
La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad

Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen

Partiendo de la naturaleza pública del Sistema Nacional de Salud y del sistema de la seguridad social en el ordenamiento jurídico vigente, el presente trabajo se propone centrar el debate sobre la privatización de la sanidad, en el marco de las formas de gestión de las funciones y tareas públicas. Se descarta que atente contra el carácter público de ambos sistemas el empleo de opciones organizativas en régimen de derecho privado para la gestión directa de la asistencia sanitaria de la seguridad social. En el polo opuesto, hay que descartar también que, en el marco constitucional vigente, dicha asistencia deje de ser competencia de los poderes públicos para convertirse en una actividad puramente privada. Se trata de una actividad de titularidad pública, pero susceptible de gestión indirecta

por centros y establecimientos privados. Algunas formas de gestión indirecta (convenios y conciertos) no plantean problema, pero sí lo suscita la figura de la concesión de servicio público. La tesis que se mantiene es que el recurso a esa figura debe ser excepcional y justificado.

Precisiones conceptuales: las tres modalidades de privatización

En 1986 la Ley General de Sanidad (LGS) configuró el Sistema Nacional de Salud (SNS) como conjunto de “estructuras y servicios públicos al servicio de la Salud”, tanto los de la administración del Estado (hoy ya transferidos) como los de las Comunidades Autónomas (art. 44). El SNS integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho

a la protección de la salud (art. 45). No hay, pues, ninguna duda de la naturaleza “pública” del sistema, integrado por un conjunto de organizaciones de este carácter, lo que no impide la colaboración de establecimientos privados, mediante convenios y conciertos. La universalización del derecho a la asistencia y la gratuidad de la incluida en el catálogo de prestaciones de la seguridad social (ya no contributivas, sino financiadas íntegramente con fondos públicos) han perfilado los trazos del sistema y reforzado su consideración como función y responsabilidad de los poderes públicos competentes (en síntesis, las funciones de regulación y dirección del SNS corresponden al Estado, mientras que la gestión de las prestaciones compete a las Comunidades Autónomas, a través de sus servicios de salud respectivos, que organizan a su criterio).

Sin embargo, desde hace varios años, al socaire de la previsión legislativa de “nuevas formas de gestión” en el SNS, se ha suscitado un vivo debate sobre la tendencia, más o menos encubierta, de algunas de esas formas hacia la privatización de la sanidad en España. En un reciente “Manifiesto en defensa de la sanidad

pública” presentado por la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad el 22 de febrero de 2008⁽¹⁾ se afirma que “en los últimos años hay una campaña generalizada para desprestigiar y dismantelar los sistemas públicos de salud, coincidiendo con el auge del neoliberalismo, que quiere privatizar los sistemas sanitarios públicos y que busca en ellos una oportunidad de negocio”. El Manifiesto añade que “en esta campaña privatizadora desempeña un papel fundamental la estrategia de convencer a la opinión pública de las ineficiencias y problemas de funcionamiento del sistema sanitario público, cuando son los neoconservadores y neoliberales los principales responsables de esta situación mediante la introducción de nuevas formas de gestión empresarial, que con la disculpa de innovar, lo que en realidad buscan es poner por delante el ahorro, olvidando la calidad de la atención sanitaria. Además, la introducción de fórmulas de gestión empresarial facilita la privatización de los centros, manteniendo la financiación con dinero público y olvidando que estas nuevas for-

⁽¹⁾ El texto del manifiesto puede leerse en la página web de la Federación.

mas de gestión son modelos ya ensayados en el Reino Unido, donde han conseguido encarecer la construcción y puesta en marcha de los nuevos hospitales cuatro o cinco veces más que los del modelo tradicional". El resultado perseguido sería, siempre según el Manifiesto: "que el derecho a la protección de la salud deje de ser un derecho de todos los ciudadanos y pase a ser un privilegio para aquellos que puedan pagársela, dejando para los demás un modelo similar a la antigua beneficencia".

Quien esto escribió comparte sin reservas la defensa de la sanidad pública frente a los riesgos de la "privatización", pero lo importante es identificar en qué consiste ésta, lo que quizás no esté muy claro en las afirmaciones reseñadas. En efecto, por una parte, se hace referencia al propósito de "privatizar el sistema sanitario público" para convertirlo en un negocio. Por otra, se dice que "la introducción de fórmulas de gestión empresarial facilita la privatización de los centros, manteniendo la financiación con dinero público", lo que parece implicar que el sistema seguiría siendo público, aunque las prestaciones se llevasen a cabo por centros privados financiados con fon-

dos públicos. Los redactores del Manifiesto tienen claro el resultado, que sería nada menos que la quiebra del derecho a la protección de la salud, pero no está tan claro en qué consiste la "privatización" que conduce a ese resultado. De ahí que, para centrar el análisis, parezcan necesarias unas precisiones sobre el concepto.

Desde el punto de vista jurídico el término "privatización" puede tener un triple significado: a) atribución al sector privado de tareas o funciones que eran competencia y responsabilidad estatal (privatización material); b) gestión (indirecta) de tareas o funciones públicas a través de empresarios privados, en virtud de contratos (privatización funcional); y c) ejercicio de tareas o funciones públicas en régimen de derecho privado a través de organismos y entidades (entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas y fundaciones públicas), que actúan sometidas en todo o en parte a ese sector del ordenamiento jurídico (privatización formal). Las tres modalidades no son estancas, sino que puede haber una dinámica. La generalización de la gestión indirecta de servicios públicos por empresas privadas puede ser un paso intermedio

en el camino hacia la entrega al sector privado de la prestación de esa actividad, sin perjuicio de que los poderes públicos continúen regulando la actividad y controlando la gestión de las prestaciones, lo que abre un nuevo ámbito para la cooperación entre el sector público y el privado. Para decirlo con las palabras de uno de los más ilustres administrativistas actuales “la privatización de organizaciones y entidades desemboca con frecuencia en una ulterior privatización de funciones y cometidos, y ello se lleva a cabo a través de múltiples pasos intermedios o fórmulas de transición, lo que exige inexcusablemente la cooperación con el sector privado”. No obstante, la privatización no supone una despedida o retirada del Estado del campo de actuación, sino la mutación de los clásicos instrumentos de intervención en fórmulas de cooperación¹.

En el primer sentido, la privatización ha afectado a tareas o funciones que antes eran de competencia estatal (muchas de ellas en régimen de monopolio) y que han dejado de serlo para convertirse en actividades privadas a desarrollar en régimen de libre competencia (telecomunicaciones, energía eléctrica, hidrocarbu-

ros, etc.), por exigencias del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. A este proceso se le ha denominado también “liberalización” de actividades antes configuradas como “servicios públicos”. La liberalización no excluye, sino que va unida a una regulación de esas actividades para evitar abusos y garantizar la consecución de los objetivos de interés general a que están subordinadas. Sólo en este supuesto la actividad se “privatiza” realmente, en el sentido de que deja de ser competencia y responsabilidad de los poderes públicos, sin perjuicio de que esté (más o menos) regulada. En esta acepción la privatización de la sanidad ni se ha planteado frontalmente ni puede plantearse en el marco jurídico-constitucional vigente, como se verá después.

En las otras dos acepciones del término la actividad sigue estando configurada como función pública o servicio público (en el sentido amplio de esta expresión, sinónimo de tarea o función de competencia de las organizaciones públicas). Sobre este denominador común la diferencia entre ambas reside en que la privatización formal, a través de entidades sometidas al derecho privado, es gestión directa por la propia Administración

responsable de la actividad, mientras que en la privatización “funcional” se gestiona indirectamente, a través de empresarios privados. La gestión directa de funciones y tareas públicas a través de entidades públicas o en mano pública sometidas al Derecho privado no suscita hoy objeciones mayores. Tras unos años de áspero debate sobre si está o no justificada la “huida hacia el derecho privado” para el ejercicio de funciones públicas, hoy parece haberse aceptado que, según la Constitución de 1978, la Administración pública está sujeta a la Ley y al Derecho (no necesariamente el Derecho administrativo) y que, en aras de la eficacia, puede adoptar las opciones organizativas que se consideren más adecuadas, tanto regidas por el derecho público como por el privado. Cualquiera que sea el régimen aplicable se trata de gestión directa de funciones públicas a través de la propia entidad responsable o de otras que tienen la consideración de entes instrumentales o “medios propios” de aquella. El límite general es que en régimen de derecho privado no se pueden ejercer potestades administrativas. Habida cuenta de que la prestación de la asistencia sanitaria, en sí misma, no supone ejerci-

cio de esas potestades, no hay obstáculo alguno para que se lleve a cabo en régimen de derecho privado, a través de entidades públicas (o sus “medios propios”) que actúan sometidas a ese régimen. La posible crítica es que, si los poderes públicos generalizan el empleo de fórmulas societarias y fundacionales privadas para la realización de tareas públicas, los agentes privados podrían argumentar que son más aptos para ello y que, por consiguiente, se les debería encomendar la realización de esas actividades.

El foco del debate se ha centrado en España, al menos hasta ahora, sobre la segunda acepción del término “privatización”, es decir, la gestión indirecta de servicios públicos a través de empresas privadas, ligadas a la Administración responsable de esa actividad en virtud de un contrato administrativo, normalmente concesión de servicio público. Éste ha sido el escenario de la polémica principal; porque hay otra modalidad de gestión indirecta, el concierto sanitario, que se ha utilizado tradicionalmente con mucha frecuencia, sin que nunca haya despertado los recelos que ahora suscita la concesión, quizás porque estaba configurado como un re-

medio subsidiario a utilizar cuando la Administración carecía de medios propios para garantizar la efectividad de las prestaciones. Es evidente que la concesión para construir y explotar un hospital, aunque sea también gestión indirecta de un servicio público, tiene un alcance mucho mayor que el concierto sanitario en cuanto al protagonismo de los agentes privados. Sin duda, muchos de los defensores de la sanidad pública temen que la tendencia a la privatización “funcional” que se detecta en algunas Comunidades Autónomas constituya un paso intermedio hacia la privatización “material” de la asistencia sanitaria, quebrando el actual modelo de SNS. Pero a este resultado se oponen no sólo obstáculos legales, que se podrían superar mediante modificaciones legislativas, sino también constitucionales, lo que ya no es tan fácil de soslayar.

Para enfocar con precisión el problema recordaremos en primer lugar el cuadro general de las formas de gestión de servicios públicos. A continuación haremos referencia a la evolución legislativa de las modalidades de gestión admisibles en el ámbito sanitario. Después, exponremos sucintamente las modalida-

des de gestión indirecta en la legislación autonómica, para concluir los condicionantes que para la gestión de la asistencia sanitaria derivan de su consideración como prestaciones no contributivas del sistema público de seguridad social, para terminar con unas consideraciones sobre los límites constitucionales a la gestión indirecta de la asistencia sanitaria y, en concreto, sobre el papel que puede representar la figura de la concesión.

Cuadro general de las formas de gestión de los servicios públicos

Sin entrar en el análisis del concepto de “servicio público”, uno de los más controvertidos del Derecho público, partiremos aquí de la premisa de que la legislación vigente regula diversas formas de gestión de esos servicios^{2,3}, entendiendo por tales las actividades que son competencia y responsabilidad de la Administración pública. A los efectos que aquí interesan, lo relevante para calificar una determinada actividad como servicio público es que esté atribuida por la Ley a los poderes públicos, quedando éstos obligados a garantizar su prestación, para lo cual podrán utili-

zar las modalidades de gestión (directa o indirecta) legalmente previstas⁽²⁾.

La gestión indirecta supone la colaboración de los particulares en ejercicio de sus derechos constitucionales, cuyo respeto debe hacerse

compatible con la configuración de la actividad como servicio público⁽³⁾.

⁽²⁾ El concepto tradicional de servicio público, característico del derecho francés y del español, se ha difuminado, por una parte, a consecuencia del proceso de "liberalización" de actividades que habían sido asumidas por los poderes públicos, en muchos casos en régimen de monopolio (servicios postales, telecomunicaciones, distribución de productos petrolíferos, etc.) y, por otra, a raíz de la introducción del concepto de "servicios de interés económico general" en el Derecho comunitario europeo. Estos servicios, que figuran entre "los valores comunes de la Unión" según el Tratado Constitutivo y la propia Carta Europea de Derechos Fundamentales, pueden ser prestados tanto por entidades públicas como privadas, que estarán sometidas a las reglas de la libre competencia "en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada" (art. 86.2 del Tratado Constitutivo). Por consiguiente, para el desarrollo de estas actividades pueden reconocerse excepciones o privilegios que afecten a la libre competencia, precisamente por el interés general que revisten, cualquiera que sea su prestador. Entre esas excepciones al régimen común figura la imposición de "obligaciones de servicio público" con el fin de garantizar determinados objetivos de interés general (corrección de desequilibrios territoriales, protección del medio ambiente, etc.). Entre esas obligaciones puede incluirse la garantía del servicio universal para determinadas prestaciones básicas, cuyo acceso debe facilitarse a todos en condiciones de igualdad. El concepto tradicional de servicio público se ha quedado a medio camino entre los dos nuevos conceptos del Derecho europeo: es más amplio que el de servicio universal, pero bastante más estrecho que el de servicios de interés económico general. El cuadro de las formas de gestión que se explica a continuación se refiere al concepto de servicio público en el Derecho positivo español, que antes hemos comentado.

⁽³⁾ Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional. La sentencia 127/1994, de 5 de mayo, justifica de la calificación de la televisión como servicio público con la siguiente argumentación (FJ 6):

"(B) (...) La idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica —con detractores y valedores—, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas. Un debate doctrinal en el que no corresponde a un Tribunal Constitucional terciar, so pretexto del ejercicio de su función de control normativo, de no ser inevitable para alcanzar un pronunciamiento de adecuación a la Constitución de la declaración que el art. 1 de la Ley efectúa. Una circunstancia que no se produce.

La declaración de la televisión como servicio público no es contraria, en sí misma y sin necesidad de mayores razonamientos, a la Constitución; ningún precepto constitucional la impide expresa o tácitamente. Es, pues, una opción, entre otras constitucionalmente posibles, que puede tomar el legislador. El art. 128.2 de la Constitución permite a la Ley reservar al sector público «recursos» o «servicios esenciales», y una interpretación literal aunada a otra sistemática, derivada del uso de dos expresiones constitucionales que no pueden querer decir lo mismo, obliga a entender que los «servicios esenciales» de una comunidad no tienen por qué ser «recursos» naturales o económicos; es esa una noción que, por su amplitud, puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas, para suministrar información plural a través de determinados soportes técnicos y permitir formar opinión pública.

(...) No obstante, la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en el ejercicio de su derecho general de libertad.

Los datos básicos para trazar el cuadro de las formas de gestión se encuentran en la legislación de organización administrativa (en particular, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, LOFAGE), la de contratos (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [LCSP], artículos 251 y 253) y la de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, artículos 85, 85 bis y 85 ter). Para completar el panorama se deberían tomar en consideración los datos de la legislación autonómica, si bien en el marco de este trabajo no es posible hacer un estudio detallado, que aportaría matices terminológicos, pero no novedades sustanciales.

Formas de gestión directa

Se caracterizan porque la prestación del servicio se lleva a cabo des-

(...) En definitiva, la vigencia de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 20.1 de la Constitución no puede llevar a declarar la inconstitucionalidad de la controvertida calificación legal de servicio público y ello sin perjuicio de que el legislador debe ponderar debidamente y garantizar los derechos fundamentales en juego sin imponer a los mismos restricciones innecesarias que pugnarían con los derechos consagrados en el art. 20 CE y, a la par, obliga a que este Tribunal controle si la Ley garantiza o no suficientemente tales derechos”.

de las propias estructuras administrativas, utilizando para ello las distintas opciones previstas en el Derecho de la Organización. Esas opciones son las siguientes:

1. Por los servicios de la propia entidad, es decir, a través de sus estructuras ordinarias (departamentos ministeriales en la Administración General del Estado, consejerías o departamentos de las Comunidades Autónomas, concejalías o direcciones de servicios en la Administración local).

2. Por medio de un organismo público, denominación genérica que comprende según LOFAGE dos figuras diferentes: organismo autónomo, que está sometido íntegramente al derecho público, y entidad pública empresarial, que actúa en régimen de derecho privado, “excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tenga atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria” (art. 53.2 LOFAGE). Ambas opciones organizativas son válidas, en general, para la gestión de servicios públicos, sin que la Ley citada establezca criterios precisos sobre la pro-

cedencia de utilizar una u otra. A las entidades públicas empresariales son asimilables las fundaciones públicas sanitarias, a las que después haremos referencia. A estos dos tipos de organismos se ha añadido recientemente (por Ley 28/2006, de 18 de julio) un tercero, las agencias estatales, que parece llamado a sustituir a los dos anteriores, ya que en el futuro sólo se crearán Agencias y los actuales organismos públicos que subsistan tendrán que adaptarse a esta figura⁽⁴⁾.

3. Mediante sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad que la ha creado con esa finalidad instrumental.

4. También hay que incluir aquí la actuación a través de fundaciones promovidas por entidades públicas, en el marco de la legislación de fundaciones.

⁽⁴⁾ La Exposición de Motivos de la Ley 28/2006 explica que las Agencias “no van a ser, sin más, un nuevo tipo de Organismo Público, sino la fórmula organizativa hacia la que, progresivamente, se van a reconducir aquellos Organismos Públicos existentes en la actualidad, cuya actividad y funciones se ajusten al concepto de Agencia Estatal y se estime oportuno y más eficaz su transformación en este tipo de Organismo Público”. Más aún, tras la entrada en vigor de la ley la Agencia “será el tipo de organismo público que, con carácter general se cree por la Administración General del Estado, para dar respuesta a sus necesidades de descentralización funcional, si bien, excepcionalmente, subsistirán los restantes tipos de Organismos Públicos”.

Formas de gestión indirecta

Se caracterizan porque la prestación del servicio se encomienda a un empresario privado en virtud del correspondiente contrato. La gestión indirecta se admite siempre que los servicios “sean susceptibles de explotación por particulares”, quedando expresamente prohibida en “los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos” (art. 251.1 LCSP). Pese a que esta expresión se suele emplear como un valor entendido, su significado no está nada claro, lo que difumina los límites de la gestión indirecta. Ésta requiere, además, que se haya determinado previamente su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

El empresario gestor indirecto de un servicio público aparece así como un colaborador de la Administración para el desarrollo de activi-

dades que son competencia y responsabilidad de ésta. Cuando el contrato es de gestión de servicios públicos (uno de los contratos administrativos típicos), las modalidades tradicionales que se mantienen en la nueva Ley de Contratos del Sector Público (art. 253) son las siguientes: a) concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su 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 personal natural o jurídico que venga realizando 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⁽⁵⁾.

La concesión, paradigma de la gestión indirecta de servicios públicos,

atiende sobre todo al contenido económico de la actividad a desarrollar y se define como una modalidad de contrato de gestión de servicios públicos en la que “el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura”. Esta configuración tradicional de la concesión no es del todo exacta, pues es sabido que el riesgo no recae en exclusiva sobre el contratista, sino que lo comparte la Administración, que, en determinados supuestos, está obligada a compensar a aquél para mantener el equilibrio económico del contrato. El significado típico de la concesión de servicio público estriba en que la Administración no tiene que hacer desembolso alguno para sufragar el coste del servicio, porque éste se repercute sobre los usuarios. Esta afirmación genérica debe ser matizada por la existencia de servicios subvencionados o con financiación mixta, pero ello no altera el significado de la técnica concesional.

Consortorios

La regulación de los Consortorios como entidades públicas se contiene en la legislación administrativa general, en términos bastante lacónicos, lo que no ha impedido que

⁽⁵⁾ La sociedad mercantil de titularidad pública es forma de gestión directa si el capital pertenece íntegramente a la entidad que decide su constitución, mientras que se considera gestión indirecta (y, por tanto, requiere la adjudicación del correspondiente contrato) si la participación de la entidad “madre” no es exclusiva, sino que hay otros partícipes, públicos o privados.

la figura haya tenido una gran difusión en cuanto a técnica de cooperación entre entidades públicas en el ámbito sanitario y en otros⁽⁶⁾. La decisión de constituir un consorcio no debería depender de la forma de gestión que se pretenda adoptar, sino del tipo de actividades a desarrollar, que deben estar atribuidas a las entidades potencialmente interesadas en la constitución de esta figura, por tratarse de actividades “compartidas”, o sobre las que concurren las competencias propias de aquellas. De ahí que no tenga sentido, en principio, la cons-

titución de un consorcio para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad corresponda íntegramente a una sola entidad. Cuestión distinta es que en los órganos de gobierno de la entidad gestora se dé representación a otras instituciones que puedan estar interesadas.

Evolución legislativa de las formas de gestión en el ámbito sanitario

La Ley General de Sanidad

La LGS establece el principio de gestión unitaria (por áreas de salud) de los centros y establecimientos del servicio de salud de la Comunidad Autónoma (art. 56.2), de acuerdo con la concepción integral del sistema sanitario que en ella se proclama (art. 4.2). Esos centros y establecimientos pueden ser públicos (de titularidad estatal, autonómica, local o de otras entidades públicas) o privados, vinculados a la red pública en virtud de los correspondientes convenios (art. 67 LGS) o conciertos (art. 90 LGS). Aunque no se formula explícitamente, el criterio legal parece ser que en los centros públicos las prestaciones sanitarias son objeto de gestión directa, mientras que

⁽⁶⁾ La primera regulación fue establecida en la legislación de Régimen Local (art. 85 de la LBRL y arts. 37 a 40 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), conforme a la cual esta institución se caracteriza porque resulta de la agrupación de entidades públicas “de diferente orden” (entre las que debería figurar, lógicamente, alguna Corporación Local) “para instalar o gestionar servicios de interés local” (art. 37.1 del citado Reglamento). También es admisible la participación en el consorcio de entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas. Bajo este rótulo pueden estar comprendidas, en principio, las fundaciones privadas. La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), de 26 de noviembre de 1992, reguló con carácter general la figura del Consorcio, en el marco de las relaciones de colaboración entre Administraciones Públicas, ligándola a la existencia de un convenio previo. Como los convenios a que se refiere esta Ley son sólo los que se celebran entre el Estado y las Comunidades Autónomas, hay que suponer que los consorcios “locales” continúan rigiéndose por la legislación de Régimen Local.

la colaboración de los centros privados se instrumenta a través de los citados convenios de vinculación y de los conciertos. Estos últimos se han considerado tradicionalmente, como hemos dicho, una modalidad de gestión indirecta de servicios públicos, mientras que los convenios no figuran en el cuadro general de las modalidades de gestión de servicios públicos, lo que no impide que se les pueda considerar también como una modalidad de gestión indirecta⁴. La existencia de centros sanitarios privados, con independencia de que se vinculen o no a la red pública, es una manifestación, en el ámbito sanitario, de la libertad de empresa que la Constitución garantiza (cfr. art. 89 LGS). Los centros privados tienen, pues, una doble condición: por un lado, reflejan el ejercicio de una actividad privada libre y, por otra, en cuanto contribuyen a la efectividad de unas prestaciones que son responsabilidad de los poderes públicos, son gestores indirectos de un servicio público, en el sentido amplio que esta expresión tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

La LGS no va mucho más allá de lo que se acaba de decir, ni podría hacerlo, ya que la organización de las prestaciones sanitarias en cada servicio

de salud depende de la Comunidad Autónoma respectiva, en virtud de su potestad de autoorganización de los servicios a su cargo. Por consiguiente, en el marco de la LGS se pueden utilizar las formas de gestión admitidas con carácter general.

Las fundaciones sanitarias y la habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud

La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, no merecería ser citada aquí (porque su objeto es, en apariencia, muy diferente) si no fuera por el singular impacto que tuvo en la configuración de las fundaciones de iniciativa pública, como forma de organización de los establecimientos sanitarios públicos y la polémica surgida en torno a esta opción organizativa. En su virtud, las entidades públicas (territoriales o no) pueden constituir fundaciones para los fines de interés general previstos en la Ley, entre los que se mencionan expresamente los sanitarios, junto a los de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, deportivos, de cooperación

para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado o cualesquiera otros de naturaleza análoga (art. 2.1).

La “apertura” hacia otras formas de gestión se instrumentó mediante el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, y la Ley 15/1997, de 25 de abril, de Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud. Estas disposiciones, aprobadas en el contexto de un debate creciente sobre la necesidad de “modernizar” y hacer más eficiente la gestión de la asistencia sanitaria pública, intentaron poner al servicio de ese objetivo cualquiera de las modalidades admitidas con carácter general. Entre el Decreto-Ley y la Ley había diferencias significativas, pero no las examinaremos aquí, porque son tangenciales a nuestro tema. Lo relevante era el propósito de ampliar el abanico de las opciones de gestión, que “podrá llevarse a cabo directa o indirectamente, a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho” (art. único, 1, párrafo primero de la Ley). Para reforzar la afirmación anterior

se puntualizaba que “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” (art. único 2).

Aunque la formulación no fuera muy precisa esta disposición pretendía dar cobertura general tanto a las formas de gestión directa de los servicios sanitarios (a través de cualesquiera entidades de naturaleza y titularidad pública) como a las de gestión indirecta (mediante acuerdos, convenios o contratos con otras personas o entidades, públicas o privadas). Era cuestionable si esta “habilitación” legal aportaba algún elemento nuevo al cuadro de las formas de gestión admisibles en el ámbito sanitario como reflejo de las previstas en la legislación administrativa general. Por otro lado, la referencia a “los términos previstos en la Ley General de Sanidad” parecía acotar las posibilidades de gestión a lo establecido en dicha Ley. Algunas sentencias han considerado que, como el Decreto-Ley “habilitaba” el empleo de “nuevas” formas de gestión, había que enten-

der que la LGS no las permitía⁽⁷⁾. Ya hemos visto que, conforme a la LGS, la colaboración de los centros privados con el SNS se instrumenta a través de los convenios de vinculación y de los conciertos, pero se podía mantener que ello no excluía la utilización de otras formas de gestión previstas en la legislación administrativa general.

Las fundaciones públicas sanitarias

La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administra-

tivas y del orden social, en su art. 111 dio un nuevo giro a la regulación de la fundación, como opción para la gestión de la asistencia sanitaria. Quizás influido por las críticas que se habían vertido sobre la utilización de fundaciones privadas de iniciativa pública (al amparo de la Ley de 1994), el legislador se propuso reconducir al derecho público el régimen de esta modalidad organizativa. La Ley reafirma la posibilidad de constituir fundaciones para la gestión y administración de los centros y establecimientos sanitarios. Pero estas fundaciones son muy diferentes a las creadas al amparo de la Ley de Fundaciones de 1994 (y a las que se refería el Real Decreto-Ley de 1996), porque ahora se califican expresamente de “Organismos Públicos” y están sometidas, supletoriamente, al régimen establecido en la LOFAGE para las entidades públicas empresariales (art. 111.11). Dicho de otra manera, ya no son entidades puramente privadas (aunque en mano pública), como las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de 1994, sino organismos públicos, insertos en el marco de la LOFAGE, asimilados en líneas generales a las entidades públicas empresariales y, por tanto, actuando en régimen de derecho pri-

⁽⁷⁾ Así, la STSJ de la Comunidad Valenciana 1925/2000 (JUR 2001/160009), según la cual (FD 6º): “En vista de que a la luz la Ley 14/1986, General de Sanidad, no recogía ni permitía la gestión indirecta del servicio público de salud, se dicta el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas Formas de Gestión del INSALUD y la Ley 15/1997, de 25-04-1997 Habilitación de nuevas Formas de Gestión Sistema Nacional de Salud, normas que en el fondo dan la razón a Comisiones Obreras en el razonamiento del fundamento de derecho anterior; si son nuevas formas significa que con anterioridad a estas normas aquellas no existían o no era posible legalmente llevarlas al Sistema Nacional de Salud. Ya se dijo en el auto de esta Sala y Sección Tercera de 119.1997 que el hecho de que se refiera al Insalud no impide su adopción por la Comunidad Valenciana, que tiene transferidas las competencias en materia sanitaria; la Generalidad Valenciana, como el resto de las Comunidades, se integran en el Sistema Nacional de Salud y pueden adoptar las formas de gestión establecidas en dicha normativa, por ello, para evitar equívocos la Ley 15/1997 ya no habla de formas de gestión del Insalud, sino del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de la normativa que puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias”.

vado en muchos aspectos⁵. Estas fundaciones eran una modalidad de gestión directa, por lo que no suponían la “privatización funcional” de la sanidad ni, menos aún, la entrega de esta actividad al sector privado. Podían suscitar críticas, pero en aspectos mucho más concretos (régimen del personal, etc.).

**El Real Decreto 29/2000,
de 14 de enero, sobre nuevas
formas de gestión del Instituto
Nacional de la Salud**

Esta importante disposición reglamentaria desarrolló lo establecido tanto en la Ley 15/1997, como en el art. 111 de la Ley 50/1998, por lo que sus disposiciones son aplicables a las “nuevas formas de gestión” previstas en las citadas leyes y, en concreto, a las fundaciones privadas de iniciativa pública y a las fundaciones públicas sanitarias. Según el Real Decreto “la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, podrá llevarse a cabo a través de fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, así como mediante la cons-

titución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público” (art. 3º). Esto equivale a establecer que en el ámbito del INSALUD sólo es admisible la gestión directa, mediante alguna de las modalidades señaladas. Al respecto, el Reglamento contiene una serie de disposiciones comunes a las “nuevas formas de gestión” y una regulación específica de las tres modalidades que parece tener mayor interés en potenciar: fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, consorcios y sociedades estatales. Respecto de estas últimas, llama la atención que se aplique el mismo régimen cuando la participación del INSALUD sea mayoritaria o única (art. 54). Esto no parece tener en cuenta que en el primer caso la gestión es indirecta (y requiere, por tanto, la adjudicación del correspondiente contrato), mientras que en el segundo es directa. Es importante subrayar que, cualquiera que sea la opción organizativa que se adopte, se mantiene en todo caso la “condición de servicio público” de la actividad, con independencia de que se pres- te en régimen de derecho público o de derecho privado.

Recapitulación

La apertura hacia nuevas formas de gestión de las prestaciones sanitarias prevista en la legislación estatal de los últimos años del siglo XX, con independencia de que fuera o no innovadora respecto de la LGS, supuso únicamente la privatización “formal”, en el sentido de sometimiento al derecho privado, de unas funciones que seguían siendo competencia y responsabilidad estatal (a través del INSALUD). Seguramente el hecho de que los centros y establecimientos gestionados por ese instituto estuvieran integrados en el sistema público de la seguridad social, aquel tenía el carácter de entidad gestora, impidió que se planteara su privatización “funcional”, es decir, su gestión indirecta a través de empresarios privados en régimen de concesión de servicio público o similar. La transferencia de la gestión de la asistencia sanitaria de la seguridad social a las Comunidades Autónomas que todavía no la tenían, y la consiguiente reducción drástica de las competencias del INSALUD, transformado en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGES), ha desplazado al ámbito autonómico el problema

de las opciones organizativas para la gestión de la asistencia sanitaria. Y ha sido en ese ámbito donde se ha abierto camino a formas de gestión indirecta que el Estado no había utilizado, como la citada de la concesión de servicio público, lo que ha suscitado el debate sobre si esta forma de gestión implica la privatización (“funcional”) de la sanidad.

La gestión indirecta de establecimientos sanitarios en la legislación autonómica

Apunte sobre las formas de gestión en la legislación autonómica

Por razones de espacio es imposible hacer aquí una reseña de las aportaciones de la legislación autonómica sobre las formas de gestión sanitaria³. Además de la personificación del respectivo servicio de salud configurándolo como organismo autónomo, entidad pública o ente público de carácter institucional, generalmente sometido al Derecho Administrativo, pero también en algún caso (País Vasco) al Derecho privado, la legislación autonómica ha previsto la personificación de los establecimientos sanitarios o de sus organismos gestores, bien como fun-

daciones privadas (casi todas)⁽⁸⁾, fundaciones públicas sanitarias (Galicia), empresas públicas (Andalucía e Islas Baleares), bien como sociedades mercantiles (Cataluña). La figura del consorcio es muy utilizada (especialmente en Cataluña y también en Castilla y León). Ahora bien, con independencia de las ventajas e inconvenientes de estas opciones organizativas y del grado de autonomía de gestión que se les atribuya, el denominador común es que todas ellas son formas de gestión directa de unas funciones inequívocamente públicas. Estarán sujetas al derecho público, al privado o a una mezcla de ambos, pero el sometimiento al derecho privado no afecta para nada a la naturaleza de la actividad. Nos encontramos en el mismo escenario de las opciones organizativas en el ámbito del INSALUD, que antes hemos descrito y comentado, y al que se remiten buena parte de las leyes autonómicas utilizando la terminología de la normativa estatal de “habilitación” de nuevas formas de gestión. En su mayoría han mantenido el principio de la gestión directa (en sus

diversas modalidades) de la asistencia sanitaria a través de los centros y establecimientos encuadrados en el respectivo servicio de salud, lo que no conlleva, en principio, riesgo alguno de “privatización” de la asistencia. Pero algunas leyes han previsto y utilizado fórmulas de gestión indirecta distintas de las reguladas en la LGS, que son, como ya hemos reiterado, los conciertos y los convenios de vinculación. En concreto, la concesión de servicio público para construir un hospital y posteriormente explotarlo. En la Comunidad Valenciana la vigente Ley de Ordenación Sanitaria de 2003 ofrece una clara cobertura a esa posibilidad⁽⁹⁾. Pero ya antes se había otorgado una concesión para la construcción y explotación del hospital de Alzira, cuya impugnación daría lugar a las sentencias que enseguida comentare-

⁽⁸⁾ Hay supuestos especiales o atípicos, como la Fundación del Hospital del Oriente de Asturias o la Fundación Marqués de Valdecilla, aunque el marco normativo de referencia es la legislación de fundaciones.

⁽⁹⁾ El artículo 23 de la Ley 3/2003 establece que “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, con medios propios o ajenos, públicos o privados, mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho, así como a través de la constitución de concesiones administrativas, consorcios, fundaciones, empresas públicas u otros entes dotados de personalidad jurídica propia, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas y fórmulas de gestión integrada o compartida” (negrita no original).

mos. También en Madrid, el Gobierno regional decidió la construcción y explotación de 8 nuevos hospitales en régimen de concesión, lo que suscitó de nuevo los reproches de privatización encubierta.

La impugnación de la concesión del hospital de Alzira

Los datos básicos del caso son los siguientes: la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana convocó concurso para la adjudicación de concesión para la prestación y gestión de la atención sanitaria especializada del área de salud número 10 del Servicio Valenciano de Salud, sobre la base de que el concesionario construiría un hospital en Alzira sobre terrenos cedidos por el Ayuntamiento y lo gestionaría, recibiendo en contrapartida a cargo de la Administración las compensaciones económicas establecidas, así como sus ingresos de explotación propios (prestación de servicios a población de la seguridad social ajena al área de salud número 10, conciertos con hospitales que no sean de la red pública del Servicio Valenciano de Salud, etc.). La concesión se otorgaría por un plazo de 10 años prorrogables por otros 5, revirtiendo al cabo de los 10 años el pleno domi-

nio de la construcción hospitalaria a la Administración.

Contra esta convocatoria interpuso recurso la Federación Sindical de Comisiones Obreras. El recurso no cuestionaba el concurso como tal, sino si era legal la figura de la concesión administrativa para gestionar el servicio público sanitario y los centros sanitarios de la seguridad social, es decir, si era posible la concesión administrativa dentro del modelo de gestión de la sanidad pública establecido en la actualidad por el legislador, sin perjuicio de que en el futuro pudiera establecerse otro distinto. El TSJ de la Comunidad Valenciana, en la sentencia 1925/2000 (JUR 2001/I 60009), tras un análisis bastante detallado del problema, llega a la conclusión de que no hay reparo legal alguno que se oponga a la gestión indirecta del servicio sanitario, en virtud de una concesión. El tribunal sintetiza su posición en las siguientes afirmaciones (FD 8º):

“a) Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 37/1994, el art. 43 de la Constitución recoge la prestación del servicio de salud como un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sis-

tema (...) el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada (...).

b) No se aprecia que se haya vulnerado ninguno de los preceptos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en el régimen de elección de la empresa concesionaria. Tesis que asume Comisiones Obreras.

c) Tanto el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas Formas de Gestión del Insalud y la Ley 15/1997 de 25-04-1997 de Habilitación de nuevas Formas Gestión Sistema Nacional de Salud, permiten tanto la gestión directa en la prestación del servicio de salud como la gestión indirecta y, dentro de esta última, la prestación del servicio sanitario a través de una empresa privada concesionaria.

d) El hecho de que el Centro de Especialidades de Alzira y Sueca sean gestionados por la concesionaria es consecuencia del nuevo sistema de gestión indirecta del área de salud núm. 10 que, con las reglas establecidas en el pliego de condiciones de explotación, respeta íntegramente los derechos del personal sanitario estatutario de la Conselleria de Sani-

dad, cuyo trabajo se proyecta al Servicio Nacional de Salud y, en definitiva, a las prestaciones sanitarias de los ciudadanos”.

Tiene interés destacar que, según la sentencia, la gestión indirecta mediante concesión no hubiera sido posible en el marco de la LGS, que sólo preveía el concierto sanitario y el convenio singular de vinculación. Pero sí es admisible tras el R.D. Ley 10/1996 y la Ley 15/1997 que, aunque referida al INSALUD, era también aplicable a las Comunidades Autónomas⁽¹⁰⁾. También son dignas de mención las consideraciones que formula el Tribunal sobre las analogías y diferencias entre la concesión, por una parte y, por otra, el concierto y el convenio de vinculación, que son las dos modalidades de gestión indirecta admitidas por la LGS. En el convenio “los medios y recursos privados acceden al sector público”, por lo que “quizás sea ésta la figura más similar a la de la concesión administrativa; si bien con una diferencia sustancial: en el caso de los hospitales vinculados; la titularidad es privada y es la empresa pri-

⁽¹⁰⁾ Véase más arriba el párrafo reproducido en la nota 7.

vada la que efectúa el desembolso para la creación y puesta en funcionamiento del hospital proporcionando después a través de un convenio singular, la asistencia sanitaria a la población de la seguridad social; por el contrario, en el caso de las concesiones administrativas la titularidad del hospital es pública, es la administración la que proporciona los medios y recursos de su titularidad, así como la fuente de ingresos a la empresa privada que accede a la gestión y explotación del hospital garantizándole *ab initio* la producción generadora de los ingresos, ya que la población asistencial está asegurada al ser la propia población de la seguridad social”.

En cambio, en el concierto sanitario, “no se produce la ‘publicación’ de la Organización y Funcionamiento del Centro Concertado, teniendo además la Administración potestades de inspección y control en dicho hospital privado”. El resultado del análisis es que “la Ley General de Sanidad posibilita la incorporación de medios privados al sector público sanitario a través de conciertos sanitarios y convenios singulares, pero no a la inversa, es decir, la incorporación de medios públicos al sector privado, pues esto implica la ‘externalización’

de los medios y recursos públicos por la empresa privada, situación que por el momento no está prevista en la LGS. Antes al contrario, y conforme al citado art. 4.3 del vigente RD Legislativo 1/1994 no parece que sea posible la externalización de los servicios sanitarios de la Seguridad Social”.

Ahora bien, según la sentencia, la gestión indirecta del servicio público de salud, que la LGS no permitía (salvo en las modalidades de convenios y conciertos), fue autorizada por el Real Decreto Ley 10/1996 y la Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud (“si son nuevas formas significa que con anterioridad a estas normas aquellas no existían o no era posible legalmente llevarlas al Sistema Nacional de Salud”), que también son aplicables a las Comunidades Autónomas.

Contra esta sentencia Comisiones Obreras interpuso recurso de casación⁽¹¹⁾, que fue desestimado por sen-

⁽¹¹⁾ Los motivos del recurso de casación eran, en síntesis: a) que la sentencia recurrida declara que es legal la concesión administrativa para gestionar un Hospital del Sistema Nacional de Salud, con base en lo dispuesto en el Real Decreto Ley 10/96, Ley 15/97 y Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a pesar de que también declara que la Ley General de Sanidad no permite la concesión administrativa; b) que la previsión conteni-

tencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006/4212). El Alto Tribunal señala que “para ello bastaría con reproducir las valoraciones de la sentencia recurrida que han dado adecuada respuesta a las argumentaciones que aquí hace el recurrente y que en buena medida son reproducción de las formuladas en la Instancia”. Pero añade otros argumentos que son, en síntesis:

1. “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 re-

currente, 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 él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada’”.

2. “Que además de que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...), 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

da en el Real Decreto-Ley 10/96 y la Ley 15/97 (“pudiéndose establecer además acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas y fórmulas de gestión integrada o compartida”), se ha de entender referida no a la remisión de los derechos de los usuarios del Sistema Nacional de Salud, como hace la sentencia recurrida, sino a los contratos, convenios y acuerdos previstos en la Ley General de Sanidad, pues la norma remitente regula las nuevas formas de gestión y no los derechos de los usuarios; c) que los hechos posteriores corroboran esa tesis, pues el Real Decreto 29/2000, en desarrollo de la Ley 15/97, regula las fundaciones públicas sanitarias, los consorcios, las empresas públicas, pero no alude a las concesiones administrativas; d) que la asistencia sanitaria es una prestación de la seguridad social y que el artículo 4.3 del Real Decreto Legislativo establece que en ningún caso la ordenación de la seguridad social podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil, y en base a ello la Administración no puede dar lugar a que la gestión de una prestación de seguridad social pueda existir directamente, como en el caso de una concesión administrativa, una empresa privada cuya finalidad por definición es el lucro; y e) en definitiva que la figura de la concesión administrativa como fórmula de gestión y prestación sanitaria carece de cobertura legal.

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”.

3. “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 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 de 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, siem-

pre 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 (...)”.

4. “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”.

El Tribunal Supremo ha respaldado así, sin reservas, la concesión de servicio público como modalidad de ges-

tión indirecta de los establecimientos sanitarios. En apoyo de su tesis invoca una sentencia del Tribunal Constitucional sobre el significado del sistema público de la Seguridad Social. Ahora bien, lo que puede ser admisible en casos aislados (concesiones de gestión de determinados hospitales) puede no serlo si se generaliza, de modo que la mayor parte de los establecimientos sanitarios fueran gestionados indirectamente. ¿Hay algún obstáculo para ello en el marco constitucional vigente? Este es el último punto que vamos a examinar aunque sea someramente.

Límites constitucionales a la gestión indirecta de la asistencia sanitaria como prestación no contributiva del sistema público de Seguridad Social

La STC 37/1994, de 1 de febrero, a la que se remite la del TS que acabamos de comentar, declara, en efecto, que el carácter público del sistema de la Seguridad Social es compatible con la incidencia de formas de gestión o responsabilidad privadas: “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”, si bien “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” (FJ 3)⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ “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 haciéndolos 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. Y habrá que concluir, en consonancia con lo dicho, que no es incompatible con la garantía institucional del sistema de Seguridad Social consagrada en el art. 41 CE, la reforma experimentada por el art. 129.1 LGSS, en cuanto afecta a un aspecto parcial de la protección de la incapacidad temporal para el trabajo, y no altera el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a esta contingencia, descartándose toda prevalencia de la autonomía privada en el diseño de la acción protectora dispensada”.

La STC 206/1997, de 27 de noviembre, declara que lo que sea seguridad social “no es deducible por sí solo del tenor del art. 41 CE” (FJ 5), porque:

“La Constitución, y más cuando se trata de una materia como la Seguridad Social, no pretende imponer un único modelo. Consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar. En suma, la Constitución consagra ‘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 (y sólo impide que) se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la Institución Seguridad Social’ (STC 37/1994 fundamento jurídico 4.º). Dentro de tales límites son constitucionalmente admisibles distintos modelos”.

Por consiguiente, la definición del concreto “modelo” de seguridad so-

cial vigente en cada momento pertenece a las facultades de libre configuración del legislador, dentro de los límites constitucionales expuestos. En palabras de la sentencia:

“(…) Con respeto a las líneas estructurales básicas de la institución, la libertad de configuración del legislador es notoria y ello ya ha sido suficientemente reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 103/1983, 65/1987 y 134/1987). Por tanto, si la naturaleza de una determinada institución se ajusta a tal imagen ha de deducirse de los propios rasgos que perfilan la noción de ‘Seguridad Social’ y nunca de un concepto inexistente en la Constitución, porque equivaldría a congelar la libertad de opción del legislador”.

Por su parte, la STC 239/2002, de 11 de diciembre, sintetiza la doctrina constitucional sobre el significado de la seguridad social y el carácter “evolutivo” de esta institución en los siguientes términos:

“De nuestra doctrina se desprende, por consiguiente, una triple apreciación. En primer lugar, que la noción de nuestro Derecho positivo en el momento de aprobarse la Constitución acerca del Régimen de Seguridad Social se sustentaba en la cober-

tura de riesgos de carácter contributivo, no incluyendo en su ámbito la atención a otras situaciones de necesidad. En segundo lugar, que el Sistema de Seguridad Social, al configurarse como una función de Estado, permite incluir en su ámbito no sólo las prestaciones de carácter contributivo, sino también las no contributivas. Y en tercer lugar, que el art. 41 CE hace un llamamiento a todos los poderes públicos para que subvengan a paliar estas situaciones de necesidad, lo que ha de ser realizado por dichos poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias”⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ Pero esto no significa que todas las medidas que se adopten para la protección social deban encuadrarse en el marco del sistema de la seguridad social, pues ello conllevaría el vaciamiento de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social. Según la sentencia “la tendencia a la universalización de las medidas de protección social, como finalidad constitucional consagrada en el art. 41 CE, no se compadecería con la paulatina reducción de otros ámbitos de protección distintos al de la seguridad social por el hecho de la extensión o ampliación de la cobertura de este último sistema a colectivos no protegidos por él con anterioridad, ya que ello significaría, como acabamos de decir, un correlativo vaciamiento de competencias autonómicas que no ha sido querido así por el Texto constitucional”. Hay un voto particular en el que se critica el resultado a que conduce la sentencia con la siguiente argumentación: “la asistencia social no puede ser un título competencial en función del cual se pueda no complementar el sistema asistencial de la seguridad social en las áreas no cubiertas por éste (que creo que es su papel), sino suplementar al alza las concretas

Ahora bien, hay que preguntarse si la libertad de configuración del legislador es tan amplia como para permitir cualquier modalidad de gestión (directa o indirecta) o si, por el contrario, mientras la asistencia sanitaria básica esté incluida en el sistema público de la seguridad social, la garantía constitucional de dicho sistema obliga a mantener la titularidad pública de una red de asistencia primaria y hospitalaria, lo que no impide la colaboración de centros y establecimientos sanitarios privados, pero sí que toda la asistencia (o la mayor parte) sea prestada por éstos, aunque se configure como gestión indirecta de un servicio público y no como una actividad meramente privada.

prestaciones de la seguridad social, de modo que, en vez de una seguridad social única, visible como tal por sus beneficiarios, en la unidad de sus prestaciones en toda España, y concebida desde su nacimiento como un instrumento de solidaridad nacional, pueda ser vista por aquéllos como más o menos generosa en las distintas Comunidades Autónomas. No me parece constitucionalmente aceptable que, cuando se está fijando desde un plano nacional la revalorización de las pensiones de la seguridad social única y estatal en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, por exigencia de la propia Ley de Seguridad Social (art. 52 LGSS), los órganos políticos de una determinada Comunidad Autónoma eleven la cuantía de esa revalorización, aunque lo hagan a su propia costa, porque consideren que la cuantía de la revalorización estatal no es la adecuada, pues creo que con ello se interfiere en lo que es una misión estatal”.

¿Sería “recognoscible” una seguridad social en la que la asistencia sanitaria fuera prestada mayoritariamente por establecimientos privados? Una respuesta afirmativa podría articularse en el marco de la concepción del Estado como “garante” de las prestaciones a que tienen derecho los ciudadanos (entre ellas, lógicamente, las sanitarias)⁽¹⁴⁾. El Estado garante no realiza por sí mismo las prestaciones necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales típicos del Estado social, sino que su función es activar a las fuerzas sociales (los agentes privados) para que colaboren en la realización de tareas públicas en el marco de la regulación establecida por aquél. El Estado garante es así, en sustancia, un Estado “regulador”, no “prestador de servicios”. Sin embargo, esa noción no explica el papel del Estado en su totalidad. Se refiere preferentemente a las actividades “privatizadas” en sentido material, es decir, a tareas o funciones antes consideradas “servicios públicos” y que han sido “liberalizadas”. Son, en su mayor parte, actividades económicas de interés

general y, por ello, reguladas. Pero hay otras actividades de contenido predominantemente social (aunque sean susceptibles de explotación económica), que son competencia y responsabilidad de los poderes públicos. En relación con ellas éstos no son sólo “garantes”, sino que también son y deben seguir siendo “prestadores” con sus propios medios, es decir, a través de centros y establecimientos de titularidad pública y gestión directa, cualquiera que sea su forma de organización y el régimen jurídico aplicable (derecho público o privado).

En este marco, puede ser admisible la concesión como forma de gestión (indirecta) de determinados establecimientos y así lo ha declarado el Tribunal Supremo. Pero esa opción debe considerarse excepción a una regla y, por ello, necesitada de justificación caso por caso, lo que no parece que se haya hecho en los supuestos en que se ha recurrido a esta figura. A este respecto, hay que salir al paso de la muy extendida tesis de que las formas de gestión son intercambiables y que es indiferente utilizar una u otra. No lo son o, al menos, no deberían serlo. Al contrario, se deberían objetivar los criterios para determinar cuándo es recomendable utilizar

⁽¹⁴⁾ La expresión “Estado garante” se ha acuñado en Alemania^{6,7}.

cada una de las opciones. En concreto, en el caso de la concesión de servicio público hay que tener presente que su significado típico estriba en que la Administración no tiene que hacer desembolso alguno para sufragar el coste del servicio, porque éste se repercute sobre los usuarios. Parece claro que este esquema no es adecuado, en términos generales, a la gestión de las prestaciones sanitarias. En ellas la financiación pública está asegurada en el marco del sistema de la seguridad social (y ahora de la financiación autonómica), por lo que no se trata de recurrir al capital privado para obtener unos recursos de los que carecen los poderes públicos. Pero lo decisivo es, a mi juicio, que como la esencia de la prestación sanitaria no está en su contenido económico, sino en la realización efectiva de un derecho fundamental cueste lo que cueste, el empresario privado no puede actuar con los esquemas habituales dirigidos a la obtención de un beneficio, sino que se verá abocado inevitablemente a una difícil encrucijada: o desempeña correctamente su función, aunque sufra pérdidas (lo que es insostenible a medio y largo plazo) o prima la obtención del beneficio, con el consiguiente deterioro de la calidad de la asistencia pres-

tada. Desde luego, con fondos públicos se pueden financiar prestaciones que proporcionan los establecimientos privados, pero esto nos sitúa, de nuevo, en el ámbito bien conocido del concierto sanitario. El planteamiento de la LGS era, en este punto, muy coherente y no hay, a mi juicio, razones sólidas para revisarlo.

En definitiva, parece razonable sostener que la efectividad de los mandatos constitucionales relativos a la protección de la salud y al mantenimiento obligatorio de un sistema público de seguridad social implica la existencia de una red de establecimientos de titularidad pública que deben ser gestionados directamente (con o sin atribución de personalidad jurídica propia), sin perjuicio de la colaboración de los centros privados, fundamentalmente mediante fórmulas de concertación. También es admisible la concesión y alguna otra fórmula análoga, como el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado, previsto en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Pero éstas deben ser excepciones a la regla de la gestión directa, y por ello necesitadas de justificación concreta, sin que sea suficiente la genérica previsión legal de su admisibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Schmidt-Assmann E. La teoría general del Derecho administrativo como sistema (traducción española). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons; 2003.
2. Menéndez Rexach A. Formas Jurídicas de gestión de los servicios sanitarios. En: Parejo L, Lobo F, Vaquer M, coordinadores. La organización de los servicios públicos sanitarios. Madrid: Marcial Pons; 2001. p. 71 y ss.
3. Domínguez Martín M. Formas de gestión de la sanidad pública en España. Madrid: La Ley; 2006.
4. Menéndez Rexach A. Fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario. En: La gestión de servicios sanitarios: modelos alternativos. Ponencias del Tercer Congreso Derecho y Salud. Gobierno de Navarra, Pamplona; 1995. p. 73 y ss.
5. Vaquer Caballería M. Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios. Madrid: Universidad Carlos III-Marcial Pons; 1999.
6. Franzius C. Der Gewährleistungss-taat- ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat? Der Staat. 2003; 42(4):493 y ss.
7. Esteve Pardo J. La regulación de la economía desde el Estado garante. Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Vol. La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales. Madrid: Thomson Aranzadi; 2007. p. 79 y ss.

