

**ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DE LOS SERVICIOS
DE SALUD. EL IMPACTO DEL DERECHO
EUROPEO***

TOMÁS FONT I LLOVET
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

RESUMEN

Se estudian los servicios de salud y de asistencia sanitaria desde la perspectiva europea de los servicios de interés general, que satisfacen necesidades básicas de la población y en cuya organización y prestación priman los criterios de solidaridad y cohesión social frente a la eficiencia económica. En su virtud, deben responder a criterios o principios de universalidad, igualdad de acceso y equidad, continuidad en la prestación, transparencia y calidad. A partir de estos criterios, se efectúa el análisis de las modernas formas de organización y gestión de los servicios sanitarios y de la incidencia en las mismas de las últimas reformas legislativas y de la más reciente jurisprudencia constitucional y europea.

Palabras clave: sanidad; servicios de interés general; consorcios; convenios; concesiones.

ABSTRACT

We study the health services and health care from the European perspective of services of general interest, whose organization and provision respond to criteria of solidarity and social cohesion and not to economic efficiency. They must respond to criteria or principles of universality, equality of access and equity, continuity, transparency and quality. Based on these criteria, we attempt the analysis of modern forms of organization and provision of health services and the impact on them of the latest legislative reforms and the most recent case of constitutional and European law.

Key words: health services; services of general interest; consortia; conventions; concession contracts.

* Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación *Regulación y gestión de servicios de interés general y espacios públicos. El reto de las ciudades inteligentes (DER 2015 - 68966 - P)* financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

SUMARIO

I. MARCO GENERAL Y EVOLUCIÓN: 1. *La perspectiva europea*. 2. *La perspectiva española*.—II. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS.—III. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO.—IV. LA ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO SANITARIO. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: 1. *Los consorcios sanitarios*: A) La nueva regulación de los consorcios administrativos. La adscripción de los consorcios sanitarios. B) Los consorcios sanitarios como operadores económicos. C) El régimen jurídico del sector público y los medios propios. 2. *Convenios y contratos en la gestión sanitaria*. A) Convenios singulares de incorporación a la red hospitalaria de utilización pública. B) Las empresas de base asociativa en atención primaria (EBAS) y sociedades de profesionales sanitarios. C) El contrato de concesión de los servicios sanitarios.—V. CONCLUSIÓN.

I. MARCO GENERAL Y EVOLUCIÓN

1. *La perspectiva europea*

La protección de la salud está presente en los textos fundamentales del derecho europeo. El art. 168 TFUE contiene una completa previsión de acciones de diverso signo en relación con la salud humana, relativas a la transversalidad, la cooperación y coordinación de los Estados miembros, y con la previsión de acciones complementarias a las de dichos Estados miembros. Las previsiones sobre cuestiones de salud pública no inciden en la organización de la asistencia sanitaria. En este sentido, el art. 168.7 TFUE dispone que «la acción de la Unión respeta las responsabilidades de los Estados miembros con respecto a la definición de su política de salud, así como la organización y prestación de servicios de salud y atención médica. Las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y atención médica y también la asignación de recursos que se destinan a los servicios antes mencionados»¹.

Los servicios de salud y de asistencia sanitaria constituyen en un principio un claro ejemplo de servicios de interés general, que satisfacen necesidades básicas de la población y en cuya organización y prestación priman los criterios de solidaridad y cohesión social frente a la eficiencia económica. En su virtud, deben responder a criterios o principios de universalidad, igualdad de acceso y equidad, continuidad en la prestación, transparencia y calidad. Y como dispone el art. 2 del protocolo 26 anexo a los Tratados: «Las disposiciones de los Tratados no afectarán en

¹ Por todos, véase J. F. PÉREZ GÁLVEZ y R. BARRANCO VELA (dirs.), *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013.

modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico».

Por otro lado, una primera consideración excluye a la prestación estos servicios de carácter no económico, en principio, de la aplicación de las exigencias propias de las políticas del mercado interior. Así, contrasta con lo dispuesto para los servicios de interés general de carácter económico² por el art. 106.2 TFUE: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre 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. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión».

Ello no es obstáculo para que, al margen de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, con las importantes modulaciones que se verán, fundamentalmente por obra de la jurisprudencia comunitaria, se hayan impuesto en este ámbito las reglas de no discriminación por razón de nacionalidad, y les sean de aplicación las reglas de la contratación del sector público.

Por su parte, el art. 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dentro del título relativo a la «Solidaridad», proclama el derecho a la protección de la salud, en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana».

La eficacia jurídica de esta declaración deberá circunscribirse a sus justos términos, habida cuenta de que se trata de un derecho que no puede ser invocado en situaciones jurídicas no reguladas por el derecho de la Unión³. Pero lo cierto es que la «vis expansiva» de los derechos

² V. PARISIO y V. AGUADO, *Services of general economic interest, administrative courts and courts of audit*, Giuffrè ed., Milano 2014.

³ Sobre el valor de la Carta, ex art. 51, véase la STJUE 17.07.2014, Caso YS y otros, CC-142/12, y 372/12, en que se declara que el derecho a la buena administración del art. 41 sólo se aplica a la instituciones de la UE, y no a los Estados, por lo que no es invocable ante las autoridades nacionales. La STS 16.02.2015 señala: «Todo ello sin perder de vista, además, en lo que atañe a la invocación del art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, que el Tribunal de Justicia, en sentencia de 18 de julio de 2014, As. C-56/13, ha declarado que el derecho de propiedad en tanto que reconocido y contenido en la Carta de Derechos Fundamentales, se sujeta y padece de sus mismas limitaciones, siendo la primera de ellas —y la más

fundamentales no privará de ocasiones, como ya está sucediendo, de inspirar e influir en la elaboración, interpretación y aplicación del derecho nacional, y de ser invocada por los tribunales para fundamentar sus decisiones⁴.

2. *La perspectiva española*

Centrándonos en esa responsabilidad de los Estados miembros, nos limitamos ahora al caso de España, porque efectivamente encontramos una gran diversidad organizativa en el servicio de salud de los diversos países europeos. A partir de la configuración constitucional de un Estado social que garantiza prestaciones y derechos sociales a sus ciudadanos, el artículo 43 CE proclama el derecho a la salud y ya atribuye a los poderes públicos la responsabilidad de organizar y de tutelar la salud pública, a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y los servicios necesarios al respecto. Entre las características de la ordenación constitucional, destaca que se trata de un derecho de *todos*, lo que remite al estatus de ciudadanía, no de nacionalidad, sin una referencia a requisitos de afiliación y por tanto en la lógica de ir hacia la universalización del derecho. Es cierto que existe una diferenciación respecto de la Seguridad Social (art. 41 CE), pero también es verdad que se ha producido un largo proceso de convivencia entre Servicio Nacional de Salud y Seguridad Social, y que todavía pervive⁵.

También resalta la responsabilidad pública, ya que compete a los poderes públicos organizar la salud pública y tutelar el derecho a la misma con las prestaciones y servicios necesarios, pero no necesariamente han de tratarse de prestaciones o servicios «públicos», a diferencia de la Seguridad Social, en que se alude a un régimen público de la misma (art. 41 CE).

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar la existencia de una «garantía institucional» de la Seguridad Social. La STC 213/2005, de 21 de julio, FJ 3, sintetiza la doctrina constitucional en estos términos:

importante— la de que no puede ser invocado ni aplicado, a situaciones jurídicas no reguladas por el propio Derecho de la Unión, como sería el caso».

⁴ Véase, por todos, los diversos trabajos de L. MARTÍN-RETORTILLO sobre la Carta Europea recogidos en su libro *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*, El Justicia de Aragón, 2009, págs. 491 ss.

⁵ J. PÉMAN GAVÍN, *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Bolonia (1989), y los trabajos recogidos en (2005), *Asistencia sanitaria y Servicio Nacional de Salud*, Comares, Granada. S. MUÑOZ MACHADO (1995), *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza, Madrid.

a) La Constitución ha recogido y consagrado en su art. 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como “una función del Estado”, rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 3; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras).

b) 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).

c) 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).

La reciente STC 84/2015, de 30 de abril, relativa a la denominada privatización de la sanidad madrileña, concluye que «esta doctrina constitucional pone de manifiesto que el art. 41 CE no exige que el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social requiera necesariamente y en todo caso un sistema de gestión pública directa».

En fin, la sanidad está sometida a una profunda descentralización en la política y en la gestión, en virtud de los arts. 148.1.21 CE y 149.1.16 CE, según los cuales corresponde al Estado las bases y la coordinación, y entran en juego las CC. AA. como responsables del desarrollo y la ejecución prestacional. Sin entrar ahora en el detalle, baste señalar las más acabadas formulaciones, como la que figura en el art. 23 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, referido a los derechos en el ámbito de la salud: «Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que establezcan la leyes».

En este contexto, el desarrollo normativo ha evolucionado progresivamente desde la decisiva Ley General de Sanidad de 1986. La evolución

posterior a lo largo de los años noventa, con los denominados «Pactos de Toledo» y el «Informe Abril», ha ido conduciendo hacia la desvinculación de la asistencia sanitaria respecto de la Seguridad Social, ya que según la Ley General de la Seguridad Social de 1994, las prestaciones y servicios sanitarios tienen naturaleza no contributiva. Posteriormente seguirían la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, la Ley 16/2003, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, —pasando por la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros, y la Ley 12/2009, del derecho de asilo—, la Ley general de salud pública 33/2011, que amplía la cobertura a todos los españoles residentes y a los desempleados que hubieran agotado el subsidio de desempleo. Desde el punto de vista organizativo, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, vino a ampliar las técnicas organizativas de la prestación, con la extensión de fórmulas privadas ya experimentadas en algunas CC. AA.⁶

En definitiva, cabe decir que desde el punto de vista subjetivo, se ha llegado a configurar un derecho subjetivo prácticamente universal a la asistencia sanitaria, y desde el punto de vista objetivo, se ha consolidado un alto contenido prestacional, a través de la cartera de servicios o catálogo de prestaciones común, establecido por normativa estatal (Ley de cohesión y calidad, arts. 11 y ss.), al que se añade una posible cartera complementaria a fijar por las CC. AA.⁷

Llegados a este punto, puede decirse que se confirmaría la opinión de que la asistencia sanitaria, la sanidad, puede ser calificada como un servicio de interés general (SIG), si entendemos como tales, como se ha adelantado, las actividades prestacionales que satisfacen necesidades básicas o fundamentales de los ciudadanos, por lo que deben responder a principios de continuidad, universalidad e igualdad de acceso y transparencia⁸.

En este contexto es cuando hay que destacar que a finales de la primera década del siglo XXI el Servicio Nacional de Salud acusaba ya la tensión entre tres lógicas: la redistributiva (garantizar la universalización), la privatizadora (expansión de la oferta privada dentro y fuera del SNS) y la descentralizadora (multiplicación de actores y fragmentación del sistema). Y en este momento, en plena crisis económica, se empie-

⁶ A. MENÉNDEZ REIXACH, «Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el derecho administrativo», *Actas del IV Congreso nacional de derecho sanitario*, http://www.aeds.org/congreso4_19.php; L. PAREJO, F. LOBO y M. VAQUER (coords.) (2001), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona.

⁷ L. PAREJO; A. PALOMAR y M. VAQUER (coords.), (2004), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid Barcelona.

⁸ J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2000), «En torno a la nueva regulación de los nuevos servicios esenciales en red», en F. SOSA WAGNER (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Ramón Martín Mateo*, pág. 2798.

zan a asumir las políticas de consolidación fiscal impuestas por la «troika» comunitaria. En el caso de la sanidad, dicha reforma se concreta a lo largo de 2012 en dos medidas, el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, y su desarrollo en el RD 1192/2012, posteriormente modificado por el RD 576/2013, de 26 de julio. En síntesis: a) se restringe subjetivamente la cobertura sanitaria, volviendo al sistema de aseguramiento y excluyendo a los inmigrantes no residentes, con algunas excepciones; b) se incrementa el copago farmacéutico, extendiéndolo a la población pensionista e intensificándolo en la población activa y c) se modifica la cartera de prestaciones sanitarias⁹.

Se ha dicho que el impacto institucional de la nueva reforma retorna el SNS al sistema de Seguridad Social de forma que el nuevo entramado se configura en un sistema tripartito de atención sanitaria: a) un sistema de Seguridad Social para los cotizantes; b) un sistema asistencial para las personas sin recursos, esto es, sistema de beneficencia; y c) un sistema privado con un margen de crecimiento mucho mayor¹⁰.

El carácter descentralizado del sistema ha permitido que algunas CC. AA. —sujetas además a un proceso electoral a lo largo del primer semestre de 2015— se hayan opuesto a la exclusión de las personas en situación irregular, algunas desde el primer momento, otras después de las elecciones citadas, practicando una suerte de «insumisión legal»¹¹, tal y como ha sucedido en otros ámbitos como, por ejemplo, en el de la

⁹ El Programa Nacional de Reformas (PNR) de 2013, así como el Programa de Estabilidad de España 2013-2016, se plantean reducir el gasto sanitario entre 2012 y 2014 por valor de 7.267 millones de euros; de modo que el gasto público en sanidad en 2016 no supere el 5,4% del PIB, lo que supone un retroceso sin precedentes respecto del gasto de 2011 (cerca del 9%, que se sitúa en torno a la media europea). El PNR 2013 estima en 873.000 el volumen de personas que perderían la tarjeta sanitaria. Véase ampliamente, V. MARBÁN GALLEGU y G. RODRÍGUEZ CABRERO *Políticas sociales en sanidad y educación y el impacto de las políticas de consolidación fiscal*, VII Informe FOESSA sobre exclusión y desarrollo social en España, 2014.

¹⁰ «El segundo subsistema, el de tipo asistencial, había quedado subsumido en el primero, tal era el objetivo de la ley de 1986 al crear un sistema sanitario universal guiado por el principio de residencia y financiado con impuestos. Su reconstrucción, formal e informal, supone una regresión institucional a la vez que una discriminación social y prestacional», V. MARBÁN GALLEGU y G. RODRÍGUEZ CABRERO (2014), *Políticas sociales en sanidad*, cit. Para algunos nunca hubo una sustitución del sistema de Seguridad Social por el de Servicio Nacional de Salud, sino una superposición de ambos: J. L. BELTRÁN AGUIRRE «La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de derechos fundamentales», en J. F. PÉREZ GÁLVEZ y R. BARRANCO VELA (dirs.), *Derecho y salud en la Unión Europea*, cit.

¹¹ La STC 22/2012, de 16 de febrero, confirma la doctrina de que es competencia de las CC.AA. mejorar las bases estatales: J. L. BELTRÁN AGUIRRE, «La universalización...», cit., pág. 135. La Ley foral de Navarra 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra, recurrida por el Estado ante el TC, ha recuperado su vigencia al ser levantada su suspensión por el auto TC de 8 de abril de 2014, en el que se efectúa una ponderación de los perjuicios económicos alegados por el abogado del Estado y la prevalencia del derecho a la salud del art. 43 CE, del que quedarían excluidos colectivos especialmente vulnerables.

tortuosa aplicación de la Ley 27/2013 (LRSAL)¹². En fin, la insostenibilidad de la reforma ha hecho rectificar parcialmente al Gobierno con las últimas medidas anunciadas por el Ministro de Sanidad sobre la reincorporación de los extranjeros no documentados a la atención básica, con el sólido argumento de que es «para no colapsar las urgencias» (a las que también acuden los votantes españoles).

En todo caso, la dinámica hacia la universalización, basada en criterios de calidad y de equidad, no ha sido todavía completada en España, donde perviven manifestaciones del criterio de aseguramiento por la Seguridad Social, a pesar de que la financiación del servicio de asistencia sanitaria sea de carácter general por vía impositiva. Además, se producen situaciones de duplicidad de pago en aquellos colectivos excluidos del sistema, que pueden acceder al mismo vía convenios específicos, lo que ha sido calificado como discriminación no justificada y por ello inconstitucional¹³.

II. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

Desde la perspectiva de la posición de los usuarios de la sanidad, esto es, desde la posición del paciente, como ya se ha adelantado, la jurisprudencia comunitaria ha introducido importantes modulaciones en la configuración nacional de los servicios sanitarios. En efecto, al margen de la regulación normativa para la coordinación de los servicios nacionales de Seguridad Social que afectan a los trabajadores¹⁴, el Tribunal de Justicia, sobre todo a partir de las Sentencias Kohll y Decker de 1998, ha ido desarrollando una serie de pronunciamientos relativos al derecho a recibir prestaciones sanitarias y farmacéuticas en un Estado distinto al de residencia del usuario, en el contexto de las libertades fundamentales, lo que ha permitido hablar de una suerte de «libre circulación de pacientes»¹⁵.

En efecto, el Tribunal de Justicia, en una serie de resoluciones —casuísticas naturalmente en relación a los conflictos concretos que se la habían ido presentando¹⁶—, ha expresado una serie de criterios que

¹² A. GALÁN GALÁN «La aplicación autonómica de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», *REALA nueva época*, 3, 2015.

¹³ J. L. BELTRÁN AGUIRRE, «La universalización...», cit., pág. 135.

¹⁴ Véanse los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, que derogan parcialmente y complementan otros anteriores como el Reglamento 1408/71 y el 574/1972.

¹⁵ J. PEMÁN GAVÍN, «Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo», *RAP*, 160 (2003), ahora recogido en el libro *Asistencia sanitaria y Servicio Nacional de Salud*, cit., pág. 317 ss.

¹⁶ Entre ellas destacan las Sentencias de 12 de julio de 2001 «Smits y Peerbooms», de 13 de mayo de 2003, «Mülle-Fauré y van Riet», de 16 de mayo de 2006, «Watts».

cabe resumir de la siguiente manera: los Estados son competentes para organizar su sistema de servicios sanitarios; la libertad de prestación de servicios alcanza a la asistencia sanitaria pública, por lo que ampara la libertad de los usuarios de acudir a otro Estado miembro a recibir la misma atención médica a la que tienen derecho en su propio Estado, tanto no hospitalaria como hospitalaria, aun con matices; la exigencia de una autorización previa por parte del Estado de procedencia para que el usuario pueda recibir dicha asistencia en otro Estado puede significar, según los casos, una restricción injustificada de la libertad de prestación de servicios, aunque en otros supuestos puede admitirse que los Estados establezcan dicha autorización; en fin, puede ser contrario a dicha libertad no garantizar al usuario el reembolso de los gastos en el mismo nivel a que tiene derecho en su Estado¹⁷.

Paralelamente a esta evolución jurisprudencial, el Libro Blanco sobre los Servicios de interés general de 2004, tras reconocer plenamente el interés general en los servicios sociales y sanitarios y reflejar su carácter específico que se deriva de las exigencias de solidaridad, voluntariado e inclusión de categorías de población vulnerables, entre otras, declara que «la Comisión se está ocupando del seguimiento del proceso de reflexión de alto nivel sobre la movilidad de los pacientes y los progresos de la asistencia sanitaria y, en abril de 2004, ha adoptado una Comunicación que retoma los principios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y expone una serie de iniciativas en relación con aspectos tales como la utilización en común de capacidad excedentaria y la cooperación en materia de asistencia transfronteriza, la determinación de centros europeos de referencia y la creación de redes de tales centros, y la coordinación de la evaluación de nuevas tecnologías de la salud».

En el fondo, el problema es el de la financiación del servicio prestado, habida cuenta de las profundas diferencias de sistemas en los distintos países europeos, y por tanto de la sostenibilidad económica de los mismos, y las soluciones casuísticas no han dejado de provocar una gran inseguridad jurídica tanto a los usuarios de los servicios sanitarios como a los prestadores de los mismos. La Unión Europea, consciente de estos problemas, ha acabado por aprobar la importante Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

¹⁷ J. CANTERO MARTÍNEZ, «Los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza: la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo», en J. F. PÉREZ GÁLVEZ y R. BARRANCO VELA (dirs.), *Derecho y salud en la Unión Europea*, cit., pág. 142; J. L. BELTRÁN AGUIRRE, «La universalización...», cit., pág. 109.

La Directiva viene a ser la sistematización de la jurisprudencia anterior del TJUE, que hemos resumido, y en ella prevalece la óptica de considerar los servicios sanitarios en su perspectiva de servicio económico, y por ende, plenamente integrada en la libertad de prestación, como se ha dicho. Se ha subrayado, así, cómo esta concepción descansa en una mayor consideración del valor de la libertad individual, frente a una concepción fundamentada más en el valor de la solidaridad social, como puede ser la que sustenta el sistema español, por su sistema de financiación y su dinámica hacia la universalización¹⁸. La Directiva 2011/24/UE, no obstante, es consciente de la diversidad de modelos organizativos de la sanidad en los diversos Estados, y de sus sistemas de financiación, por lo que permite a los Estados establecer limitaciones, básicamente, sujetar a autorización previa la asunción de los costes por la asistencia sanitaria prestada en otro país. Pero con ello no es suficiente para despejar la duda de si realmente se produce un «choque de modelos» entre el «europeo» y el nacional¹⁹, ya que, en el fondo, late el problema de la «dislocación» o no coincidencia entre la comunidad financiadora del servicio sanitario y la colectividad receptora del mismo.

En España ha tenido lugar la transposición de la Directiva por medio del Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. El preámbulo indica claramente cuál es la óptica con la que el Gobierno incorpora el derecho europeo: «El nuevo marco de la directiva significa, en síntesis, un incremento de las garantías de calidad y seguridad para los pacientes-usuarios, pero también la introducción de la liberalización en el sector, lo que conlleva una oportunidad para la sanidad privada y un reto para el sector sanitario público, que en cualquier caso deben respetar los valores esenciales de universalidad, acceso a una atención sanitaria de elevada calidad, equidad y solidaridad, para los pacientes y ciudadanos con independencia de su Estado miembro de afiliación. Los Servicios de Salud de las comunidades autónomas deberán hacer frente, por un lado, al posible incremento de pacientes provenientes de otros Estados miembros y, por otro, habrán de reembolsar los gastos de los afiliados que decidan ser atendidos en otro Estado de la Unión».

¹⁸ J. CANTERO MARTÍNEZ, «Los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza: la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo», cit., pág. 167.

¹⁹ J. CANTERO MARTÍNEZ, «Los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza: La directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo», cit., págs. 166 ss.

Efectivamente, el carácter descentralizado de la gestión sanitaria hace descansar en las CC.AA. el peso de esa transposición, ya sea en la autorización de la asistencia, según las carteras de prestaciones, común y complementarias, ya sea en el reembolso de los gastos padecidos en la cuantía que hubiera asumido directamente el Servicio de Salud, lo que ha suscitado algunas dudas acerca de la sostenibilidad de las futuras situaciones que se puedan plantear, en relación con las denominadas «vacaciones sanitarias». Entre otros aspectos, puede ser conflictiva la determinación del tiempo razonable en que el paciente podría ser atendido por el propio Servicio de Salud, como criterio para denegar la autorización de atención programada en otro Estado, con derecho a reembolso, en relación con la gestión de las propias listas de espera²⁰.

Pero una de las novedades importantes es que la vía prevista de atención transfronteriza se sitúa al lado de la ya existente en materia de Seguridad Social desde el Reglamento europeo del año 1971 anteriormente citado. Ahora se incorpora al sistema transfronterizo la prestación de servicios sanitarios al margen del régimen de Seguridad Social, esto es, la libertad de prestación por la sanidad privada, a la que podrán acudir los residentes españoles en otro país, y que podrá recibir en nuestro país al usuario de otro Estado miembro, con garantías de reembolso. En cualquier caso, se plantea una cuestión de compatibilidad entre ambos sistemas que debe resolverse en favor del más tuitivo para el usuario²¹.

III. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

Desde el punto de vista de la prestación de los servicios sanitarios, la dinámica europea incide en dos vertientes del derecho nacional. Por una parte, en la regulación del ejercicio de las profesiones sanitarias²²;

²⁰ V. LOMAS HERNÁNDEZ, «Comentario sobre el Real decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el RD 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (2014).

²¹ Por todos, véase D. CARRASCOSA BERMEJO, «Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la UE. Novedades en el RD 81/2014 y su articulación con la vía de los Reglamentos de coordinación», *El Derecho.com*, 23 de julio de 2014.

²² Véase la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias, modificada por el RD Ley 16/2012, de 20 de abril, ya citado, así como por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

La ya aludida Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria

y por otra parte, en la regulación de los centros o establecimientos sanitarios²³.

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se enfrenta a la cuestión de los servicios sanitarios en el contexto de la compleja evolución, ya expuesta, de la relación con los servicios de seguridad social, con el reembolso de gastos correspondientes a tratamientos sanitarios transfronterizos, etc. En este sentido, el vigesimosegundo considerando de la Directiva de Servicios enuncia que «la exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la presente Directiva debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio».

Y, en su consecuencia, el artículo 2, apartado 2, letras f) y j), de la Directiva de Servicios contempla lo siguiente: «La presente Directiva no se aplicará a las actividades siguientes: [...] f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado».

En trasposición de la Directiva, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, declara que tiene por objeto «establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, no resulten justificadas o proporcionadas» (art. 1). Pero también en consonancia con la norma europea, el art. 2. f) de La Ley señala que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la misma «los servicios sanitarios, incluidos los servicios farmacéuticos,

transfronteriza, en su artículo 3, f) señala que, a los efectos de la misma, se entenderá por profesional sanitario: «todo doctor en medicina, enfermero responsable de cuidados generales, odontólogo, matrona o farmacéutico a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE u otro profesional que ejerza actividades en el sector de la asistencia sanitaria que estén restringidas a una profesión regulada según se define en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2005/36/CE, o toda persona considerada profesional sanitario conforme a la legislación del Estado miembro de tratamiento».

²³ Como lo recuerda J. F. PÉREZ BLÁZQUEZ, «Reflexiones en torno a la organización de los servicios sanitarios y el ejercicio profesional en la Unión Europea», en J. F. PÉREZ GALVEZ y R. BARRANCO VELA (dirs.), *Derecho y salud en la Unión Europea*, cit., págs. 3 ss.

realizados o no en establecimientos sanitarios e independientemente de su modo de organización y de financiación a escala estatal y de su carácter público o privado, prestados por profesionales de la salud a sus pacientes, con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud, cuando estas actividades estén reservadas a profesiones sanitarias reguladas».

El precepto señalado, al incorporar la equilibrada dinámica europea en este aspecto, ha encontrado eco directo en la jurisprudencia que se ha ocupado de delimitar el alcance del concepto de servicios sanitarios, a efectos de su exclusión de la aplicación de la Directiva. En concreto, cabe acudir a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de julio de 2013, dictada en el asunto C-57/12, «*Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL*». En el caso, la *Cour constitutionnelle* belga decidió plantear al Tribunal de Justicia la cuestión del sometimiento a autorización u homologación previa de las casas de reposo y centros de atención sociosanitaria²⁴.

El Tribunal de Justicia señala que el derecho europeo utiliza un sentido amplio del concepto de servicios sanitarios, «que incluye los servicios relativos a la salud humana tanto si se prestan en establecimientos sanitarios como si no e independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional o de su naturaleza pública o privada». Por un lado, afirma, del manual de aplicación de la Directiva se deriva que «la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123 de los servicios sanitarios abarca las actividades directa y estrictamente relacionadas con el estado de la salud humana y, por lo tanto, no afecta a las destinadas únicamente a mejorar el bienestar o a permitir la relajación, como los centros deportivos o los gimnasios». Por otro lado, también se apoya en la Directiva 2011/24 —de asistencia transfronteriza, ya citada— cuyo artículo 3, letra a), define la «asistencia sanitaria» como «los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios». En fin, el análisis de la propia Directiva de Servicios lleva al Tribunal a señalar que «como se desprende de su séptimo

²⁴ La cuestión se plantea así: «¿Deben interpretarse los servicios sanitarios contemplados en el artículo 2, apartado 2, letra f), [de la Directiva 2006/123] y los servicios sociales contemplados en el artículo 2, apartado 2, letra j), de [ésta] de tal modo que quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva los centros de atención diurna, en el sentido del [Reglamento de 2008], en la medida en que ofrecen asistencia y cuidados apropiados para la pérdida de autonomía de las personas de edad avanzada, así como los centros de atención nocturna, en el sentido de este mismo Reglamento, en la medida en que prestan a las personas de edad avanzada asistencia y cuidados sanitarios que no pueden garantizarles sus familiares de forma continuada?».

considerando, dicha Directiva establece un marco jurídico general que beneficia a una amplia gama de servicios, teniendo en cuenta, no obstante, las peculiaridades de cada tipo de actividad y de sus respectivos sistemas de regulación, así como otros objetivos de interés general, incluida la protección de la salud pública. De ello se deduce que el legislador de la Unión pretendió expresamente garantizar el respeto *de un equilibrio entre, por una parte, el objetivo de eliminar los obstáculos a la libertad de establecimiento de los prestadores y a la libre circulación de servicios y, por otra, la exigencia de salvaguardar las especificidades de determinadas actividades sensibles, en particular las relacionadas con la protección de la salud humana*».

En definitiva, el Tribunal concluye que «el artículo 2, apartado 2, letra f), de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que la exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de dicha Directiva abarca toda actividad destinada a evaluar, mantener o restablecer el estado de salud de los pacientes, siempre que tal actividad sea ejercida por profesionales reconocidos como tales con arreglo a la legislación del Estado miembro de que se trate, e independientemente de la organización, la forma de financiación y la naturaleza pública o privada del establecimiento en el que se dispensen los cuidados. Corresponde al juez nacional comprobar si los centros de acogida diurna y los centros de acogida nocturna están excluidos del ámbito de aplicación de la referida Directiva *teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades que en ellos se realizan; que las realizan los profesionales de la salud; y el hecho de que tales actividades constituyan una parte principal de los servicios ofrecidos por tales centros*». Este concepto amplio de servicios sanitarios coincide, pues, con la exclusión del art. 2, f) de la Ley 17/2009, ya visto.

De esta manera, la apertura y funcionamiento de centros y establecimientos sanitarios en España pueden ser sometidos a autorización previa o a otros controles administrativos sin necesidad de sujetarse a las condiciones y límites impuestos por la Ley 17/2009. Y así es como ocurre en realidad, en virtud del art. 29 de la Ley General de Sanidad, que dispone que: «1. Los centros y establecimientos sanitarios, cualesquiera que sea su nivel y categoría o titular, precisarán autorización administrativa previa para su instalación y funcionamiento, así como para las modificaciones que respecto de su estructura y régimen inicial puedan establecerse» y continúa diciendo que: «2. La previa autorización administrativa se referirá también a las operaciones de calificación, acreditación y registro del establecimiento. Las bases generales sobre calificación, registro y autorización serán establecidas por Real Decreto». Y en

efecto, el precepto ha sido desarrollado por el RD 1277/2003, de 10 de octubre, y complementado por la normativa propia de las CC.AA.

IV. LA ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO SANITARIO. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Una de las cuestiones que más debate ha suscitado en el ámbito del régimen jurídico de los servicios sanitarios es la de su organización, en la que ha habido múltiples experiencias —y también experimentos—, buscando por lo general conjugar la consecución de la mayor eficiencia con la necesidad de incorporar recursos económicos, personales y materiales a la prestación de un servicio de responsabilidad pública de indudable interés general. La sostenibilidad del sistema sanitario público ha sido tal vez el *leitmotiv* de las más diversas actuaciones que con posterioridad a la Ley General de Sanidad han incorporado todo tipo de técnicas de organización, gestión y financiación. La crítica social ha sido potente ante lo que unos han denominado «formas de allegar recursos privados para la prestación del servicio público»²⁵, y que la opinión pública y otros analistas no han dudado en calificar de «privatización de la sanidad»²⁶ y que ha generado fuerte atención e importantes movimientos sociales —las «mareas blancas»—, coincidentes con los momentos álgidos de las restricciones presupuestarias derivadas de la crisis económica²⁷.

Al respecto, baste decir ahora que la citada STC 84/2015, de 30 de abril, relativa a la privatización de la sanidad en la Comunidad Autónoma de Madrid, concluye que «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 aquélla y 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». A ello volveremos más adelante.

²⁵ E. ARIMANY, y M. MAGIDE, «El necesario replanteamiento de los servicios públicos. Dos ejemplos paradigmáticos: el abastecimiento de agua a poblaciones y la atención sanitaria especializada», *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. extra 2012.

²⁶ M. SÁNCHEZ BAYLE *La privatización de la asistencia sanitaria en España*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 182/2014.

²⁷ M. SÁNCHEZ BAYLE, *La privatización de la asistencia sanitaria en España*, cit., indica la multiplicidad de fórmulas prácticas de privatización y señala la diversidad de situaciones. Así, las CC.AA. podrían clasificarse según un mayor o menor grado de los fenómenos de privatización de la asistencia sanitaria en tres grupos: a) CC.AA. con un elevado grado de privatización: Cataluña, Valencia, Madrid, Baleares y La Rioja; b) CC.AA. con un moderado grado de privatización: Galicia, Cantabria, Murcia, Castilla y León y Canarias; c) CC.AA. con un bajo grado de privatización: Navarra, Andalucía, Aragón, Asturias, País Vasco.

Lo que importa destacar aquí es la relevancia que adquiere la organización administrativa en un servicio prestacional como el de la salud. Tanto la Ley General de Sanidad como la Ley 15/1997, de nuevas formas de gestión en el SNS, así como las leyes autonómicas, son leyes con destacadísimas orientaciones directamente organizativas. En síntesis, desde una determinada perspectiva cabe decir que los poderes públicos responsables de la prestación del servicio sanitario, esto es, las CC.AA., compran dichos servicios a proveedores que pueden pertenecer al sector público o al sector privado. Seleccionamos a continuación solamente algunas de las muchas cuestiones que se han planteado en torno a las formas de organización, provisión y prestación de los servicios sanitarios²⁸.

1. *Los consorcios sanitarios*

La figura de los consorcios sanitarios nos remite a una situación específica que atiende especialmente a la involucración de varias administraciones, y muy en particular de la Administración local, en la prestación de la atención sanitaria, normalmente por disponer los entes locales de infraestructuras asistenciales y hospitalarias propias, y además, permite vincular también a entidades privadas sin ánimo de lucro (fundaciones privadas).

A) La nueva regulación de los consorcios administrativos. La adscripción de los consorcios sanitarios

La novedades que pueden afectar a estas organizaciones de cooperación interadministrativa derivan esencialmente, en primer lugar, de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL)²⁹. La Ley incide en la materia sanitaria en dos aspectos. Por un lado, efectúa una sustracción de

²⁸ Por todos, L. PAREJO, F. LOBO y M. VAQUER (coords.) (2001), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona; L. PAREJO, A. PALOMAR y M. VAQUER (coords.) (2004), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona. En fase de corrección de pruebas de este artículo se ha publicado el trabajo de M. ZAMBONINO (2016), «Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios. ¿Huída o vuelta al Derecho Administrativo?». *Revista General de Derecho Administrativo*, 41, cuyas interesantes aportaciones no puedo incorporar ya al texto.

²⁹ Véase T. FONT I LLOVET, «La incidencia de la reforma local española en el ámbito sanitario: competencias y organización. En especial, los consorcios sanitarios», en M. REBOLLO, M. LÓPEZ y E. CARBONELL (Coords.) (2015), *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Madrid, Iustel págs. 291 ss. También en la revista *Derecho y Salud*, 24, Extraordinario XXIII Congreso, 2014, págs. 63 ss.

competencias municipales en la materia de sanidad (y de servicios sociales y educación) para transferirlas *ope legis* a las CC.AA.³⁰. Por otro lado, introduce una regulación específica de los consorcios que afecta directamente a los que operan en el sector de la salud. En efecto, los consorcios son uno de los objetivos de la Ley, en la idea de simplificar y racionalizar la organización administrativa, en la línea del Informe CORA. El Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas sobre los consorcios de ámbito local³¹ contabiliza más de 1.000 consorcios de ámbito local en España.

De entre ellos interesan los consorcios sanitarios, previstos primero por la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña de 1990, luego por la citada Ley 15/1997, de nuevas formas de gestión en el SNS, genéricamente, y por el también citado RD 29/2000, de 14 de enero, de forma expresa. La realidad social e institucional es muy diversa según las CC.AA. Sólo en Cataluña existen 13 consorcios en el ámbito de la salud, con participación mayoritaria de la Generalitat, aunque los hay de composición estrictamente local³².

La figura del consorcio como entidad mixta de cooperación y colaboración en la prestación de servicios públicos ha sido la solución para superar discusiones competenciales que parecían insalvables. Éste es el caso de los denominados «consorcios legales», creados por la Ley de la Carta Municipal Barcelona, entre los que se cuenta el Consorcio Sanitario de Barcelona, cuya efectividad en la función coordinadora de los servicios autonómicos y los municipales está fuera de toda duda.

En ésta, y en otras situaciones, la fórmula consorcial ha permitido encontrar soluciones *ad hoc* a plasmar en sus estatutos, habida cuenta, precisamente, de la flexibilidad estatutaria hasta ahora existente para reflejar el acuerdo al que lleguen todas las partes implicadas. Partes que, como se ha dicho, también pueden ser entidades privadas sin ánimo de lucro, fundaciones privadas en el ámbito sanitario, que alcanzan una cierta tradición y dimensión en diversos territorios.

³⁰ M. ALMEIDA CERREDA, «La redelimitación de las competencias de los municipios en materia de educación, sanidad, salud y servicios sociales y su transferencia parcial a las Comunidades Autónomas», en T. QUINTANA (dir.) y A. CASARES (coord.) (2014), *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 113 ss. En fase de corrección de pruebas de este artículo se ha dictado la STC de 3 de marzo de 2016 que, entre otros extremos, declara inconstitucionales los preceptos que disponen el traspaso a las CC. AA. de los servicios sociales y de atención primaria de la salud prestados por los municipios.

³¹ Informe 1.106, 23 diciembre de 2013.

³² Sobre las primeras experiencias de los consorcios sanitarios en Cataluña, véase J. L. LAFARGA I TRAVER, «El Consorcio: un instrumento al servicio del consenso en la gestión de los servicios sanitarios. La experiencia de Cataluña», *Derecho y Salud*, julio-diciembre 1994. Más en general sobre las diversas formas de gestión del servicio sanitario, véase M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, «Las formas de gestión indirecta y los consorcios en el ámbito sanitario», en AA.VV. (2006), *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley.

Como decía, en lo que interesa ahora, la LRSAL reguló un nuevo régimen jurídico general de los consorcios. La Disposición Final 2ª LR-SAL añadió una nueva Disposición Adicional 20ª de la Ley 30/92 LR-JPAC que incorporaba a la norma básica una regulación ex novo. Este régimen jurídico de los consorcios es en realidad una regulación de la adscripción de los consorcios, en concreto a una de las entidades participantes. Poco después, la Ley 15/2014 de racionalización del sector público y otras medidas de reforma (LRSP), en sus arts. 12 a 15, regulaba el derecho de separación de los miembros de un consorcio: causas, procedimiento, efectos, liquidación del consorcio, plazo de adaptación de estatutos, etc. En su conjunto, el resultado es una regulación desconfiada con esta probada fórmula de cooperación interadministrativa y poco flexible para hacer frente a las variadas situaciones a las que podría dar respuesta³³. Esta configuración progresiva de un novedoso régimen legal de los consorcios ha llevado finalmente a su consagración en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), cuyos arts. 118 y ss. incluyen un régimen integral —creación, adscripción, funcionamiento y disolución— y básico, que sustituye las normas anteriores.

No voy a entrar ahora en la más que discutible oportunidad y sistemática de esta nueva Ley en relación con la 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, que deroga *in totum* la Ley 30/1992³⁴. Basta destacar en relación con los consorcios, en primer lugar, que en su definición ha desaparecido la exigencia de que la posible participación de entidades privadas se restrinja a entidades sin ánimo de lucro (art. 118.1 Ley 40/2015), y se deroga expresamente el art. 87 LBRL que así lo establecía (disposición derogatoria única). En su lugar se incluye una curiosa regla según la cual, en el supuesto en que participen entidades privadas, será el consorcio el que no tendrá ánimo de lucro (art. 120.3, Ley 40/2015).

³³ F. TOSCANO GIL (2015), «El consorcio administrativo en la encrucijada», *REALA nueva época*, 3.

³⁴ Al respecto, véase el Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, sobre el proyecto de LPAC: «[...] En definitiva, el enfoque que inspira la reforma proyectada, articulada en torno a los dos anteproyectos de ley de referencia, no entronca con la tradición jurídico-administrativa de nuestro ordenamiento; antes bien, supone una *quiebra* del esquema hasta ahora seguido en el derecho administrativo positivo español, generando una *fractura* del tratamiento sistemático que tradicionalmente han recibido el régimen de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas y la regulación del procedimiento administrativo. Tal *ruptura*, lejos de servir al fin de clarificación y simplificación que pretende alcanzarse, introduce una *notable confusión* en el ordenamiento, planteando una serie de *inconvenientes* que evidencian la *rigidez* del esquema seguido y su *insuficiencia* para lograr una adecuada regulación de tales materias. Tales *defectos* son apreciables en ambos anteproyectos». Es difícil encontrar concentrados en un solo párrafo tantos términos con tanta dureza.

En segundo lugar, se mantiene la obligación de adscribir los consorcios a una de las Administraciones participantes, de acuerdo con los criterios prioritarios en favor de quien ejerza el control efectivo sobre el consorcio. El RD 1463/2007, de desarrollo de la Ley general de Estabilidad presupuestaria, ya había propiciado la aplicación de algunos de estos criterios, que en realidad son los criterios SEC 2010 (Reglamento europeo 549/2013) que está aplicando la IGAE para efectuar la sectorización a efectos de contabilidad nacional³⁵. En caso de los consorcios sanitarios, ello pudiera plantear algunos conflictos. Así, en el caso de igualdad de posición de los miembros, el criterio para la adscripción sería en favor de la Administración con mayor número de habitantes (art. 120.2, h) LRJSP). Pero ello puede dejar insatisfechos a los ayuntamientos que son miembros exclusivos de un consorcio sanitario local, que en los estatutos del consorcio han querido precisamente plasmar la igualdad y el equilibrio entre ellos, que es lo que ha permitido que se diera esta fórmula de cooperación interadministrativa.

Por otro lado, ¿qué sucede cuando un consorcio mixto autonómico y local incluye a varios entes locales? Individualmente considerados, cada uno puede tener una posición minoritaria respecto de la comunidad autónoma, pero sumados los entes locales pueden ser mayoritarios y, en su conjunto, ejercer el control efectivo. En este caso, ¿computarían juntos los entes locales? ¿Cabría aplicar el concepto de «poder de decisión conjunto» de la legislación presupuestaria?

Por su parte, hay supuestos especiales. Así, como se ha dicho, el Consorcio Sanitario de Barcelona, consorcio legal que agrupa a la Generalitat de Cataluña y al Ayuntamiento de Barcelona, y que, como se ha dicho, fue creado por la Ley de la Carta Municipal de Barcelona, fruto de un delicado equilibrio precisamente para que nadie perdiera la competencia. En su control efectivo, es de mayoría autonómica. ¿Deberá adscribirse a la Generalitat con todas las consecuencias vistas? Lo cierto es que la propia LRSAL contiene una Disposición adicional 5ª que establece que la ley es aplicable a los municipios de Madrid y Barcelona, sin perjuicio de las particularidades de su legislación específica, aunque con estricta sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

La resolución de esta casuística encuentra su expresión en la previsión de una regla especial para los consorcios sanitarios. En efecto, la

³⁵ Aunque esto está provocando algunas disfunciones importantes: p. ej., que se asignen a la Administración local los consorcios urbanísticos participados por un ente local y el INCASOL, constituidos al amparo del Texto Refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, y que según sus Estatutos son de naturaleza «autonómicos».

DF 10ª de la Ley 15/2014 (LRSP) citada contiene una modificación de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, para incluir en ella una nueva disposición adicional única, con la siguiente redacción: «Régimen jurídico de los consorcios sanitarios. 1. Los consorcios sanitarios cuyo objeto principal sea la prestación de servicios del Sistema Nacional de Salud están adscritos a la Administración sanitaria responsable de la gestión de estos servicios en su ámbito territorial de actuación y su régimen jurídico es el establecido en esta disposición y, subsidiariamente, en aquello no regulado en esta Ley, la normativa que regula con carácter general el resto de consorcios administrativos».

Así, pues, parece que se ha querido cerrar toda disquisición, y que se adopta una decisión uniforme en favor de adscribir los consorcios sanitarios a las CC. AA. Ya la IGAE estaba calificando de autonómicos los consorcios sanitarios, incluso en casos en que la posición de los entes locales, en su conjunto, podía ser prevalente. Aunque habrá que analizar caso por caso si su objeto principal es la prestación de servicios del SNS, o bien si también prestan asistencia sanitaria al margen del mismo, y en qué proporción.

En fin, cabría aventurar la existencia de una posible excepción a la obligación de adscripción de los consorcios. La Disposición adicional decimocuarta de la LRSAL excluye de la aplicación de la DA 20ª LRJPAC —ahora art. 120 LRJSP— y, por lo tanto, de la adscripción a uno de los entes públicos consorciados y del régimen de personal, a determinados consorcios, concretamente, aquellos cuyos entes públicos consorciados son al menos entidades locales y que, además, cuentan también con entidades privadas, que habría que entender que son sin ánimo de lucro, conforme exigía entonces el artículo 87.1 LBRL. A partir de este presupuesto, se exige el cumplimiento de otras condiciones acumulativas, entre ellas, que el consorcio no tenga la condición de Administración pública a los efectos del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010). El Reglamento europeo 549/2013 excluye del concepto de Administración Pública a las entidades que presten servicios o que realicen actividad de mercado. Tal vez se podría plantear aquí el caso ya citado de consorcios sanitarios que también presten servicios sanitarios privados en régimen de mercado en más del 50% de su actividad³⁶.

³⁶ F. JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ, «El triste final de los Consorcios Sanitarios», Blog Juristas de la Salud, 8.01.2015.

B) Los consorcios sanitarios como operadores económicos

En otro orden de cosas, los consorcios sanitarios pueden ser considerados «operadores económicos» a los efectos de poder participar en las licitaciones públicas de servicios sanitarios. Dejando ahora al margen la gestión de los equipamientos sanitarios de los que son titulares los propios consorcios —que puede ser a favor o no del servicio sanitario público—, cada vez es más frecuente que dichos organismos consorciales participen, con independencia de lo anterior, en la gestión de la asistencia primaria o en la prestación de servicios especializados en favor del Servicio Público de Salud de la comunidad autónoma correspondiente. Piénsese, por ejemplo, en la realización de actividades diagnósticas, pruebas analíticas, etc. Para el acceso a esta actividad sería posible el encargo directo de su ejecución en la medida en que dichos consorcios pudieran ser considerados «medios propios» de la comunidad autónoma o de su Servicio de Salud de acuerdo con los criterios contenidos en la legislación de contratos, criterios que remiten a la concurrencia sobre los consorcios de un «control análogo» (art. 15 LRJPAC y art. 24.6 TRLCSP) al que tuviera la Administración sanitaria sobre sus propios servicios³⁷.

Una primera cuestión que surge es saber, dentro de la estructura interna del consorcio, que normalmente puede agrupar a entes locales y también a la comunidad autónoma responsable del Servicio de Salud, si esta última es la que ejerce el control que pueda ser análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. ¿Es éste el mismo criterio que el del «control efectivo» utilizado por la legislación administrativa básica para determinar la adscripción del consorcio? Parece que la lógica de una y otra regulación conduce a una respuesta afirmativa. Recuérdese, no obstante, que la modificación operada en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, establece que los consorcios sanitarios cuyo objeto principal sea la prestación de servicios del Sistema Nacional de Salud están adscritos a la Administración sanitaria responsable de la gestión de estos servicios, esto es, la comunidad autónoma. Hay una adscripción *ex lege* que pre-

³⁷ La bibliografía es extensa. Por todos, E. MONTOYA MARTÍN (2009), *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009; B. NOGUERA DE LA MUELA (2010), «Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del sector público (LCSP): especial referencia a los mismos a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», *RAP*, 182, M. VILALTA REIXACH (2012), *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Thomson Reuters Aranzadi.

supone el control efectivo a la vista del objeto principal del consorcio. Y el art. 24.6 TRLCSP, para permitir la contratación *in house* también se refiere al dato de que los entes, los consorcios en este caso, realicen «la parte esencial» de su actividad para el poder adjudicador. También aquí, el análisis de cada supuesto será imprescindible para dilucidar si cabe el encargo directo de concretas prestaciones, así como la imposibilidad de concurrir a las licitaciones de su ente matriz.

Pero surge una segunda cuestión, ¿puede un consorcio sanitario, y en qué condiciones, acudir a las licitaciones que convoque otro consorcio sanitario? La Sentencia del Tribunal de Justicia UE (gran sala) de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14, «Consorti Sanitari del Maresme», ha dado respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Catalán de Contratos Públicos. El Consorcio Sanitario del Maresme, formado por la Generalitat de Cataluña, el Consejo Comarcal del Maresme y el Ayuntamiento de Mataró, fue excluido de la licitación convocada para adjudicar los servicios de resonancia magnética destinados a los centros sanitarios gestionados por la Corporació de Salut del Maresme i la Selva. Esta última, convocante del procedimiento, es a su vez un consorcio constituido por el Organismo Autónomo Local Hospital Sant Jaume de Calella, la Fundación Hospital Asil Sant Jaume de Blanes y el Consorti Sanitari de la Selva. El motivo de la exclusión era que el Consorti Sanitari del Maresme no aportó el certificado de clasificación exigido en los pliegos, aunque presentó una declaración de compromiso de adscripción de medios procedentes de una sociedad mercantil y una declaración que certificaba su condición de entidad pública.

La STJUE de 6 de octubre de 2015 declara, en primer lugar, que «el artículo 1, apartado 8, de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “operador económico” utilizado en el párrafo segundo de ese apartado incluye a las administraciones públicas, que pueden por tanto participar en licitaciones públicas en la medida en que estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso», aunque sea de forma ocasional, siguiendo con ello anteriores decisiones. Y, en segundo lugar, declara que «la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual, por una parte, las administraciones públicas nacionales autorizadas a ofrecer las obras, los productos o los servicios mencionados en el anuncio de licitación del contrato público de que se trate no pueden inscribirse en esas listas o recibir esa certificación, mientras que, por otra parte, el derecho de participar en la referida licitación queda reservado únicamente a los operadores económicos inscritos en esas listas o que dispongan de esa certificación». Es decir, que los arts. 62 y

65 TRLCSP deben interpretarse en el sentido de no impedir a las Administraciones públicas obtener la clasificación correspondiente cuya falta sea motivo de exclusión.

La capacidad de los consorcios sanitarios para actuar como operadores económicos en el ámbito de los servicios sanitarios queda confirmada y, por supuesto, es extensible a las demás entidades públicas. Ahora bien, sigue estando presente el límite señalado en el considerando 4 de la Directiva 2004/18: «Los Estados miembros deben velar por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados».

C) El régimen jurídico del sector público y los medios propios

En relación con los consorcios, surge aún una nueva cuestión. En efecto, los mismos, en tanto que integrantes del sector público institucional, pueden verse afectados por el nuevo régimen jurídico establecido por la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), pero no ya por las normas específicas fijadas para los consorcios, a las que se ha aludido antes, sino por una norma general relativa a la organización y el funcionamiento del sector público estatal.

En efecto, el art. 86.2 de la nueva Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) dispone que las entidades integrantes del sector público institucional, entre las que se encuentran los consorcios, «tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) Es una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica [...]».

La introducción de este novedoso requisito se formulaba en el anteproyecto de ley (art. 61) en los términos de que: «Sólo podrán crearse medios propios» cuando se diera tal circunstancia de mayor eficiencia económica respecto de la contratación en el sector privado. La Memoria de Análisis del Impacto Normativo (MAIN), incluso después de la aprobación del proyecto de ley por el Consejo de Ministros con el texto que sería ya definitivo, explicaba que en relación con los medios propios se incorpora la LCSP, «con la novedad de que deberá acreditarse que su

creación resulta sostenible y eficaz. Sólo podrán existir medios propios cuando su utilización sea más eficiente que la contratación externa [...]. Estos requisitos se aplicarán tanto a los medios propios que se creen a futuro como al stock de los medios propios ya existentes, estableciendo un plazo de seis meses para su adaptación. No obstante, estos requisitos no se exigirán cuando su actividad como medio propio sea residual respecto de la atribuida en su norma de creación».

A modo de precedente cabría invocar el art. 85.2 LBRL, introducido por la LRSAL, que se refiere a la preferencia en favor de la gestión directa por la propia entidad local u organismo autónomo, frente a otras formas de gestión directa como son la EPE local o la sociedad mercantil local, a menos que se acredite que estas últimas son más sostenibles y eficientes según criterios de rentabilidad económica. En este caso de la LBRL, se trata de una medida de racionalización organizativa del propio sector público, frente a su fragmentación o proliferación, en beneficio de la gestión de los servicios públicos por medios de derecho público.

Ahora, con el art. 86.2 LRJSP se da un paso distinto: se incide en la posición del sector público frente al privado, frente al mercado. Así, parecería que con el criterio de preferencia ahora introducido sería obligatorio para las Administraciones públicas contratar en el mercado la producción de bienes y servicios a menos que se acredite que la producción pública es una opción más eficiente que la contratación en el mercado y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. Esta solución introduciría una suerte de «principio de subsidiariedad» de las formas personificadas de gestión pública de los servicios en relación a la gestión privada, lo que sería muy discutible y, en cualquier caso, no viene obligado por el derecho europeo³⁸. Se ha dicho, no sin razón, que nos encontraríamos ante una modificación encubierta de los modos de gestión de los servicios públicos³⁹.

Ahora parecería que para encomendar la provisión de bienes y servicios a un medio propio no sólo deberían darse los requisitos establecidos en el art. 24.6 LCSP sobre la posición subjetiva del encomendado,

³⁸ El artículo 2.1 de la Directiva 2014/23/UE sobre contratos de concesión establece que: «1. La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras administraciones o confiarlas a operadores económicos».

³⁹ J. BERMÚDEZ (2015), «La modificación de los modos de gestión de servicios públicos, en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público», *Documentación Administrativa*, nueva época, 2.

sino además estos otros sobre la eficiencia y rentabilidad económica introducidos por el art. 86.2 LRJSP.

Es cierto que este precepto sólo se aplica a la Administración del Estado, como criterio de racionalización de su propio sector público institucional⁴⁰, pero no dejaría de entrar en contraste con el principio de necesidad de la contratación del art. 22 LCSP, según el cual la Administración sólo podrá celebrar aquellos contratos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines, de evidente significado «limitativo», sin que se establezca ningún requisito de comparación eficientista con la provisión o gestión pública. Más aún, el art. 24.1,a) LCSP indica una preferencia por la utilización de los medios propios, ya que cuando la Administración disponga de tales medios «deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución».

2. *Convenios y contratos en la gestión sanitaria*

La Ley General de Sanidad (art. 90), así como la legislación posterior (Ley 15/1997) y la normativa de desarrollo de las CCAA, y la legislación de contratos del sector público, contemplan el recurso a diversas técnicas convencionales y contractuales para efectuar lo que en el fondo sería una gestión indirecta del servicio público de asistencia sanitaria. Son múltiples y variadas las cuestiones que plantea el uso de estos negocios jurídicos en la organización prestacional del sistema sanitario. Veamos algunas de ellas.

A) *Convenios singulares de incorporación a la red hospitalaria de utilización pública*

Se ha discutido si los convenios singulares de incorporación de un establecimiento a la red hospitalaria de utilización pública previstos en los arts. 66 y 67 LGS —y correlativa legislación autonómica— son actos unilaterales necesitados de aceptación o verdaderos contratos administrativos, y en este supuesto, de qué clase⁴¹. Naturalmente, lo que está en

⁴⁰ La Disposición Adicional 16 LRJSP indica que todos los organismos y entidades que tengan la condición de medio propio estatal deberán adaptarse a lo previsto en esta ley en el plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor.

⁴¹ F. J. VILLAR ROJAS (2005), «Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios», *Documentación administrativa*, 271-272, pág. 401; A. MENÉNDEZ REIXACH (1995), «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario», *III Congreso*

juego, en el fondo, es la aplicación o no de los principios de publicidad y concurrencia propios de la contratación pública.

La respuesta depende del objeto y contenido concreto de cada convenio singular, según la legislación autonómica correspondiente. En síntesis, cabe distinguir si se trata de la simple integración en la «red» o «sistema» hospitalario de responsabilidad pública, con las consecuencias a efectos de estándares de calidad, etc., o si, además, la vinculación a la red conlleva ya el encargo de la concreta actividad prestacional a realizar por cuenta de la Administración titular del Servicio de Salud en beneficio de sus usuarios, con la determinación de la contraprestación correspondiente. En algunas normativas autonómicas se ha previsto que haya dos fases, primero en el acceso de un centro hospitalario sanitario a la red, y después en la segunda fase, asignación a los que ya están dentro de la red de la prestación del servicio sanitario correspondiente. Ha habido una práctica en que si se había accedido a la red a través de un convenio singular, la segunda fase podía ser una suerte de adjudicación directa del servicio.

Esta solución, vigente durante años, ha sido objetada recientemente. En concreto, entre otros casos, el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña número 267 (2014), referido precisamente al proyecto de Decreto regulador de contratación de los servicios sanitarios, sostiene que en estos supuestos, aunque hay una primera selección o habilitación de operadores para integrarse en una red y el posterior encargo de la prestación de servicios asistenciales hospitalarios, hay que respetar al menos los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia. No sólo en la fase de selección de entidades de acceso a la red sino también en la fase de adjudicación de los contratos.

En efecto, no se puede ignorar que el art. 15 de la Ley 30/92 señala que el encargo de gestión o encomienda de actividades materiales técnicas, cuando sea a entidades privadas, debe hacerse de acuerdo con la normativa de contratación del sector público. El Dictamen indica que la aplicación no plena de las Directivas europeas a los servicios sociales y sanitarios puede permitir una flexibilización de los procedimientos, pero siempre que se garanticen los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Y así ha sido recogido en el art. 19.1 del Decreto catalán 118/2014, de 5 de agosto, sobre la contratación y la prestación de servicios sanitarios con cargo al Servicio Catalán de la Salud.

Derecho y Salud; E. ARIMANY y M. MAGIDE, «El necesario replanteamiento de los servicios públicos. Dos ejemplos paradigmáticos: el abastecimiento de agua a poblaciones y la atención sanitaria especializada», cit.

B) Las empresas de base asociativa en atención primaria (EBAS) y las sociedades de profesionales sanitarios

Una fórmula hasta ahora sólo utilizada en Cataluña (Disposición adicional 10ª Ley Ordenación Sanitaria de Cataluña) y que se ha pretendido poner en marcha en Madrid (art. 63 Ley 8/2012, modificando el art. 88 de la Ley 12/2001) es la de las Entidades de Base Asociativa (EBAs) o sociedades profesionales, en la que un grupo de médicos crea una sociedad limitada, sociedad anónima, laboral o cooperativa, a los que se asigna la atención sanitaria primaria de una zona básica a cambio de una cantidad anual, dejando en sus manos la política de personal y el reparto de los beneficios que consigan.

Desde la óptica de su eficiencia, las valoraciones son dispares. Se han realizado tres evaluaciones de este modelo en Cataluña⁴², y para unos en ninguna de ellas se evidenció una diferencia significativa en cuanto a resultados ni económicos ni asistenciales, contradiciendo la supuesta mejora de esta propuesta de privatización. Se habría avanzado poco en atención domiciliaria y en gestión de casos, y su orientación a maximizar la cuenta de resultados no favorece que se introduzcan innovaciones que no estén orientadas a este objetivo o bien que vengan financiadas por el Servei Català de la Salut⁴³. Para otros, el modelo ha demostrado ser eficiente, ha mostrado un mayor índice de satisfacción de los profesionales y un ligero menor coste⁴⁴.

Pero el problema surge cuando las EBAS deben acudir a una licitación para la obtención del contrato de prestación del servicio de asistencia primaria en un área básica de salud y competir, como ha sucedido, con empresas multinacionales de servicios —limpieza, seguridad, etc.— que pueden soportar precios bajos aunque tengan la obligación de asumir al personal sanitario que ya estuviera trabajando en el centro. Así ha sucedido en Cataluña, donde las adjudicaciones del área básica de salud de L'Escala (Girona) efectuadas a una empresa multinacional de servi-

⁴² La primera por el Síndic de Greuges de Cataluña (2002), la segunda por la Fundación Avedis Donavedian (2002) y la tercera por el Institut de Estudis de la Salut (2005).

⁴³ J. GENÉ BADÍA, «Las Entidades de Base Asociativa: una innovación del siglo pasado que debe modernizarse», en *Integración Asistencial: ¿Cuestión de Modelos? Claves para un debate*, Informe SEDAP 2010, www.sedap.es:

⁴⁴ A. LEDESMA, «Entidades de base asociativa: un modelo de provisión asistencial participado por los profesionales sanitarios. Valoración actual y retos futuros», *Revista de Administración Sanitaria*, III-1, 2005, pág. 80; No obstante, J. GENÉ BADÍA precisa que «es significativo que el 69% de los que trabajaban en las EBA no respondieron a la encuesta de satisfacción laboral, el doble de pérdidas que en el entorno ICS. Seguramente en las EBA la satisfacción se concentraba en los propietarios, mientras que los empleados preferían reservarse su opinión». «Las Entidades de Base Asociativa: una innovación del siglo pasado que debe modernizarse», cit., pág. 82.

cios —no sanitarios— han sido anuladas por el órgano administrativo de resolución de recursos contractuales.

Aquí se plantea la cuestión de cómo los pliegos de la licitación pueden dar satisfacción a las exigencias específicas de la asistencia sanitaria. La Comisión Nacional de la Competencia ha recomendado «ponderar adecuadamente las variables, evitando dar una excesiva discrecionalidad al órgano adjudicador. En el caso de los servicios sanitarios, el objetivo fundamental es asegurar la calidad en la prestación del servicio al paciente, por lo que cabe una elevada puntuación a los criterios relativos a la calidad del servicio. Por ello, habría que conseguir un equilibrio entre la competencia en la variable precio y la calidad del servicio. Minorar la ponderación en términos de valoración de aquellos criterios económicos que carecen de relevancia en la facturación»⁴⁵.

Por otra parte, los criterios de calidad como criterios de adjudicación no deben confundirse con los criterios de solvencia, que lo son de aptitud de los licitadores, entre los cuales habría que colocar la experiencia o capacidad del contratista en relación con el objeto del contrato. Como se ha dicho «los criterios a incluir en la oferta deben guardar relación con el qué y nunca con el quién»⁴⁶.

La trascendencia de esta cuestión se ha plasmado con todo su peso precisamente en relación con la participación en las licitaciones de la sanidad pública de las EBA o sociedades de profesionales sanitarios. La STC 84/2015, de 30 de abril, antes citada, se ha debido pronunciar sobre el art. 63 de la Ley de Madrid 8/2012, que modifica el art. 88 Ley 12/2001, de 21 de diciembre, en cuanto su apartado 2 permite que, cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el TRLCSP, podrá ofrecerse 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. Establecida la preferencia, cuando la gestión de los centros no se asigne a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al afecto, podrán concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas.

Los recurrentes alegaban, además de la infracción del derecho europeo, la vulneración de la normativa estatal básica en materia de

⁴⁵ Informe CNC (2013), *Aplicación de la Guía de Contratación y Competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España*.

⁴⁶ J. M. GIMENO FELIU, «Contratación pública en el ámbito de la Administración sanitaria: reflexiones», en A. PALOMAR OLMEDA y J. CANTERO MARTÍNEZ (dirs.), *Tratado de derecho sanitario*, Aranzadi, I, pág. 468.

contratación, que en el art. 1 TRLCSP se refiere expresamente al principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y a la selección de la oferta económicamente más ventajosa. En efecto, el tribunal acota que «lo que debe abordarse en esta resolución es si el reconocimiento de esta preferencia, sea cual sea la vía por la que se instrumente —convenio de colaboración con las sociedades profesionales, procedimiento de licitación limitado a este tipo de sociedades, procedimiento de licitación abierto a todo tipo de licitadores estableciendo la preferencia en la adjudicación a estas sociedades, etc.—, es contraria a la legislación estatal básica».

Pues bien, en primer lugar, el tribunal confirma que los criterios de igualdad y no discriminación y oferta económicamente más ventajosa son formal y materialmente básicos, y tienden a garantizar un tratamiento igual de todos los licitadores y la eficiencia del gasto en las compras públicas, y señala que «a ellos deben obedecer todas y cada una de las reglas del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En concreto, las que disciplinan la capacidad de contratar y la solvencia de los empresarios, así como las que rigen la elección de la oferta económicamente más ventajosa. Y conforme a ellos deben ser interpretadas». En su virtud, los arts. 54 y ss. y 74 ss. TRLCSP concretan el principio de no discriminación en cuanto a la acreditación de las condiciones para contratar y la solvencia de los empresarios, principio que, en la línea de lo que venimos diciendo, «impide, también, que se establezcan requisitos de solvencia que, lejos de garantizar la aptitud para desempeñar la tarea que resulta encomendada, y por mucho que pretendan servir a otros fines públicos, no tengan que ver con la capacidad del empresario para realizar el objeto del contrato público» (FJ 6).

A la vista de lo anterior, el Tribunal Constitucional advierte que «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».

Igualmente analiza la Sentencia constitucional 84/2015 la adecuación de aquella preferencia establecida en la Ley madrileña a la regulación a los criterios de adjudicación o selección del contratista (art. 150 TRLCSP), para concluir que «los criterios de valoración que establezcan [los pliegos] deben estar relacionados con las condiciones de la oferta realizada, condiciones que deben ser susceptibles de ofrecer en su oferta todos los licitadores admitidos al procedimiento de licitación, sea éste cual sea».

Habida cuenta de la calificación como básica de los preceptos citados del TRLCSP, el Tribunal concluye 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 en su virtud declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 88.2 de la Ley de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por el art. 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid.

El problema planteado, y su solución constitucional, no deja de sembrar una cierta inquietud en su proyección sobre un sector, como el sanitario, que ha sido siempre objeto de un trato singular en la perspectiva europea, como ya se ha visto. Por ejemplo, una dinámica de este tipo podría llegar a plantear alguna duda sobre la virtualidad que en el momento actual pueda tener todavía lo que dispone el art. 90.2 de la Ley General de Sanidad de 1986: «a los efectos de establecimiento de conciertos, las Administraciones Públicas darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a los establecimientos, centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo».

C) El contrato de concesión de los servicios sanitarios

Se ha visto cómo la gestión de los servicios sanitarios está plenamente incorporada a la utilización de fórmulas convencionales y contractuales. La evolución reciente de la legislación contractual y de las prácticas que a su amparo se han ido desarrollando ofrece todavía algunas cuestiones de interés.

Recordamos, en este sentido, la figura del contrato de gestión de servicios públicos, que es susceptible de adoptar cualquiera de las modalidades legalmente previstas: concesión, concierto o sociedad de eco-

nomía mixta (además de la gestión interesada). En la concesión de servicio público, la Administración sanitaria adjudica a un particular la gestión del servicio de asistencia especializada en uno o más centros, o de un servicio específico como puede ser rehabilitación y fisioterapia, o el transporte sanitario, para que aquél lo explote a su riesgo y ventura. El art. 278 TRLCSP establece, para el contrato de gestión de servicios sanitarios un plazo máximo de 10 años.

Pues bien, en relación con esta figura debe tenerse en cuenta la incidencia de la Directiva 23/2014 sobre contratos de concesión⁴⁷. Como es sabido, siguiendo la línea de la Directiva 2004/18, una de las claves a tener en cuenta para la calificación del contrato correspondiente como contrato de «concesión» de servicios y no como contrato de servicios es que exista un traslado del riesgo operacional al empresario privado, quien debe asumir el riesgo de la explotación⁴⁸.

La aplicación de este criterio delimitador al ámbito sanitario no puede más que confirmar que lo determinante es el sistema de financiación o de retribución del contratista, más allá de conceptos tales como la titularidad del servicio. En pocas palabras, se trata de averiguar si en cada caso de gestión de servicios sanitarios, ya sea de atención primaria, especializada, hospitalaria, etc., existe riesgo empresarial de demanda. En este sentido, se observa que en los últimos años ha variado radicalmente el sistema, en la medida que junto al mecanismo tradicional de la retribución «por acto médico» realizado por el contratista, se ha difundido en muchas CC. AA. la retribución denominada «de base poblacional» o «pago per cápita», según el cual al concesionario se le asigna un determinado número habitantes a atender y una retribución fija por cada uno de ellos, con independencia de que haga un uso más o menos intenso de los servicios sanitarios ofrecidos, o que ni siquiera haga este uso.

Los valedores de este sistema entienden que, en principio, la calidad del servicio es asegurada por el propio mecanismo de pago —pago per cápita, número de habitantes afectados— que no sólo permite transferir el riesgo de la demanda hacia el proveedor privado sino que también

⁴⁷ El art. 4.1 reconoce la libertad de los Estados para definir qué servicios se consideran de interés económico general, así como la no afectación a la libertad para organizar los servicios de seguridad social. Asimismo, el art. 4.2 declara que los servicios no económicos de interés general no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva. El art. 19 de la Directiva prevé una aplicación limitada a determinados servicios sanitarios.

⁴⁸ Entre otros muchos, F. BLANCO (2014), «La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El riesgo operacional», *Derecho y Salud*, 24, Extraordinario XXIII Congreso págs. 74 ss.; F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015), *La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado*, X Congreso de la AEPDA; J. M. GIMENO FELIU, «Contratación pública en el ámbito de la Administración sanitaria: reflexiones», cit., págs. 446 ss.

funciona como incentivo para que se mantenga la población saludable, con el objetivo de reducir la demanda futura de cuidados de salud. Además, existen incentivos y penalizaciones indexados al cumplimiento de determinados parámetros de calidad⁴⁹.

No obstante, su aplicación concreta en diversos supuestos ha suscitado múltiples dudas acerca de su adecuación y de su funcionamiento eficiente. Especialmente cuando el objeto de la concesión no es solamente la prestación del servicio sanitario propiamente dicho —concesión «de bata blanca», los clásicos conciertos— sino que además también se adjudica a la misma la construcción del equipamiento hospitalario o ambulatorio sobre el cual prestar el servicio —concesión «de ladrillo»—, y que puede incluir el resto de servicios accesorios —limpieza, mantenimiento, etc.— necesarios para el funcionamiento del equipamiento⁵⁰. También cabría que el equipamiento construido debiera ser entregado al Servicio de Salud, que podría gestionarlo directa o indirectamente.

En principio, los modelos de concesión administrativa permiten dar respuesta a la insuficiencia financiera de la Administración Pública, pues permiten asegurar la necesaria inversión de capital sin incremento de la deuda pública. Bajo este modelo, el sector privado se encarga de obtener fondos privados para financiar el diseño, construcción y operación de la infraestructura, contra el pago de una remuneración fija a lo largo de un periodo de tiempo previamente acordado con la Administración. Este modelo de remuneración no sólo permitiría repartir el esfuerzo financiero a lo largo del tiempo sino que también incrementa la previsibilidad del gasto público futuro y permite un mayor control del gasto⁵¹.

No obstante, hay que señalar que existen serias discrepancias acerca de la eficiencia económica del sistema y de su incidencia en el ahorro público. Para unos, «se ha evidenciado que los modelos PPP, al introducir la eficiencia que suele caracterizar el sector privado en el sistema público, permiten obtener ahorro de costes, contribuyendo a la sostenibilidad del sistema sanitario»⁵². Para otros, «las privatizaciones incrementan el coste de los servicios sanitarios entre 6 y 8 veces, de acuerdo

⁴⁹ «Sanidad privada, aportando valor», *Informe IDIS Análisis de situación 2014*.

⁵⁰ Ana Sánchez Lamelas: «El nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario», *Derecho y Salud*, 19, Extraordinario XVIII Congreso; E. ARIMANY y M. MAGIDE, «El necesario replanteamiento de los servicios públicos...», cit. Existen nueve hospitales operativos (cinco en la Comunidad Valenciana y cuatro en la de Madrid) y el laboratorio clínico central (Madrid), la empresa Ribera Salud, el grupo IDC Salud y las aseguradoras privadas (Asisa, Sanitas y DKV) son los agentes principales, véase «Sanidad privada, aportando valor», *Informe IDIS Análisis de situación 2014*, cit.

⁵¹ «Sanidad privada, aportando valor», *Informe IDIS Análisis de situación 2014*, cit.

⁵² «Sanidad privada, aportando valor», *Informe IDIS Análisis de situación 2014*, cit.

con la experiencia en España, que es similar a la existente en otros países como Reino Unido, Canadá o Australia»⁵³.

Lo cierto es que están en constante análisis y seguimiento, incluso en sede judicial⁵⁴, las experiencias concesionales llevadas a cabo en España o proyectadas en gestión hospitalaria y sanitaria, ponderando su viabilidad económica, eficiencia y solvencia técnica y relación con la prestación y garantía como contrato de gestión de servicio público. El caso del Hospital de Alzira resulta emblemático. Adjudicada a una UTE la concesión que incluía la asistencia hospitalaria a los habitantes de la comarca de la Ribera, a cambio de un precio per cápita por un plazo de diez años, a los cuatro años se produjo la resolución anticipada, por mutuo acuerdo, de la concesión. Ello condujo a la Comunidad Valenciana a abonar a la concesionaria el importe de la inversión realizada no amortizada con indemnización por lucro cesante del 6%. Pero a continuación, se produjo la adjudicación a la misma UTE de la nueva concesión, ampliada de la atención hospitalaria a la atención básica, con un incremento del 62% del presupuesto. De esta manera se evitó una modificación unilateral que implicaba una alteración sustancial del contrato por cambio del objeto. En todo caso, se ponía en entredicho el verdadero alcance de la asunción del riesgo operacional por el empresario⁵⁵.

La operación fue objeto de numerosas críticas, no ya en el ámbito político, sino en el de las instituciones reguladoras y de control, como la Comisión Nacional de la Competencia y la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana⁵⁶. La Comisión Nacional de la Competen-

⁵³ M. SÁNCHEZ BAYLE, *La privatización de la asistencia sanitaria en España*, cit. pág. 34. Las cifras que ofrece este autor son contundentes: «Del funcionamiento de estos centros conocemos poco o nada por los datos oficiales porque el secretismo y la falta de transparencia han sido la norma. Lo que si se conoce es la sobredotación presupuestaria de los centros de modelo PFI y/o titularidad privada respecto a los centros públicos. Por poner un ejemplo, en 2010 el presupuesto cama/año de los centros de gestión pública era de 277.375 euros/año de media, y el de los centros de gestión privada suponía 434.686 euros/año de media, y en 2011 el de los hospitales públicos era de 307.187 €/año mientras que el de los hospitales privados y PFI fue 485.970 euros, lo que contradice la supuesta mejora de la eficiencia de estos centros» (pág. 21).

⁵⁴ El Auto del TS Madrid de 11 de septiembre de 2013 acordó la suspensión de la Resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado «Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares del Sureste y del Tajo», dando asimismo publicidad a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas por los que se habría de regir la licitación y la posterior ejecución de los contratos.

⁵⁵ Un detallado estudio económico del caso en M. SÁNCHEZ BAYLE, *La privatización de la asistencia sanitaria en España*, cit., págs. 22 y ss.

⁵⁶ Sindicatura de Comptes de la Comunidad Valenciana, *Fiscalización de la Cuenta General de la Generalitat Valenciana del ejercicio 2003*.

cia, con carácter más general y a la vista de los varios casos analizados, concluyó que «los procesos de externalización de la gestión sanitaria llevados a cabo por las Comunidades Autónomas han registrado, por lo general, una participación alarmantemente reducida de empresas». Las numerosas anomalías detectadas «están relacionados tanto con la gestión sanitaria como con la gestión no sanitaria adjudicada en bloque junto con la construcción del centro sanitario»⁵⁷.

Además de los problemas señalados, también ofrecen aspectos cuestionables los pliegos contractuales utilizados en la Comunidad Valenciana para la adjudicación de las concesiones sanitarias. El mismo Informe de CNC observó una posible discriminación en los requisitos acreditativos de la solvencia técnica. En los PCAP de externalización de la Comunidad Valenciana, señala el Informe, los licitadores deben ejercer su actividad como prestadores de servicios sanitarios o en el sector de seguros de asistencia sanitaria. Sin embargo, los requisitos previstos en los pliegos para asegurar la solvencia técnica difieren en función del tipo de licitador: si el licitador opera principalmente como prestador de servicios sanitarios, los pliegos del Área de Salud 12 (Denia), de L'Horta-Manisses y de Elx-Crevillent exigen acreditar las actividades que en ese ámbito lleve a cabo, mientras que en los pliegos de Torreveja y del Área de Salud 10 (La Ribera) se exige al licitador poseer un hospital de similares características al que es objeto de licitación.

En cambio, si el licitador opera principalmente en el sector de seguros de asistencia sanitaria, en todos los casos se establece como único requisito aportar el «Informe de la Dirección General de Seguros sobre suficiencia del margen de solvencia y fondos propios para el volumen de contratación esperado». La Comisión señala que «el certificado justificativo sobre la capacidad financiera del licitador, como ocurre cuando se trata de empresas del ámbito de los seguros de asistencia sanitaria, no parece guardar relación alguna con la solvencia técnica. Así, mientras que las empresas de seguros sanitarios no deben acreditar su solvencia técnica, a las empresas que operan en la prestación de servicios sanitarios sí se les exige».

La aludida concentración empresarial en el reparto del negocio sanitario se está dando en otros sectores, como el del transporte sanitario⁵⁸, los servicios de rehabilitación⁵⁹, etc. Y es cierto también que se

⁵⁷ Informe CNC, *Aplicación de la Guía de Contratación y Competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España* (2013).

⁵⁸ Conflicto judicializado después de la resolución del Tribunal catalán de Contratos del sector público: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/08/12/catalunya/1439404559_785676.html.

⁵⁹ Expediente sancionador 57/2014 ante la Autoridad Catalana de la Competencia, «Fisio-gestión».

producen patologías propias de la contratación de obra pública, como el hecho de que los licitadores excluidos de la adjudicación reaparecen por la vía de la subcontratación, como sucede en sectores de la ya indicada rehabilitación, o en logopedia, etc. No cabe ya ahora profundizar más en ello. Pero es suficiente lo apuntado para poner de relieve las dificultades que conlleva la aplicación de mecanismos contractuales para articular la colaboración público-privada en el campo sanitario.

V. CONCLUSIÓN

En definitiva, a la vista de cuanto se ha estudiado, cabe concluir que las características específicas de la asistencia sanitaria como actividad o servicio de interés general, que incide tan directamente en la satisfacción de un derecho constitucional como el derecho a la salud, exigen una exquisita atención a los principios de igualdad, continuidad, universalidad y calidad, de manera que en su organización y en su apertura al mercado mantenga las características que han de permitir la realización de su finalidad básica de solidaridad social.