuidando que ello no redunde en perjuicio del usuario del servicio, en definitiva, que se le otorgue un servicio con las adecuadas garantías y sometido a los controles oportunos; que es por otro lado, la interpretación que a esa referencia da la Ley General de Sanidad, la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/1997, al decir: “Por último, el proyecto de Ley, en términos similares al Real Decreto-ley anterior, recoge las distintas formas previstas en la legislación vigente, de gestión de los servicios a través de medios ajenos, haciendo hincapié en la posibilidad de establecer –cualesquiera que sean sus modalidades– acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, adecuándose a las garantías establecidas en la Ley General de Sanidad”; y d), por último en nada obsta a lo anterior las referencias que el recurrente hace a la Ley General de la Seguridad Social artículo 4,3 y al Real Decreto 29/2000, la primera, porque ya se ha visto que la gestión del Sistema Nacional de Salud, no exige una gestión pública directa y exclusiva y al ser de configuración legal, la Ley 15/97 podía autorizar unas nuevas formas de gestión, en los términos que el legislador disponga, y la segunda, porque el Real Decreto 29/2000 lo que hace es desarrollar una parte del apartado 1 del artículo único de la Ley 15/97, la relativa a las fundaciones, pero que ese mismo artículo permite además la gestión a través de empresas privadas concesionarias, como se ha expuesto”.

5.4. La gestión del servicio público sanitario: eficiencia de lo privado vs. eficiencia de lo público

Se aducen diversas razones que justificarían la progresiva incorporación de instrumentos de régimen privado en la prestación de servicios públicos en general, y por derivación también en el referido al sector sanitario. Entre estas razones se señalan: a) el incremento de la eficiencia; b) la reducción del gasto, descargando de esta manera el presupuesto público; c) la desburocratización o descarga estructural de la Administración pública⁶¹.

⁶¹ PAREJO ALFONSO: “El Estado social administrativo: algunas reflexiones...”, op. cit., p. 244.

Sintéticamente, la cuestión puede resumirse en una cuestión de eficiencia, pues ésta se entiende ha de comportar una adecuada asignación de los recursos económicos disponibles en orden al cumplimiento de las finalidades públicas perseguidas que se concreta en términos de coste del servicio público. Precisamente, es el argumento de la mayor eficiencia de la empresa privada en comparación con la pública el argumento que se utiliza recurrentemente en favor de las privatización⁶². En este contexto, frente al fenómeno inverso de la nacionalización que se justifica por los fallos del mercado, la privatización pone en el punto de mira los fallos burocráticos y la rigidez de los procesos internos administrativos que esclerotizan la toma ágil de decisiones, a lo que se une la ausencia o atribución difusa de responsabilidad, cuando no las interferencias políticas que entorpecen a menudo la eficaz toma de decisiones o, como lamentablemente se comprueba en nuestros días, propician la corrupción alejando todo signo de racionalidad y eficiencia en la gestión pública, se alza la enseña de la empresa privada que es vivo ejemplo de aumento de la competencia, introducción de nuevas técnicas de gestión, acceso a nuevas tecnologías, reducción de presiones laborales y, en consecuencia, incremento de la eficiencia⁶³.

Paralelamente, se recalca la repercusión que para el gasto público supone la actividad prestacional del sector público, que con frecuencia se desboca por mor de la políticas públicas no siempre enderezadas a servir realmente al interés general, sino a otros intereses de la clase política. En esta situación, considerando la limitación de los recursos económicos disponibles en manos de las Administraciones públicas, la no contención del gasto público supone finalmente que éste resulte fiscalmente inaccesible por cauces que no supongan de hecho una auténtica confiscación de acuerdo con la vieja doctrina de que “el impuesto termina por comerse al impuesto”⁶⁴. Y al mismo tiempo se reclama un adelgazamiento de la estructura de la Administración pública, lo que se ha denominado gráficamente una verdadera “cura dietética del Estado”, pues no por ser más amplia y extensa su actividad, éste es necesariamente más fuerte⁶⁵.

Es la recurrente transición desde un modelo sobrecargado de burocracia a otro en el que el predominio de técnicas gerenciales permita regenerar la eficacia en la gestión de las políticas públicas, pues no debemos olvidar que la verdadera legitimación del entramado poder público/Estado se encuentra en

⁶² En este sentido MARTÍN MATEO, R., *Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988, p. 79-80.

⁶³ Puede verse a este respecto las respuesta a la cuestión “por qué privatizar” que ofrece CORCUERA ATIENZA, J.: “Estado y economía en época de crisis: las privatizaciones”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 91. Enero-marzo, 1996, p. 17 y ss.

⁶⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: “Reflexiones sobre las privatizaciones”, op. cit., p. 18.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 35.

su capacidad para la resolución eficaz de los problemas sociales⁶⁶. Ciertamente que en terreno de la práctica el juego de estos términos —eficacia y eficiencia— se presenta con harta frecuencia como indistinto, llegando incluso a confundirse. Sin embargo, los matices entre ambos son esenciales: en principio, la eficacia atiende a la consecución de los objetivos previamente establecidos, incluso sin considerar la economía de medios para conseguirlo: lo primordial es lograr el fin, a cualquier precio si ello es necesario. En cambio, la eficiencia pone en el punto de mira los recursos que requiere el cumplimiento de los objetivos propuestos para, sin merma éstos y de su calidad, minimizar el coste final. De suerte que en el plano de la optimización de las políticas públicas la tarea que se encomienda a los gestores públicos es la de ser eficaces y al mismo tiempo eficientes. La eficiencia se configura entonces, desde el punto de vista axiológico, como una valor jerárquicamente superior al valor de eficacia⁶⁷.

Pero la eficiencia no puede venir de la mano de un recorte sin más en el gasto previsto para atender el servicio público sanitario⁶⁸, sino de una mejora en la gestión de la calidad de éste⁶⁹, lo que exige implementar análisis profundos y rigurosos sobre el funcionamiento de las iniciativas de colaboración público-privada en el ámbito de la gestión sanitaria que permita una mejora, tanto en términos de eficacia como de eficiencia y calidad, en la prestación de la asistencia sanitaria. Sin embargo, se pone de manifiesto los escasos estudios empíricos realizados en este sentido en nuestro país, lo que avalaría la idea expresada de

⁶⁶ Coincidimos así plenamente con PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, 1989, p. 162.

⁶⁷ En este sentido, MEDINA TORNERO: “El debate de lo público y lo privado...”, op. cit., p. 108. De ahí que el mismo autor concluya afirmando que “el descrédito de la Administración es preciso combatirlo con eficacia” (p. 138).

⁶⁸ Como señalan SÁNCHEZ MARTÍNEZ y otros, “los responsables políticos, presionados por la necesidad de cumplir con los objetivos de déficit acordados en el marco del proceso de consolidación fiscal, creen ver en la privatización una válvula de escape con la cual aliviar unos maltrechos presupuestos públicos” (SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.J., ABELLÁN-PERPIÑÁN, J. M.^a y OLIVA-MORENO, J.; “La privatización de la gestión sanitaria: efecto secundario de la crisis y síntoma de mal gobierno. Informe SESPAS 2014”, *Gaceta Sanitaria*, núm. 28, 2014, p. 76. En el mismo sentido se expresan PÁEZ y SILVA cuando explican que “los procesos de privatización descansan en la presiones fiscales del gobierno (conocidas como restricciones presupuestarias fuertes) y las necesidades constantes de financiamiento” (PÁEZ PÉREZ, P. y SILVA RUIZ, J.: “Las teorías de la Regulación y Privatización de los Servicios Públicos”, *Administración & Desarrollo*, Escuela Superior de Administración Pública, Colombia, núm. 38, 2010, p. 45).

⁶⁹ Sobre los fundamentos de la gestión de calidad adaptados del mundo empresarial al ámbito público MEDINA TORNERO: “El debate de lo público y lo privado...”, op. cit., p. 131 y ss. Observa MALARET que en el contexto actual “todos los servicios públicos se sitúan en un entorno de competencia, si bien el lugar ocupado por la competencia varía en función de la naturaleza de la actividad”, para recordar que “incluso en el ámbito de servicios que no tienen naturaleza económica (cultura, educación, sanidad...), técnicas y mecanismos típicamente de mercado (uso de precios, dispersión de los centros de decisión, subcontratación limitada, introducción de competencia parcial...) han sido puestos en práctica por motivos de eficiencia, capacidad y equidad (“Servicios públicos, funciones públicas, garantías...”, op. cit., p. 85 y 86).

que importa más el efecto económico final del proceso privatizador⁷⁰ que la búsqueda de formas que permitan gestionar más eficientemente tales servicios.

No obstante, sí se nos da cuenta de algún informe existente, como es el informe Iasist, que diferenciando los hospitales de gestión directa administrativa (GDA) de aquellos otros con otras formas de gestión (OFG) se llega a la conclusión de que estos segundos son más eficientes desde un punto de vista funcional y económico que los primeros, con una mayor diferencia entre ambos modelos en relación con la productividad de los recursos humanos. En cualquier caso, analizando en su conjunto otros factores, se deriva que la gestión privada de los centros hospitalarios públicos no garantiza una mayor eficiencia, pero tampoco una peor calidad asistencial, y a la inversa, que la gestión pública no garantiza una mayor calidad, pero tampoco una peor eficiencia⁷¹.

A falta de otros estudios empíricos, el balance que nos ofrece el señalado informe Iasist en el debate por la gestión directa o indirecta del servicio público sanitario no parece determinante a la hora de inclinar la balanza en favor de una u otra tesis —gestión directa o gestión indirecta— pues en él se nos dice, al final, ambas, con las luces y sombras propias de cada modelo, aportan un nivel de eficiencia y calidad en la prestación del servicio sanitario equilibrado. Si esto es así, nos preguntamos entonces el por qué de la controversia generada en torno a la decisión en su día tomada —si bien luego abortada— por la Comunidad de Madrid de confiar en determinados casos la gestión del servicio a la iniciativa privada, si finalmente éste no sufre menoscabo alguno. Desde el punto jurídico-constitucional ninguna tacha cabe hacer como ha sostenido el propio Tribunal Constitucional en la sentencia cuyo comentario justifica estas páginas; y desde la perspectiva del análisis empírico tampoco puede sostenerse que el servicio público sufra en su esencia.

Ha de convenirse, pues, que la polémica rebasa el plano de la realidad para trasladarse más bien al mapa de la contienda político-ideológica para, aferrándose a posturas previamente decantadas sin engarce práctico, hacer bandera en uno u otro sentido. Porque siendo cierto que lo que se ha dado en denominar *privatización* de la sanidad o, más precisamente, de la gestión sanitaria no puede convertirse en la clave de bóveda de la estabilidad del Sistema Nacional de Salud⁷², tampoco cabe repudiar la introducción de formas de gestión indirecta como fórmula que coadyuve a la prestación cada día de un servicio público sanitario más eficiente y de mayor calidad. Y ello presupuesto que los poderes

⁷⁰ Ya sea en forma de ingresos provenientes del sector privado por la adquisición de servicios o empresas públicas o de la reducción de los gastos previstos para atender a los servicios vía presupuesto público.

⁷¹ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F.J., ABELLÁN-PERPIÑÁN, J. M.^a y OLIVA-MORENO, J.: “La privatización de la gestión sanitaria...”, op. cit., p. 77.

⁷² Ibídem, p. 79.

públicos están obligados a profundizar en el buen gobierno y gestión de los servicios sanitarios que presta de forma directa.

Es decir, el reto consiste en velar para que todas las instituciones que están llamadas a prestar servicio sanitario, ya sean éstas públicas o privadas, lo realicen con los mejores estándares de calidad, eficacia y eficiencia, porque sólo así se garantizará que los ciudadanos se beneficien en su conjunto de un servicio público acorde con el desarrollo alcanzado por nuestra sociedad. No se trata de recortar gastos indiscriminadamente, poniendo en riesgo la continuidad o cualidad del servicio; pero tampoco es admisible un derroche incontrolado de los recursos públicos que ponga al fin en peligro los niveles de cobertura del sistema sanitario.

No se trata de santificar lo privado y condenar lo público⁷³, ni a la inversa. Se trata simplemente de que los poderes públicos, al margen de contiendas estériles que frecuentemente se mantienen en el sinuoso terreno de lo ideológico, entiendan que lo que verdaderamente legitima su posición institucional es atender con rigor las necesidades de los ciudadanos, cabalmente en el ámbito de la sanidad, buscando la confianza de éstos mediante la prestación de un servicio de calidad y en todo caso, pero si cabe con mayor intensidad en estos momentos de crisis económica, tratando de optimizar los recursos públicos en la asistencia sanitaria⁷⁴.

Recordemos que el ya citado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, en su texto preliminar se refiere, entre otras cosas, al “cumplimiento de la obligación que tienen los poderes públicos de gestionar de la manera más eficiente las capacidades del sistema, se debe garantizar el mantenimiento del modelo español de Sistema Nacional de Salud, modelo configurado como el conjunto coordinado de los servicios de salud de la Administración General de Estado y los servicios de salud de las comunidades autónomas, que garantiza la protección de la salud y se sustenta con base en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios. Por eso, son necesarias reformas que permitan reforzar la sostenibilidad, mejorar la eficiencia en la gestión, promover el ahorro y las economías de escala, introducir nuevas herramientas a través de las nuevas

⁷³ No coincidimos con el razonamiento que expresa MARTÍN MARTÍN al decir que “existe sin embargo el riesgo que la crisis económica alimente y sirva de excusa para un proceso irreflexivo y acelerado de privatización del sistema sanitario público, no derivado de la evidencia empírica, sino de la combinación de una ideología dogmática que santifica lo privado y condena lo público, junto a la búsqueda de beneficio y áreas de negocio por parte de determinados grupos. Los ciudadanos serán los perdedores” (“Formas directa e indirecta de gestión institucional...”, op. cit., p. 27).

⁷⁴ Compartimos con MEDINA la reflexión en el sentido de que “la cuestión de los público y privado todavía no se ha planteado con el rigor de un debate científico”, para resaltar que la “calidad debe ir unida a una cultura que consiga instalar la satisfacción del usuario como componente imprescindible del sistema, sea la empresa privada o la pública la que efectúe la prestación social comprometida” (“El debate de lo público y privado...”, op. cit., pp. 137 y 138).

tecnologías, ganar en cohesión territorial, coordinar los servicios sanitarios y los sociales y, sobre todo, garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional con una cartera básica de servicios comunes”⁷⁵

Habría que confiar que tales objetivos así dibujados en la norma no se queden en mero recuerdo depositado en las páginas de algún diario oficial, pues no hay que olvidar que son finalmente los ciudadanos, y no los intereses políticos del momento, los que deben concentrar el esfuerzo de servicio al interés general que proclama el artículo 103.1 de la Constitución, texto este que obliga por igual a poderes públicos y ciudadanos (art. 9.1).

VI. CONCLUSIONES

El eterno debate sobre lo que se ha dado en llamar la *privatización* del servicio público sanitario tiene un punto de inflexión en la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 2015 que se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma adoptada por la Comunidad de Madrid sobre la gestión indirecta en el servicio sanitario madrileño, bien que en este caso el ejecutivo madrileño no ha aguardado al fallo del tribunal, sino que ha renunciado *motu proprio* a su inicial propósito: sin duda las protestas de los profesionales y sindicatos, la presión desde distintos medios de comunicación que ejercen de altavoz de esas protestas o el incierto horizonte electoral del momento han sido, entre otros, factores que han propiciado el desistimiento de una medida de política pública finalmente avalada por el propio Tribunal Constitucional.

Para avivar la controversia nada mejor que la utilización, inapropiada desde el punto de vista del rigor jurídico, pero sin duda interesada en el ámbito político-ideológico, de términos y conceptos que nada tienen que ver con su justo significado. De esta manera se confunde la privatización del servicio público sanitario con una suerte de desapoderamiento del control público de esta actividad prestacional, que pasaría de esta manera al sector privado; cuando lo que realmente se plantea es la privatización de su gestión. En puridad, cuando se habla de privatización, sin más, ha de entenderse que la actividad o tarea que se privatiza deja de estar en manos del poder público para pasar directamente al ámbito de la empresa privada (fenómeno propio de un gran número de empresas públicas que han pasado a manos del sector privado en el proceso privatizador experimentado en España ya en los años ochenta y noventa). Pero tal posibilidad no cabe respecto de determinados servicios públicos, caso del servicio público sanitario, cuya eventual privatización de la gestión en modo

⁷⁵ De acuerdo con MALARET, “el desarrollo de la técnica de las *cartas de servicio* constituye la expresión de la preocupación creciente por la determinación precisa de las prestaciones (estándares de calidad y de tiempo), así como para la efectividad de los derechos de los usuarios” (Servicios públicos, funciones públicas..., op. cit., p. 85).

alguno supone que desaparezca el control y responsabilidad del poder público en relación con la prestación del mismo ajustada a unos estándares de calidad razonables. Otra cosa es que, como también sucede, ese control público de la gestión indirecta de los servicios públicos no se realice con la eficacia y celo exigibles, pero ello constituye ya problema imputable exclusivamente a ese poder público que hace dejación de sus propias funciones.

La colaboración público-privada en materia de prestación de servicios públicos es una realidad ineludible que debe atender en todo caso a que esa prestación resulte la más favorable para los destinatarios o usuarios. Hay que huir de esquemas simplistas que reducen la intervención del sector privado a la búsqueda sin más de la rentabilidad o el beneficio —inherentes por lo demás a toda actividad empresarial, incluso si ésta es pública—, en tanto que la gestión directa desde el ámbito público sólo tiene su mira puesta en el servicio y solo en él, al margen de otros criterios, incluso el de la eficiencia. La solución puede hallarse en el encuentro de ambas experiencias, pública y privada para, desde la única dirección y responsabilizarían pública, procurar un servicio público de calidad y eficacia en los resultados y eficiencia en los recursos puestos a disposición del mismo.

No hay que olvidar que los servicios públicos están pensados para atender las necesidades y aspiraciones de los ciudadanos y en esta tarea juega un papel decisivo la Administración pública, que tiene el encargo esencial de asegurar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona. El ciudadano exige hoy que la actividad prestacional de la Administración se desarrolle conforme a estándares de eficiencia y calidad propios de nuestro tiempo, sin importar el modo en que dicha actividad se preste, ya sea exclusivamente público o con la participación privada, siempre que quede asegurada la regularidad y calidad de la prestación, así como la igualdad en el acceso a la misma, todo ello sin mácula para la titularidad pública del servicio o prestación.