



LÓPEZ RODÓ & CRUZ FERRER
ABOGADOS

INFORME AFEM - LÓPEZ RODO & CRUZ FERRER¹

SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CONCESIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS DE HOSPITALES Y CENTROS DE SALUD POR LA COMUNIDAD DE MADRID

Madrid, 19 de marzo de 2013

¹ El presente Informe ha sido elaborado mediante la coordinación de los Equipos Técnico de AFEM y de Derecho Público, Regulación Económica y Competencia de LR&CF. La redacción final se ha efectuado por Juan de la Cruz Ferrer, socio de LR&CF, Profesor Jean Monnet de Derecho Europeo y de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense y Director del Centro Europeo de Regulación Económica y Competencia.

SUMARIO

SÍNTESIS.....	3
I. OBJETO Y PLANTEAMIENTO DEL INFORME	4
I. 1. Objeto.....	4
I. 2. Planteamiento.....	7
Primera Parte: Fundamentos lógico-racionales	9
II. EL MODELO ESPAÑOL DE SANIDAD PÚBLICA: LA SEGURIDAD SOCIAL, EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y SUS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES Y EVALUACIÓN.....	9
II. 1. Las bases constitucionales españolas y europeas: servicios públicos económicos para la competitividad y servicios públicos sociales para la cohesión social. Iniciativa pública y privada.....	9
II. 2. Los modelos de Sanidad Pública en Europa.....	11
II. 3. Evolución y configuración del modelo Seguridad Social-Sistema Nacional de Salud en España	14
II. 4. Características esenciales	17
II. 5. Evaluaciones de la calidad del Sistema Sanitario español.....	20
II. 6. Compatibilidad entre el Sistema Nacional de Salud y la prestación generalizada de la atención sanitaria a grupos enteros de población mediante concesiones de servicio público. 20	
III. DESARROLLO DEL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD.....	23
III. 1. Un espectacular despliegue de infraestructuras sanitarias y las fórmulas contractuales para su dotación.....	24
II. 2. Las premisas apodícticas del Plan de Sostenibilidad.....	26
II. 3. El alcance de los Contratos de Colaboración Público-Privada en los Servicios Públicos de Salud: inexistencia de fundamentos científicos y de evidencias empíricas que avalen la mayor eficiencia y eficacia del modelo de concesión	26
III. 4. Inexistencia de datos verificables sobre los costes de la asistencia sanitaria por tipos de hospitales.....	28
Segunda Parte: Motivos de Inconstitucionalidad.....	38
IV. VULNERACIÓN DEL ART. 88 CE.....	38
V. VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL CONTENIDA EN EL ART. 41 CE, DE LOS DERECHOS QUE SE DERIVAN DE LA MISMA PARA LOS CIUDADANOS, Y DEL ART. 149.1.17 CE	41
VI. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD (ART. 43 CE) Y DE LA REGULACIÓN BÁSICA ESTATAL SOBRE SANIDAD PÚBLICA (ART. 149. 1. 16ª CE)	49
VII. VULNERACIÓN DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA SOBRE CONTRATOS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS (ART. 149. 1. 18ª CE), Y ESPECÍFICAMENTE DE LA RELATIVA A LA CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SANITARIAS (ART. 149. 1. 16ª CE)	50
VIII. VULNERACIÓN DE LA NORMA BÁSICA SOBRE EL CARÁCTER IRRENUNCIABLE DE LAS COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS (ART. 149.18ª CE). 53	
BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN	54

SÍNTESIS

La Sanidad Pública es un elemento esencial de la Seguridad Social y una de las principales manifestaciones del Estado social, garantizado por la Constitución. El modelo español de Sanidad Pública se basa en su aseguramiento universal y en su financiación pública por parte del Estado. La asistencia sanitaria se presta mediante el Sistema Nacional de Salud, organizado bajo una concepción integral, en la que todos los servicios se coordinan como un dispositivo único, al que todos los ciudadanos pueden acceder en condiciones de igualdad, con libertad de elección y en cualquier parte del territorio. Es el servicio público más apreciado y mejor valorado por los ciudadanos y se considera como uno de los mejores del mundo por todas las organizaciones internacionales que han valorado sus resultados sobre la salud en nuestro país.

La Ley 8/2012 de la Comunidad de Madrid habilita al Servicio Madrileño de Salud para que privatice funcionalmente, como concesión de servicio público, la asistencia sanitaria especializada en seis hospitales y la asistencia sanitaria de atención primaria en veintisiete centros de salud; basándose en unas estimaciones apodócticas sobre la mayor eficiencia del modelo de concesión y sobre sus menores costes respecto de los centros públicos, que carecen de cualquier evidencia empírica. De hecho, estas concesiones constituirían un auténtico experimento a nivel mundial.

Entendemos que la Ley autonómica vulnera el art. 88 CE. También vulnera los arts. 41 y 43, así como los arts. 149.1. 16ª y 17ª CE porque las concesiones generan un modelo económico dual de aseguramiento de la asistencia sanitaria, en el que los hospitales y centros de salud concesionados se financiarían contractualmente –teniendo garantizada su financiación actualizada–, mientras que los de gestión directa se financiarían presupuestariamente, sin tener garantizada financiación alguna. Al configurarse las concesiones mediante una retribución capitativa, en función del número de habitantes con tarjeta sanitaria de su territorio, y al disponer aquéllos de una libertad de elección limitada, se generaría un sistema de *apartheid sanitario*; pues mientras los hospitales de gestión directa funcionan conforme a un modelo cooperativo, en el que, en caso necesario, los pacientes son remitidos al hospital más cualificado para su atención, los hospitales concesionados funcionarían conforme a un modelo competitivo, en el que el dinero sigue al paciente: si el paciente es atendido por un hospital distinto, el concesionario tendrá que pagar el coste al hospital que le haya atendido y viceversa.

Por este motivo, la financiación dual y facturación intercentros se convierte en una pieza esencial del funcionamiento de un modelo que contiene en su seno poderosos incentivos a la captura de los mejores riesgos sanitarios por parte de los centros concesionados y el reenvío de los peores a los centros de gestión directa. Todo ello sin que la norma en cuestión establezca mecanismos específicos de tutela efectiva sobre las más que probables situaciones de selección adversa que se podrán generar pues no parece que el actual sistema de información del Servicio Madrileño de Salud permita garantizar la integridad de los datos requeridos para ello. Por lo tanto, en tal caso, la ley vulneraría las normas básicas sobre la contratación administrativa (art. 149.1.18ª CE), al habilitar al SERMAS para celebrar unos contratos cuyo debido cumplimiento no puede controlar.

I. OBJETO Y PLANTEAMIENTO DEL INFORME

I. 1. Objeto

La ASOCIACIÓN DE FACULTATIVOS ESPECIALISTAS DE MADRID (AFEM) ha solicitado a LÓPEZ RODÓ & CRUZ FERRER ABOGADOS la realización de un Informe sobre la constitucionalidad de la concesión por la Comunidad de Madrid de los servicios sanitarios en Hospitales y Centros de Salud. Este proceso de concesión de servicios públicos se ha previsto en un Plan y en una Ley, cuyas manifestaciones y disposiciones determinantes exponemos seguidamente.

El *Plan de Medidas de Garantía de la Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid. Presupuestos 2013*, publicado en noviembre de 2012, presenta el siguiente planteamiento <problema – objetivo a conseguir – medio para lograrlo>:

“La brutal crisis económica que atraviesa España desde hace más de cuatro años, sumada a un deficiente sistema de financiación autonómica, nos lleva a un escenario en el que los ingresos han bajado de manera drástica y con ello los fondos de los que disponemos para financiar los servicios públicos. La sanidad pública, como no podría ser de otra manera, no es ajena a esta cruel realidad, y ello nos enfrenta al desafío de intentar mantener nuestro sistema sanitario bajando sustancialmente sus costes.

Esto nos pone ante una encrucijada: recortar sin más todo lo que se pueda para bajar el gasto en la medida que bajan los ingresos o diseñar un plan de medidas efectivas que logren reducir el coste pero sin alterar los principios que sostienen el sistema.

Nos inclinamos claramente por la segunda opción. Los principios sobre los que se asienta el sistema no cambian ni un ápice: universalidad, gratuidad, equidad, calidad y respeto hacia el trabajo de los profesionales sanitarios (pág. 1).

... En suma el ajuste presupuestario al que se verá sometida la Comunidad de Madrid para el año 2013 será de 2.700 millones de euros; y como consecuencia de ello se verá afectado el gasto sanitario (pág. 2).

... La sanidad madrileña tendrá para el año 2013, destinados en los PPGG de la Comunidad de Madrid un total de 7.108 millones de euros, un 7% menos que el gasto presupuestado en 2012². Aun así, este gasto representará el 45,2 del gasto total presupuestado en la Comunidad (pág. 3).

² Es decir, que resulta necesaria una reducción de 535 millones de euros.

El primer medio que se consideran idóneo para conseguir este objetivo son las siguientes *Reformas estructurales en la gestión sanitaria*:

- *Externalización de la actividad sanitaria en 6 hospitales, utilizando el modelo de concesión.*

Esta medida afecta a los Hospitales Infanta Leonor (Vallecas), Infanta Sofía, Infanta Cristina, Hospital del Henares, Hospital del Sureste y Hospital del Tajo, que seguirán siendo públicos.

Se ha comprobado que el modelo de concesión es más eficiente, da buenos resultados clínicos y alta satisfacción a los pacientes.

De media, el coste total de la asistencia sanitaria especializada de la población de los hospitales de gestión mixta es de unos 600 euros por habitante, mientras que en los hospitales con modelo capitativo más recientes, este coste medio anual es de 441 euros.

- *Concesión de la prestación de la asistencia sanitaria de Atención Primaria de un 10% de los Centros de Salud, dando prioridad en su gestión a la participación de los profesionales sanitarios que quieran constituir sociedades.*

Esta concesión prevé adjudicar la gestión, de manera prioritaria, a grupos de profesionales que ya estén trabajando en el sistema madrileño de salud para poder seguir avanzando en la mejora de resultados clínicos, en el aprovechamiento de los recursos disponibles y en la motivación de los propios profesionales.

Es un modelo más habitual en Europa, y en nuestro país ya se ha implantado en Cataluña desde hace más de quince años, con resultados clínicos y económicos positivos. Otro aspecto importante es que este modelo genera mayores incentivos y motivación a los profesionales.

La medida afectará aproximadamente a 27 Centros de Salud, que seguirán siendo públicos, bajo financiación y garantía pública” (págs. 4 y 5).

Estos son los únicos datos y elementos de juicio que aporta el Plan para justificar las medidas.

Para su desarrollo, la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, manifiesta en su Preámbulo: “La Ley 15/1997, de 25 de abril, habilita nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Por ello, la Comunidad de Madrid procede a la reordenación de la asistencia sanitaria prestada tanto en su red de hospitales como en los centros de atención primaria fijando un nuevo marco jurídico que permita el establecimiento de cualquier sistema de gestión que persiga la eficiencia en la asignación de los recursos públicos y garantice la asistencia sanitaria”.

La Ley adopta las siguientes disposiciones jurídicas para abordar este proceso:

Artículo 62. Reordenación de la asistencia sanitaria en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo

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

2. La Unidad Técnica de Control de los servicios de explotación de las obras públicas de los Hospitales de la Comunidad de Madrid indicados, creada por Orden 2073/2007, del Consejero de Sanidad, de 12 de septiembre³, realizará las funciones de vigilancia, seguimiento y control de la ejecución de los nuevos contratos.

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

Artículo 63. Modificación parcial de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid

Se modifica el artículo 88 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 88. Organización y gestión

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

2. Cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que

³ Esta Orden no se encuentra publicada en Boletín Oficial alguno...

estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño.

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

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

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

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

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

El objeto del presente Informe consiste en analizar la conformidad con la Constitución de las anteriores disposiciones legales.

I. 2. Planteamiento

La adopción de este proceso de *externalización, privatización o concesión* de los servicios médicos en Hospitales y Centros de Salud ha generado un indiscutible debate y movilización social frente a lo que se entiende como un atentado contra el principal pilar de nuestro modelo constitucional de Estado Social: la privatización injustificada de la Sanidad pública. Para centrar este debate, de acuerdo con los valores y pautas de conducta que deben regir en una sociedad pluralista y democrática, debemos tener en cuenta que vivimos en un entorno de profunda crisis, cambios y transformaciones trepidantes; que hacen muy difícil afrontar los problemas -superando los propios prejuicios- con la imprescindible serenidad, elementos de juicio y prudencia.

Esta lógica sensibilidad social ante el planteamiento de medidas que afectan de manera grave a sectores de tanta complejidad y tan hondo sentido humano como la Sanidad y la Seguridad Social parece aconsejar que el análisis de su conformidad con la Constitución no se limite a la estricta consideración de las normas jurídicas, tal y como han sido interpretadas por el Tribunal Constitucional; sin abordar previamente la valoración del fundamento lógico racional de estas instituciones y de las evidencias empíricas disponibles hasta la fecha sobre los procesos de concesión de servicios públicos como el que nos ocupa. La imperiosa necesidad de adoptar medidas frente a la gravísima crisis económica que atraviesa España resulta indiscutible. Pero también resulta indiscutible que el arte de la política es resolver los problemas sin crear otros mayores; y que nuestro Estado de Derecho impone que las decisiones políticas, aunque sean adoptadas mediante leyes, resulten conformes con nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales y libertades públicas y de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Por lo anterior, antes de entrar en la exposición de los motivos de inconstitucionalidad en que a nuestro juicio incurren las medidas de la Ley 8/2012, vamos a presentar algunas cuestiones que nos parece que pueden resultar de utilidad para abordar esa tarea de interpretación jurídica: las características esenciales de nuestro modelo de Seguridad Social y Sistema Nacional de Salud, así como la valoración de su eficacia y eficiencia; la evolución del Servicio Madrileño de Salud y de los factores que han conducido a plantear la concesión de los servicios médicos de los hospitales y centros de salud; las evidencias empíricas disponibles sobre las experiencias de gestión público-privada en el sector de la Sanidad; y el análisis sobre la adecuación a la realidad de los costes por tipos de Hospitales presentados por el Plan de Sostenibilidad. En definitiva, vamos a intentar aportar elementos de juicio para responder dos preguntas fundamentales: la concesión de servicios médicos de hospitales y centros de salud ¿encaja con los principios esenciales de nuestro Sistema Nacional de Salud? y ¿resulta viable definirla contractualmente para lograr una mayor eficacia y eficiencia?

Primera Parte: Fundamentos lógico-racionales

II. EL MODELO ESPAÑOL DE SANIDAD PÚBLICA: LA SEGURIDAD SOCIAL, EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y SUS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES Y EVALUACIÓN

II. 1. Las bases constitucionales españolas y europeas: servicios públicos económicos para la competitividad y servicios públicos sociales para la cohesión social. Iniciativa pública y privada.

“España se constituye en un Estado social y democrático de derecho” (art. 1.1 de la Constitución, CE). La definición del Estado como *social* no es una proclamación vacía de contenido: impregna de sentido todo el proyecto constitucional y la actuación de los poderes públicos. Las líneas esenciales de este proyecto se definen por su fundamento: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE); y por su finalidad: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE).

Las exigencias de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad coinciden con las condiciones que corresponde promover a los poderes públicos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas: el acceso universal a la enseñanza (art. 27.4 CE), el mantenimiento de un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE), y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE).

Los valores del Estado social forman parte de la tradición constitucional común de los Estados miembros de la Unión Europea y se han incorporado a sus Tratados constitutivos, desde el Tratado De Roma de 1957 que reconoce expresamente la importancia de los sistemas de Seguridad Social. Estos valores se llevan a la práctica, entre otras, a través de la Política Social (arts. 151ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE). La Unión Europea combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección social, la igualdad y la solidaridad (art. 2 del Tratado de la Unión Europea, TUE). En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana (art. 9 TFUE).

En los orígenes de la tradición constitucional común del Estado social quedó claro que una importante dedicación de recursos públicos a la protección social, a la educación y a la protección de la salud solamente es sostenible mediante la creación de riqueza por una economía competitiva, de acuerdo con un modelo de *economía social de mercado*: la Unión establecerá un mercado interior y actuará a favor del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una *economía social de mercado altamente competitiva*, tendente al pleno empleo y al progreso social (art. 3.3 TUE).

La competitividad económica, acorde con los principios de una *economía de mercado abierta y de libre competencia* (art. 119 TFUE), sirve a la cohesión social y a la solidaridad mediante el diferente régimen de los *servicios públicos o de interés general*, en función de su *carácter económico* (energía, transportes, comunicaciones...) o *social* (educación, seguridad social, sanidad...). Mientras los *servicios públicos económicos* quedan sometidos a las normas comunes sobre la competencia dentro del mercado interior europeo (art. 106 TFUE); los *servicios públicos sociales* quedan bajo la plena competencia de los Estados miembros para su organización y prestación (art. 14 TFUE y Protocolo sobre los servicios de interés general anejo al Tratado de Lisboa).

Es importante destacar que, mientras los servicios públicos económicos funcionaron como monopolios durante la mayor parte del siglo XX, en los servicios públicos sociales no se han dado esos monopolios y siempre ha coexistido la iniciativa pública con la iniciativa privada: en los sectores de la educación, los seguros sociales y la sanidad siempre ha habido un sector público y un sector privado. El sector público social o asistencial se ha desarrollado como un instrumento imprescindible del Estado social y ha dotado a las sociedades europeas de su fisonomía propia de igualdad, equidad y cohesión social. La iniciativa privada, sin ánimo de lucro o con él, permite a los ciudadanos el ejercicio de libertades públicas y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (libertad de enseñanza, libre ejercicio profesional, libertad de empresa...) y también ha contribuido y contribuye a lograr los fines del Estado social; a la par que proporciona elementos útiles de complementariedad-comparación-emulación-competencia en cuanto a los modos, costes y resultados que obtiene en los diferentes sectores.

En el año 2009 el gasto sanitario alcanzó el 9,6% sobre el PIB en España. El sector público es la principal fuente de financiación de la sanidad en todos los países de la OCDE, a excepción de Chile, Estados Unidos y México. En España, la proporción de la financiación pública del sector salud alcanzó el 73.6%; por lo que el resto correspondió a un sector privado altamente competitivo⁴; que complementa las prestaciones del sector

⁴ Cfr. OCDE, *Base de Datos sobre la Salud 2012. España en Comparación*. Las principales compañías del sector privado han constituido el Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad, IDIS, como plataforma para la realización y presentación de estudios y propuestas sobre el sector.

público y cuyas empresas o instituciones son libremente elegidas y financiadas por sus usuarios.

El presente Informe no analiza el sector privado de la sanidad en España. El presente Informe analiza la decisión de la Comunidad de Madrid, contenida en los Artículos 62 y 63 de su Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, de adjudicar para su gestión indirecta, mediante contratos de concesión a largo plazo con compañías privadas, la gestión del servicio público de asistencia sanitaria en hospitales y centros de salud a grupos enteros de la población, bien delimitados por las zonas sanitarias que les corresponden.

II. 2. Los modelos de Sanidad Pública en Europa

Para valorar la idoneidad y coherencia de estas concesiones de servicios médicos con nuestro sistema sanitario, es imprescindible tener en cuenta que en Europa existen dos grandes modelos de Sanidad Pública⁵.

El modelo social de la UE es el referente de lo que se podría considerar el “Estándar Internacional de Servicios de Salud”, que incluye: (1) Cobertura universal de toda la población con un sistema de seguro/s público/s y obligatorio/s, (2) Financiación pública de este seguro/s, de acuerdo con el nivel de renta, (3) Cobertura amplia de prestaciones -medicamentos, tecnologías, servicios-, y (4) Mecanismos de control de costes que aseguren la sostenibilidad financiera del sistema.

Dentro del estándar común coexisten una gran diversidad de esquemas organizativos de la sanidad, resultado de combinar de diferente forma los tres elementos básicos con los que están contruidos todos los sistemas sanitarios: (1) fuentes de financiación – recursos económicos-, (2) proveedores -médicos, hospitales, farmacias, etc.-, y (3) y mecanismos de asignación de los recursos a los proveedores.

Por lo que respecta a las fuentes de financiación sanitaria, en Europa existen básicamente dos grandes sistemas, que sirven para clasificar los sistemas sanitarios en dos grandes bloques-prototipo: (1) países con sistema de Seguros Sociales (*modelos Bismarck*), financiados por cotizaciones sociales obligatorias, y (2) países financiados por impuestos, tipo Servicio Nacional de Salud (también conocidos como *modelos Beveridge*). En todo caso, lo más importante es señalar que la financiación sanitaria en la UE es fundamentalmente pública (con una media 80% del gasto sanitario total) y que éste es el rasgo común más importante de los países de la UE.

⁵ Seguimos a FREIRE (2006). Para facilitar el acceso de los ciudadanos europeos a los diferentes servicios de salud de cada Estado miembro, la Unión Europea publica unas guías sobre la organización y prestaciones de la Seguridad Social en cada país: COMISIÓN EUROPEA (2011), *La Europa Social. La Seguridad Social en...*

Para valorar la idoneidad y coherencia de estas concesiones de servicios médicos con nuestro sistema sanitario, es imprescindible tener en cuenta que en Europa existen dos grandes modelos de Sanidad Pública⁶.

De los países con modelo de Seguros Sociales, Alemania es el referente histórico desde que el Canciller Bismarck anunció la creación del sistema en 1881. Estos Seguros Sociales han sido –y continúan siendo- la piedra angular de los sistemas de protección social. Todos los países han desarrollado sus sistemas sanitarios públicos a partir de Seguros Sociales, posibilitando en algunos casos –como Italia y España- su posterior transformación en un sistema unitario financiado por impuestos. También tienen sistemas financiados fundamentalmente por esquemas de Seguros Sociales: Francia, Bélgica y Austria; aunque en todos estos países existe una importante aportación de impuestos, una tendencia que es más clara en las recientes reformas de Alemania y Francia. Con el ingreso en la UE de los nuevos países del Este, que han adoptado sistemas de Seguros Sociales, este es el modelo el predominante en la UE.

El referente internacional de los países con un sistema unitario y financiación sanitaria por impuestos es el *National Health Service-NHS* (Servicio Nacional de Salud), del Reino Unido, creado en 1948 por el gobierno laborista de Clement Attlee, tras el Informe Beveridge, *Report to the Parliament on Social Insurance and Allied Services*, de 1942⁷. A este grupo se adscriben todos los países escandinavos y, en las últimas décadas, Italia, Portugal y España. En casi todos los países existe algún grado de combinación entre financiación por impuestos y por cuotas sociales. La financiación pública por impuestos va unida a la cobertura universal, igual para toda la población; que hace necesaria una planificación racional de una organización sanitaria integrada y de sus prestaciones respecto del territorio y de la población: Zonas de ámbito menor atendidas por Centros de Salud, Áreas sanitarias dotadas de un Hospital General y demarcación de Regiones sanitarias dotadas de Hospitales referencia de alta especialización. Estos sistemas han generalizado la organización funcional de los servicios médicos según su complejidad; y su característica más importante y valiosa es basarse en la medicina de Atención Primaria (médico general, de familia o de cabecera – servicios de prevención y paliativos), sistema que no tienen los países europeos de Seguros Sociales (aunque sus reformas más recientes tienden a ello).

⁶ Seguimos a FREIRE (2006). Para facilitar el acceso de los ciudadanos europeos a los diferentes servicios de salud de cada Estado miembro, la Unión Europea publica unas guías sobre la organización y prestaciones de la Seguridad Social en cada país: COMISIÓN EUROPEA (2011), *La Europa Social. La Seguridad Social en...*

⁷ En la ceremonia de inauguración de los Juegos Olímpicos de Londres 2012, se escenificó el *National Health Service* -mediante una coreografía con grandes camas, niños, enfermeras, médicos y las siglas NHS- como uno de los grandes logros de la sociedad británica.

COMPARACIÓN ENTRE LOS MODELOS SANITARIOS EUROPEOS	
Sistemas de Seguros Sociales (Alemania, Francia, Austria)	Servicios Nacionales de Salud (R. Unido, P. Nórdicos, Italia, España)
Contratos entre las entidades que gestionan los seguros y los proveedores sanitarios públicos (hospitales públicos de Francia) o privados. El personal sanitario del país pertenece a una gran variedad de entidades diferente.	Sistemas integrados: con carácter general los servicios son de patrimonio y gestión del financiador (gobiernos). El personal sanitario es empleado público (excepciones en Atención Primaria).
El sistema no favorece la planificación organizativa ni la coordinación entre niveles asistenciales.	Organización basada en la planificación poblacional y territorial de los servicios sanitarios. Coordinación entre niveles asistenciales y servicios sociales (continuum de cuidados)
No existe formalmente Atención Primaria (aunque las reformas de Alemania y Francia favorecen el modelo de médico general-de familia).	La atención está basada en la medicina de Atención Primaria (médico general-de familia, responsable de una lista de población y puerta de entrada a los especialistas)
Las características de los seguros y de los proveedores determinan una gran libertad de elección para los pacientes (tipo de médicos, veces, etc.)	Los pacientes deben acudir a su médico general (posibilidad de elección) en primer lugar y, si es necesario, éste les remite al especialista correspondiente.
Listas de espera prácticamente inexistentes (mercado de servicios médicos muy abierto)	Existencia de listas de espera, cuya importancia varía según países.
Gasto sanitario más alto (mayor influencia de la demanda).	Gasto sanitario menor (alto grado de control por los gobiernos).

Fuente: adaptado de FREIRE (2006).

El elemento que más caracteriza a los servicios sanitarios de un país -tanto desde la perspectiva de la población/paciente, como para la política y gestión sanitarias- es la forma en la que los recursos financieros terminan llegando a los proveedores (médicos, hospitales, etc.), y la relación que ello establece entre financiadores-proveedores. Existen para ello dos alternativas básicas: (1) Contratación, e (2) Integración. En los sistemas de contratos (no-integrados), existen diferentes Entidades que gestionan los Seguros públicos, mediante su financiación y la compra, mediante contratos, a los proveedores privados y públicos de los servicios sanitarios que precisan para los colectivos de la población que aseguran; siendo el asegurado quien elige entre los profesionales y servicios disponibles. Éste es el modelo típico de los sistemas clásicos de Seguros Sociales (Alemania, Francia), que no poseen centros sanitarios, hospitales, ni emplean personal sanitario.

Por el contrario, en el modelo integrado existe un único aseguramiento y el Sistema Nacional de Salud gestiona sus propios servicios sanitarios, integrando a los pro-

veedores en su propia organización administrativa, y configurando de este modo una red propia de instalaciones y servicios sanitarios. En este esquema, el Estado –a través de las entidades administrativas competentes- diseña y gestiona un aseguramiento único, financia con cuotas e impuestos las prestaciones, gestiona sus centros y emplea al personal sanitario.

II. 3. Evolución y configuración del modelo Seguridad Social-Sistema Nacional de Salud en España

La Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social (ASSS)⁸ arranca en España, no sin precedentes significativos, con la Ley de 14 de diciembre de 1942, de creación del Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE), bajo la gestión del Instituto Nacional de Previsión (INP), que había sido creado en 1908.

Al carecer el INP tanto de profesionales como de centros propios, inicialmente abordó la prestación de la asistencia con medios ajenos, conforme al modelo de seguros sociales, mediante contratos de servicios suscritos con los médicos, y con los centros sanitarios y hospitales privados y de las entidades locales.

Sin embargo, como bien explica VILLAR ROJAS (2007), se dieron varias razones para que la Seguridad Social española evolucionara como un modelo integrado de prestación de servicios por la propia organización administrativa. En primer lugar, las deficiencias de los establecimientos y medios inicialmente contratados, llevaron al Instituto Nacional de Previsión a elaborar un Plan de Instalaciones ya en 1945; y a la consiguiente construcción de una red propia de ambulatorios y centros hospitalarios de titularidad pública, atendidos por personal propio⁹. Su progresiva expansión en las décadas siguientes convirtió a la red sanitaria pública en la más importante del país. El concierto, como modalidad de colaboración privada para servicios específicos, subsiste, pero con carácter auxiliar y complementario.

En segundo lugar, ha habido una razón ideológica: el rechazo a hacer dinero con la Seguridad Social y, en particular, con la salud. Así se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social: *“Una de las causas que explica más satisfactoriamente, no sólo la gestión pública de la Seguridad Social, sino también la pervivencia y esplendor a través de los siglos del fenómeno del aseguramiento mutualista, incluso dentro de esquemas de Seguros Sociales obligatorios, es la inexistencia de ánimo de lucro como móvil de su actuación”*. Este planteamiento se lleva a la base 1ª: *“La ordenación de la Seguridad Social quedará articulada*

⁸ Estas siglas, ASSS, siguen figurando actualmente en los precintos de las cajas de los medicamentos financiados por el SNS, lo que constituye un indicador visible de la vinculación del SNS con la Seguridad Social.

⁹ En los estudios e informes de JORDANA DE POZAS (por ej. 1950, 1954, que pueden consultarse en la biblioteca virtual del INGESA) puede verse la influencia de los planteamientos de BEVERIDGE y la inspiración en su modelo de los proyectos del Instituto Nacional de Previsión.

sobre una conjunta consideración de las contingencias y situaciones objeto de cobertura y en ningún caso podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil”; y se mantiene por el art. 3.4 del Texto Articulado de la Ley General de la Seguridad Social de 1966. Estas disposiciones no son las únicas en sostener este planteamiento porque también aparece en la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944 y en la Ley de Hospitales de 1962. Por otra parte, el art. 63 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 excluía de la contratación pública los servicios sin contenido económico (la gestión indirecta requiere que el servicio público a prestar sea susceptible de explotación económica; a riesgo y ventura del concesionario lo cual justifica su beneficio), como la asistencia sanitaria, la enseñanza pública y los servicios sociales. Este planteamiento se mantiene en la actualidad, pues el artículo 4 de la Ley General de la Seguridad Social dispone que en ningún caso la ordenación de la Seguridad Social podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil. Por su parte, el art. 90.2 de la Ley General de Sanidad dispone que las Administraciones Públicas, al establecer conciertos, darán prioridad a los centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo.

El desarrollo de la democracia, de la Constitución y del Estado de las Autonomías aporta a nuestro modelo de Sanidad Pública una indiscutible coherencia institucional, organizativa y prestacional, y sus perfiles propios actuales. La creación del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, por Real Decreto de 4 de julio de 1977, facilitó la unificación de competencias dispersas, la coordinación y la planificación conjunta. Fruto de esta nueva visión, el Real Decreto-ley 36/1978, sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, racionaliza las funciones que se encomiendan a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social: a) el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) para la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social; b) el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) para la administración y gestión de los servicios sanitarios; y c) el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) para la gestión de servicios complementarios de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social.

La Ley 14/1986 General de Sanidad articuló con un innegable acierto el Diseño Institucional, conforme al cual se va a desarrollar nuestro modelo actual. Partiendo del reconocimiento constitucional del derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud (art.43 CE), se abre la vía hacia la implantación de un servicio público universal y gratuito, en función de las disponibilidades económicas. Para ello, la directriz que inspira la reforma es la creación de un Sistema Nacional de Salud; para cuyo establecimiento se tuvieron bien presentes las experiencias organizativas comparadas que han adoptado el mismo modelo, pero perfilando las características propias derivadas de nuestra tradición administrativa y de nuestra organización política.

El eje del modelo que se adopta son las Comunidades Autónomas, de manera que el Sistema Nacional de Salud se concibe como el conjunto de sus Servicios de Sa-

lud, convenientemente coordinados, regulados en lo básico y financiados por el Estado. La ley reconoce el derecho al acceso y a las prestaciones de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad efectiva frente al Sistema, bajo una concepción integral del mismo (coordinación e integración de todos los recursos públicos en un dispositivo único), puesto que las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos; eso sí, de acuerdo con las reglas de acceso a los Centros de Salud y a los Hospitales en el marco de las Áreas de Salud delimitadas¹⁰.

La asistencia universal *de facto* llega con el Real Decreto 1088/1989, por el que se establece la cobertura de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social (ASSS) a las personas sin recursos económicos suficientes; reconociendo tal derecho a la asistencia y otorgándole idéntica extensión, contenido y régimen que la prevista en el Régimen General; a cuyo efecto, las Entidades gestoras de la ASSS, INSALUD y Servicios Autonómicos de Salud con INSALUD transferido, expedirán, una vez reconocido el derecho, un documento acreditativo para el acceso a los servicios sanitarios, con idéntica validez en todo el territorio nacional.

La Ley 49/1998 de Presupuestos Generales del Estado para 1999 dispone que el Estado, a través de las transferencias presupuestarias a las Comunidades Autónomas, asumiría totalmente la financiación pública de la asistencia sanitaria, desvinculándola de las aportaciones a la Seguridad Social y evolucionando hacia su financiación mediante impuestos.

Desde 1981 a 2002 tiene lugar el proceso de transferencia “*de las funciones y servicios del INSALUD*” a todas las Comunidades Autónomas (CCAA); en una primera etapa a las CCAA del art. 151 de la CE y posteriormente, tras la reforma de sus Estatutos de Autonomía, al resto de las Comunidades con efectos 1 de enero del año 2002. De acuerdo con lo previsto en la Ley General de Sanidad, las CCAA constituyen Servicios Autonómicos de Salud para gestionar estas competencias. La Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, actualiza y adapta las previsiones de la Ley General de Sanidad a la nueva organización ya prevista, reforzando los mecanismos de coordinación en el marco de una perspectiva integral del sistema sanitario. De acuerdo con las previsiones de la Ley en una cuestión tan importante como la definición de las prestaciones asistenciales, el Real Decreto 1030/2006 establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Por lo que respecta al sistema de la Seguridad Social, éste siempre ha mantenido la titularidad de las competencias tradicionales esenciales sobre el aseguramiento sanitario del SNS. Según la Ley General de la Seguridad Social vigente, cuyo Texto Refundi-

¹⁰ El Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre las Estructuras básicas de salud, aunque consciente de los ejes de la próxima reforma, que tardaría en llegar dos años; había considerado inaplazable la instauración de las Zonas de Salud y de los Centros de Salud; lo cual permitió ganar un tiempo significativo para el desarrollo de la atención primaria.

do es aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá la Asistencia Sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo (art. 38). Al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) le sigue correspondiendo la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, con determinadas excepciones (art. 57); y en tal condición le compete el reconocimiento de las diferentes situaciones de aseguramiento (trabajador en activo, pensionista, grados de invalidez, etc.), subsidios, etc., de las que se derivan importantes consecuencias económicas.

Con la depresión económica, el Real Decreto-ley 16/2012, de Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (desarrollado por el Real Decreto 119/2012), modifica determinadas disposiciones de la Ley de Cohesión de 2003 y procede a la necesaria delimitación de funciones para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, teniendo en cuenta la normativa europea sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y articulándolas en torno al reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario por el Instituto Nacional de la Seguridad Social¹¹.

II. 4. Características esenciales

Con base en los arts. 41 y 43 CE, sobre el régimen de la Seguridad Social y el derecho a la protección de la salud; y de los epígrafes 16^a y 17^a del art. 149.1 CE, que indica las competencias exclusivas del Estado en estas materias; la Ley General de Sanidad (LGS) y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCSNS), definen las características esenciales de nuestro sistema público de salud. Evidentemente, y con carácter previo, también deben tenerse en cuenta los derechos reconocidos por la Ley 41/2002, que regula la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

II. 4. A. Del derecho a la protección de la salud

1. *Universalidad*: el aseguramiento de la asistencia sanitaria es universal y público por parte del Estado (art. 2.b LCSNS). La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española (art.3.2 LGS).

¹¹ El Defensor del Pueblo señala en su Informe Anual 2012, 7. Sanidad, que “*el Real Decreto-ley 16/2012 introduce el concepto de “asegurado”, vinculando, en gran medida, el derecho a la asistencia pública y gratuita al sistema contributivo de la Seguridad Social, de modo que no solo permanece, sino que se refuerza el vínculo entre ambos sistemas*”: Seguridad Social- Sistema Nacional de Salud (pág. 204).

2. *Igualdad efectiva*: la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud se efectuará en condiciones de igualdad efectiva y calidad (art. 2.a LCSNS). El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva (art. 3.2 LGS). La política de salud está orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales (art. 3.3 LGS).
3. *Financiación pública*: la financiación del Sistema Nacional de Salud es pública (art. 2.e LCSNS).
4. *Accesibilidad y libertad de elección*: el acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en la ley se garantizará en condiciones de igualdad efectiva, con independencia del lugar del territorio nacional en que se encuentren en cada momento los usuarios (art. 23 y 24 LCSNS). El acceso inicial y básico a los servicios se efectúa a través de la atención primaria del Centro de Salud asignado al usuario por su lugar de residencia (art. 12 LCSNS). La libertad de elección de médico de atención primaria y de especialista se realiza por el usuario en el marco de su Área de Salud, de acuerdo con las condiciones establecidas al efecto (arts. 14 y 15 LGS).

II. 4. B. Del Sistema

1ª *Carácter Integral del Sistema* basado en:

- a) *Aseguramiento único, universal y público de la asistencia sanitaria por parte del Estado*: el aseguramiento de la asistencia sanitaria es universal y público por parte del Estado (art. 2.b LCSNS); el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (arts. 2.b y 3 LCSNS);
- b) *Financiación pública común*, de acuerdo con el modelo de financiación autonómica (art. 2.e LCSNS);
- c) *Reglas básicas comunes* de aplicación en todo el territorio (art. 149.1.16ª y 17ª CE: arts. 2 LGS y Disp. Final. Primera LCSNS);
- d) *Organización de los servicios bajo una concepción integral del sistema sanitario* (art. 4 LGS): todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integran el Sistema Nacional de Salud y se coordinan en un dispositivo único (arts. 44 y 46.c LGS);
- e) *Descentralización política de la gestión*: corresponde a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo y la gestión de sus Servicios Autonómicos de Salud (art. 44 LGS).

2ª Planificación y estructuración territorial:

- a) El Estado y las Comunidades Autónomas aprobarán Planes de Salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, en los que se preverán las inversiones y acciones sanitarias a desarrollar (art. 70.1 LGS);
- b) Los Servicios Autonómicos de Salud planificarán los recursos con criterios de racionalización, de acuerdo con las necesidades sanitarias de cada territorio. La base de la planificación será la división de todo el territorio en demarcaciones geográficas (art 51 LGS):
 - a. Se delimitarán Áreas de Salud teniendo en cuenta factores geográficos, socioeconómicos, demográficos, laborales, epidemiológicos, culturales y de dotación de vías y medios de comunicación, así como las instalaciones sanitarias (art. 56.4 LGS). Cada Área de Salud estará vinculada o dispondrá, al menos de un Hospital General, con los servicios que aconseje la población a asistir, la estructura de ésta y los problemas de salud. El Hospital es el establecimiento encargado tanto del internamiento clínico como de la asistencia especializada y complementaria que requiera su zona de influencia. En todo caso, se establecerán medidas adecuadas para garantizar la interrelación entre los diferentes niveles asistenciales (art. 65 LGS). Los Hospitales desarrollarán, además de las tareas estrictamente asistenciales, funciones de promoción de la salud, prevención de las enfermedades e investigación y docencia, de acuerdo con los programas de cada Área de Salud (art. 68 LGS).
 - b. Las Áreas de Salud se dividirán en Zonas Básicas de Salud para conseguir la máxima operatividad y eficacia (art. 62 LGS). La Zona Básica de Salud es el marco territorial de la atención primaria de salud donde los Centros de Salud desarrollan sus actividades sanitarias como centros integrales de atención primaria (art. 63 LGS). La atención primaria es el nivel básico e inicial de atención, que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos (art. 12. 1 LCSNS).

3ª Evaluación y control de la calidad de la asistencia:

- a) Proceso continuado: la evaluación de la calidad de la asistencia sanitaria prestada debe ser un proceso continuado que informe todas las actividades del personal de salud y de los servicios sanitarios del SNS (art. 69.2 LGS).
- b) La coordinación general sanitaria incluye el establecimiento con carácter general de criterios mínimos y básicos comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros y servicios sanitarios (art. 70.1.c LGS).

II. 5. Evaluaciones de la calidad del Sistema Sanitario español

La sanidad es el servicio público sistemáticamente más apreciado y mejor valorado por los ciudadanos españoles¹².

Esta valoración positiva es compartida por Organizaciones Internacionales de distinto tipo. Los Informes que establecen rankings sobre la competitividad de los países, en función de la calidad de sus instituciones y procesos económicos, políticos y sociales, sitúan a España en el puesto 36 (*World Economic Forum* 2013), o en el puesto 44 (Banco Mundial 2013): sin embargo, la valoración de nuestro sistema sanitario le sitúa entre los mejores del mundo.

Esta es también la valoración de la OCDE (2012), en función de la esperanza de vida, teniendo en cuenta la calidad de vida, las intervenciones en salud pública y el desarrollo de la atención sanitaria.

Con carácter más específico y objetivo, determinados análisis empíricos, como NOLTE y McKEE (2008) o GAY et al. (2011), se fijan en las causas de muerte innecesariamente prematura y sanitariamente evitables (MIPSE), que son las más sensibles a la actuación sanitaria, llegando a conclusiones similares y reiteran que la calidad de nuestro sistema sanitario se encuentra entre los mejores del mundo.

Los datos son los que son y los análisis comparados entre sistemas (no olvidando los niveles de riqueza, ni las características de la idiosincrasia propia de cada país en cuanto a las pautas de comportamiento cívico o de transparencia y control político) resultan relevantes si se quieren establecer expectativas razonables.

II. 6. Compatibilidad entre el Sistema Nacional de Salud y la prestación generalizada de la atención sanitaria a grupos enteros de población mediante concesiones de servicio público

Por lo expuesto en los epígrafes anteriores, parece indiscutible el acierto del diseño institucional del Sistema Nacional de Salud en España. Sus características esenciales de titularidad y financiación pública, su unidad de régimen en el aseguramiento y en las prestaciones, y su carácter integral, en el que todos los recursos operan como un dispositivo único al servicio de una cobertura universal de la asistencia sanitaria, permiten unos altos niveles de calidad e igualdad efectiva de los usuarios ante el Sistema, con independencia del lugar en que residen; y una importante cohesión social, mediante la corrección de desequilibrios territoriales y sociales históricamente endémicos en nuestro país.

¹² CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (CIS) (2011), *Calidad de los servicios públicos. Estudio nº 2.908, Junio-Julio 2011*; CIS (2013), *Estudio nº 2.978, Barómetro de Febrero 2013*.

Sería verdaderamente desgraciado que, por nuestro proverbial espíritu crítico unido a nuestra predisposición a la improvisación, malbaratáramos uno de nuestros mayores e indiscutibles logros colectivos, que inciden directísimamente sobre la calidad de vida de las personas, precisamente en los momentos en que más necesitan ser asistidas.

La concepción integral del Sistema como un dispositivo único ha hecho que se prevea y sea habitual la colaboración privada con el sistema público, bajo el régimen de conciertos (art. 90 LGS). Ello permite obtener la prestación de servicios bien identificados, por instituciones homologadas y de reconocida solvencia técnica e institucional, conforme a un esquema de requisitos jurídicos que persiguen optimizar los recursos, el control de las prestaciones, la coherencia y la eficacia del Sistema.

Frente al carácter coherente y sistemático de la legislación básica estatal, contenida en la Ley General de Sanidad de 1986 y en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003; no podemos ignorar la existencia de la Ley 15/1997, que “habilita nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”. Esta Ley constituye un auténtico “verso suelto” dentro del modelo de regulación de la sanidad pública en España. Y, además, lo único que queda claro de la Ley es su título... y no la más que confusa redacción de su artículo único y de las disposiciones jurídicas que pueda contener. Sin embargo, esta Ley fue invocada por la Comunidad Valenciana para dar cobertura a la *concesión* de servicios de asistencia médica realizada bajo el denominado “modelo Alzira” y los Tribunales así lo han validado. Primero, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en su Sentencia 1925/2000 y, después, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de diciembre de 2005.

Ahora bien, la doctrina jurídica no ha dejado de subrayar el marcado carácter excepcional del recurso a la técnica concesional. MENÉNDEZ REXACH (2008) señala que *“parece razonable sostener que la efectividad de los mandatos constitucionales relativos a la protección de la salud y al mantenimiento obligatorio de un sistema público de seguridad social implica la existencia de una red de establecimientos de titularidad pública que deben ser gestionados directamente (con o sin atribución de personalidad jurídica propia), sin perjuicio de la colaboración de los centros privados, fundamentalmente mediante fórmulas de concertación. También es admisible la concesión y alguna otra fórmula análoga, como el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado, previsto en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Pero estas deben ser excepciones a la regla de la gestión directa, y por ello necesitadas de justificación concreta, sin que sea suficiente la genérica previsión legal de su admisibilidad”*... que es exactamente lo que ha hecho el Plan de Medidas y la Ley 8/2012 de la Comunidad de Madrid, objeto del presente Informe.

Así pues, la Ley 15/1997 en modo alguno puede interpretarse como una habilitación que otorgue una patente de curso para ignorar por completo todo el esquema de

garantías de nuestro modelo de regulación de la sanidad pública y de contratación del sector público.

Volviendo a lo que ahora nos interesa, que es la compatibilidad institucional entre nuestro Sistema integral de sanidad pública y la adopción general de un esquema de gestión mediante contratos de concesión, debemos ir al núcleo esencial de la cuestión: la propia naturaleza de la prestación sanitaria, consistente en una obligación de medios pero no de resultados, es un deber de emplear cuantos conocimientos y técnicas sean precisos para recuperar la salud, pero sin garantía de lograrlo. La primera obligación de los profesionales y, por tanto, de la Administración sanitaria como prestadora de servicios es utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el Sistema de Salud, diseñado para operar como un dispositivo único. Desde esta perspectiva de la propia naturaleza de la prestación sanitaria, y en la medida en que la red sanitaria pública se ha articulado como un auténtico Sistema, resulta extraordinariamente difícil y costoso (por los problemas, entre otros, de asimetría de la información, de selección de riesgos, de selección adversa, por los costes inherentes de información y transacción... que ya fueron magistralmente puestos de manifiesto por ARROW en 1963) definir las características de esta prestación en el objeto de un contrato, mediante el cual se saca del Sistema y se transfiere a un tercero una parte entera de la cobertura de la asistencia en un núcleo definido de población.

Por estas razones, toda nuestra legislación general de Sanidad diseña un Sistema Nacional de Salud público e integrado, ajeno a su estructuración contractual salvo excepciones bien delimitadas. Los estudios sobre economía y derecho de la salud, medicina social, políticas públicas sobre salud..., así como los análisis empíricos sobre los costes de información y transacción en la elaboración de contratos que abordaremos más tarde, acreditan que resulta mucho más fácil obtener resultados más eficaces y eficientes mediante estructuras organizativas integradas: por esto constituyen el fundamento organizativo tanto de las grandes empresas como de los organismos encargados de gestionar las principales funciones y servicios públicos.

La evidencia empírica también acredita los anteriores fundamentos institucionales. Partiendo también de la metodología institucionalista (ACEMOGLU y ROBINSON 2008, NORTH 1990...), el impactante estudio de HOLMBERG y ROTHSTEIN (2011), *Dying of Corruption (Muriendo de Corrupción)*, analiza datos intersectoriales de 120 países, para llegar a la conclusión de que la clave para obtener mejoras de eficiencia y eficacia en los sistemas de salud se encuentra en mejorar la calidad de su gobernanza pública (erradicar los sobornos en los países pobres o las “comisiones” en los ricos, exigir el cumplimiento de las obligaciones deontológicas y de dedicación profesional, despolitizar y profesionalizar la gestión, adoptar las decisiones conforme a criterios racionales y no arbitrarios, existencia y transparencia de información, controles efectivos sobre el cumplimiento de las reglas...). En contraste con la fuerte correlación encontrada entre la calidad de la gobernanza pública y los indicadores de salud (expectativas de

vida, mortalidad infantil y maternal, expectativas de vida saludable, sentimientos subjetivos sobre la salud, etc.), el nivel del gasto sanitario de los países desarrollados y la salud de su población no muestra una relación directa a partir de un cierto umbral. Además, por lo que respecta al gasto privado en salud o a la proporción del gasto privado respecto del gasto total en salud, la relación es próxima a cero o ligeramente negativa. Por ello, la recomendación derivada del estudio respecto de las políticas públicas para mejorar los niveles de salud en todo el mundo, tanto en los países ricos como en los pobres, es mejorar la calidad de la gobernanza (el buen gobierno) y financiar la asistencia sanitaria con fondos públicos y no privados.

En la misma línea de esta última conclusión, y como significativo contrapunto, se sitúa el estudio elaborado por THE NATIONAL ACADEMIES (2013), que intenta dar explicaciones y presentar propuestas frente a los abrumadores diferenciales negativos sobre la salud en Estados Unidos.

III. DESARROLLO DEL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD

Tas la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, la Comunidad asumió el traspaso de las “*funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud*” en materia de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social. La Constitución, en el artículo 149.1.17^a, reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas; y en el artículo 149.1.16^a se reconoce también al Estado la competencia en materia de Sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos.

Por ello, el nuevo Estatuto establece en su artículo 27.4 y 5 que, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria, y la ejecución en materia de sanidad e higiene, así como la coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.

Y, por otra parte, el artículo 28.1.1 y 1.10 del Estatuto establece que corresponde a la Comunidad de Madrid la gestión de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social.

El traspaso efectivo de las funciones y servicios se efectuó mediante el Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, y tuvo efectividad a partir del 1 de enero de 2002.

Dentro de su ámbito competencial, la Comunidad ha aprobado la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Madrid, que establece la regulación

general de todas las acciones que permitan, a través del Sistema Sanitario de la Comunidad, hacer efectivo el derecho a la protección de la salud.

III. 1. Un espectacular despliegue de infraestructuras sanitarias y las fórmulas contractuales para su dotación

Como es bien conocido, la principal estrategia seguida desde entonces por la Comunidad de Madrid ha sido una dotación verdaderamente espectacular de nuevas infraestructuras sanitarias. Desconocemos si esta dotación respondió al preceptivo Plan de Salud que, conforme al art. 70 LGS, hubiera debido realizarse con carácter previo. Tampoco conocemos, porque no son públicos, los dos Planes de Infraestructuras 2004-2007 y 2007-2011, a los cuales se remiten con frecuencia las autoridades de la Comunidad. En cualquier caso, no parece que la elaboración de estos Planes de Infraestructuras tuviera una gran participación de las entidades y colectivos interesados (especialmente de los médicos); ni que fueran objeto de una presentación y debate específico ante la Asamblea de Madrid.

En ejecución de estos Planes, en los últimos ocho años se han construido 11 nuevos hospitales, de los cuales uno sustituye a otro existente, y 111 nuevos Centros de Salud para la atención primaria.

Entre 2004 y 2007 se licita y aborda la construcción de 8 nuevos Hospitales: Infanta Sofía (San Sebastián de los Reyes), del Henares (Coslada), Infanta Leonor (Vallecas), del Sureste (Arganda), del Tajo (Aranjuez), Infanta Cristina (Parla), Puerta de Hierro (Majadahonda) e Infanta Elena (Valdemoro).

Entre 2007 y 2011 se plantea la construcción de los Hospitales de Torrejón (Torrejón de Ardoz), Juan Carlos I (Móstoles), Collado Villalba y Carabanchel. Todos estos nuevos hospitales se han construido y han entrado en funcionamiento, excepto el de Carabanchel al concluirse un acuerdo con el Hospital militar Gómez Ulla, y el de Collado Villalba, cuyas obras están terminadas, habiéndose postergado su entrada en funcionamiento.

Los primeros seis contratos de hospitales fueron de concesión de obra pública: su objeto fue la construcción de las obras, dotación de equipamientos, mantenimiento, conservación y prestación subordinada de los servicios auxiliares o que no consisten directamente en la prestación de la asistencia médica, durante treinta años. Esta fórmula evita a la Administración financiar de golpe las obras y equipamientos, así como su conservación; a cambio de los pagos que se compromete a efectuar durante treinta años. Para que lo pueda entender todo el mundo: el esquema de financiación para la dotación de los hospitales es similar al que emplearon los madrileños para comprar su vivienda, mediante un préstamo hipotecario, que deben devolver durante veinte o treinta años. La parte asistencial-clínica de estos hospitales ha sido configurada como ‘empresa públi-

ca¹³ (empresas creadas por Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, en su artículo 12p). Estos hospitales por tener en su interior la empresa concesionaria y la empresa pública se conocen como *hospitales de gestión mixta*. Son estos hospitales-empresa pública los que el Gobierno de la Comunidad de Madrid pretende privatizar con la Ley 8/2012.

Para los hospitales construidos posteriormente (Infanta Elena (Valdemoro), Rey Juan Carlos (Móstoles), Torrejón y Collado Villalba) se da un paso más en los servicios concesionados y se formalizan contratos de gestión del servicio público que incluyen la también los servicios clínicos, es decir, la Atención Especializada de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social prestada por el SNS en la modalidad de concesión administrativa: es decir, en primer lugar, se contrata la construcción y conservación de las obras, los equipamientos y servicios no médicos (como en los anteriores); y, en segundo lugar, se contrata además la prestación de la Atención Sanitaria Especializada para la población protegida: 171.478 habitantes en el caso de Móstoles (con tarjeta sanitaria) y su zona; 133.144 habitantes en el caso de Torrejón (con tarjeta sanitaria) y su zona. El plazo de duración de los contratos es también de treinta años. Estos hospitales son conocidos como hospitales con colaboración público-privada (CPP) en régimen de concesión administrativa.

En este modelo de concesión administrativa completa, los pagos a efectuar por la Administración al concesionario tienen un doble concepto que se corresponde con el doble objeto del contrato: la asistencia sanitaria, de una parte; y la realización de las obras con los demás servicios auxiliares, de otra parte. En el caso del Hospital Rey Juan Carlos de Móstoles, el importe total anual a abonar por la Administración al concesionario (Capiro y otras empresas) y para la población protegida indicada asciende a la cantidad de 101.069.998,20 euros, obtenida de totalizar la prima per cápita persona/año por la Asistencia Sanitaria de 446,25 (cantidad exenta de IVA) por el número de habitantes; más la cantidad máxima anual de 148,75 euros persona/año por número de habitantes (8% de IVA incluido). En el caso del Hospital de Torrejón, solamente hubo una Agrupación de Licitadores, formada por Ribera Salud con otras empresas, presentada a la licitación. La prima per cápita persona/año a satisfacer por la Administración en concepto de prestación de la Asistencia Sanitaria es de 428,35 euros, cantidad exenta de IVA, y la cantidad máxima anual a satisfacer por la Administración por persona/año es de 143,15 euros, cantidad exenta de IVA.

¹³ Un ejemplo de los estatutos de estos hospitales es el DECRETO 112/2007, de 2 de agosto, del Consejo de Gobierno, *por el que se aprueban los Estatutos de la Empresa Pública Hospital del Norte, en virtud de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre*. (BOCM núm. 189, 10/08/2007)

II. 2. Las premisas apodícticas del Plan de Sostenibilidad

De acuerdo con lo que manifiesta el Plan de Medidas de garantía de la sostenibilidad y los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012, el anterior esquema contractual es el que se pretende seguir para la gestión del servicio público (la asistencia sanitaria de la Seguridad Social prestada por el Sistema Nacional de Salud), bajo la modalidad de concesión, en los Hospitales: Infanta Cristina (Parla), Infanta Sofía (San Sebastián de los Reyes), Infanta Leonor (Vallecas), del Sureste (Arganda), del Henares (Coslada) y del Tajo (Aranjuez); así como en unos 27 Centros de Salud.

La privatización de los seis hospitales-empresa pública de la primera generación de nuevos hospitales de la Comunidad de Madrid, tendría como referente los hospitales de la segunda generación, es decir, estos hospitales en los que todos sus servicios, incluidos los clínicos, son de concesión administrativa.

Según expusimos al comienzo, los argumentos que da el Plan de Medidas son los siguientes:

Primero: *“Se ha comprobado que el modelo de concesión es más eficiente, da buenos resultados clínicos y alta satisfacción a los pacientes”*.

Segundo: *“De media, el coste total de la asistencia sanitaria especializada de la población de los hospitales de gestión mixta es de unos 600 euros por habitante, mientras que en los hospitales con modelo capitativo más recientes, este coste medio anual es de 441 euros”*.

El Plan de Medidas no indica dónde, ni cómo se ha comprobado que el modelo de concesión sea *más eficiente, de buenos resultados clínicos y alta satisfacción a los clientes*. Tampoco acredita, en forma alguna, que los costes totales de la asistencia sanitaria sean los que indica. Seguidamente, intentamos presentar algunos elementos de juicio sobre estas cuestiones.

II. 3. El alcance de los Contratos de Colaboración Público-Privada en los Servicios Públicos de Salud: inexistencia de fundamentos científicos y de evidencias empíricas que avalen la mayor eficiencia y eficacia del modelo de concesión

Los contratos de colaboración público-privada tienen una larga tradición en los países anglosajones para acometer nuevos desarrollos urbanos o para la dotación de nuevas infraestructuras (GÓMEZ-IBÁÑEZ 2003, FUERTES FERNÁNDEZ 2011). Entre sus características esenciales pueden destacarse: la asignación de un amplio margen de libertad e iniciativa o creatividad al contratista privado para afrontar un nuevo proyecto, respecto del que no se conoce cuál puede ser la solución más idónea; una im-

portante aportación financiera por parte del contratista; la aportación de valor a los recursos públicos destinados por el gobierno; la transferencia efectiva de riesgos al contratista; y unos altos costes de información y transacción, al encontrarnos ante contratos típicamente *incompletos*, de los que se derivan problemas graves para lograr una definición mínimamente precisa de sus requisitos esenciales (objeto, consentimiento y causa), lo cual conlleva unos costes elevados de asesoramiento jurídico, técnico, económico, financiero, etc. Por eso, este tipo de contratos son en gran medida extraños y desconocidos para la tradición jurídica continental europea.

Ante las restricciones presupuestarias derivadas de las elementales exigencias europeas de estabilidad económica, este tipo de contratos atrajo un gran interés como forma de conseguir financiación privada para las infraestructuras públicas; y la Iniciativa de Financiación Privada del Reino Unido (*Private Finance Initiative, PFI*), desarrollada desde el comienzo de los años noventa por los Gobiernos tanto conservadores como laboristas, se convirtió en un banco de pruebas y en un referente para el resto de los países europeos (NIETO GARRIDO 2004).

Interesa destacar que los esquemas contractuales de la PFI se aplicaron por el *National Health Service (NHS)* desde 1995; que siempre han estado sometidos a discusión; y que, casi veinte años después, se desarrolla un interesante debate sobre sus ventajas e inconvenientes. Pero, sobre todo, interesa destacar que los contratos PFI solamente han tenido por objeto la financiación, construcción, dotación de equipamientos, conservación y, en su caso, prestación de servicios auxiliares. En ningún caso han tenido por objeto la prestación de la asistencia sanitaria, de acuerdo con los esquemas más novedosos de los *Public-Private Partnerships (PPPs)*. Por algo será. Y por ello ninguna experiencia puede sacarse de los mismos para el objeto del presente Informe.

Si se tienen en cuenta las características esenciales de los Sistemas Seguridad Social y de Sanidad Pública -y por eso nos ha parecido imprescindible exponerlas anteriormente- puede afirmarse que los contratos de concesión de servicios de asistencia sanitaria, celebrados por los Servicios de Salud de Valencia y de Madrid, constituyen un auténtico experimento a nivel mundial. Por eso, a BARLOW et al. (2013) solamente se les ocurre comparar el modelo Alzira con algunos contratos norteamericanos... que, evidentemente, se encuentran en otra galaxia de modelo sanitario.

Si se tienen en cuenta las características específicas de los servicios de asistencia médica a los pacientes y de protección de la salud de una población, el estudio de ARROW (1963) puso de manifiesto la complejidad de los problemas que plantean estos servicios para ser formalizados como objeto de un contrato “económicamente eficiente”. Los estudios científicos (medicina social, economía de la salud, teoría de la regulación, análisis económico del derecho...) más recientes –entre otros, FERRIS y GRADY (1991), HART, SHLEIFER y VISHNY (1997), EISENBERG (2000), BROWN y POTOSKY (2004), McKEE, EDWARDS y ATUN (2006), KISH y LIPTON (2013),

BARLOW et al. (2013)- siguen destacando que resulta extraordinariamente arriesgado llevar la colaboración público-privada, más allá de la dotación de infraestructuras, para gestionar servicios públicos asistenciales.

En primer lugar, porque la complejidad de gestionar una multiplicidad de relaciones público-privadas, durante largos períodos de tiempo, requiere una regulación extraordinariamente específica, unos órganos administrativos específicos y un personal administrativo altamente cualificado para realizar un control efectivo de que las prestaciones de los servicios responden efectivamente al fin público que persiguen; para lo cual es imprescindible acopiar y procesar una cantidad y calidad de información impresionante (regulación, organización e información de los que evidentemente no dispone en la actualidad la Comunidad de Madrid). Y, en segundo lugar, porque coste no equivale a calidad: cuando los parámetros de la calidad de los servicios son prácticamente imposibles de identificar “ex ante” y de controlar “ex post”, también resulta prácticamente imposible medir cuál es la calidad efectiva y objetiva (no solo percibida) del servicio que presta el contratista y, por tanto, evaluar y auditar el nivel efectivo de la calidad de sus servicios.

Así pues, la manifestación del Plan de Sostenibilidad de que “*se ha comprobado que el modelo de concesión es más eficiente, da buenos resultados clínicos y alta satisfacción a los pacientes*” carece de soporte científico y, mucho menos, empírico.

III. 4. Inexistencia de datos verificables sobre los costes de la asistencia sanitaria por tipos de hospitales¹⁴

III. 4. A. Comparación entre los datos supuestos y los datos actuales según Presupuestos

El Plan de Medidas de Garantía de la Sostenibilidad indica que: “*De media, el coste total de la asistencia sanitaria especializada de la población de los hospitales de gestión mixta (en los que hay sólo concesión de obra por lo que la asistencia sanitaria la sigue prestando la Administración) es de unos 600 euros por habitante, mientras que en los hospitales con modelo capitativo más recientes (en los que hay concesión de obra y concesión del servicio de asistencia sanitaria), este coste medio anual es de 441 euros.*”

Ninguna de estas cifras presentadas por la Consejería de Sanidad se fundamenta en datos que puedan ser verificados. No existe ningún documento que muestre que el “coste total de la asistencia sanitaria especializada de la población de los hospitales de gestión mixta es de unos 600 euros por habitante”.

¹⁴ Seguimos en este epígrafe los estudios sobre costes efectuados por el Comité Técnico de AFEM.

En los Hospitales de modelo capitativo más recientes (Hospitales de Torrejón y Rey Juan Carlos de Móstoles), la Administración paga una prima o cápita total anual dividida en dos conceptos:

- El concepto A es una cantidad anual en euros por habitante que la Administración paga a la Sociedad Concesionaria para cubrir la prestación de los servicios sanitarios que deberá prestar la Sociedad Concesionaria a la población protegida.
- El concepto B, o Cantidad máxima anual, es una cantidad anual en euros por habitante que la Administración paga a la Sociedad Concesionaria por la ejecución, mantenimiento, reforma y conservación de las citadas infraestructuras.

El coste medio anual de la asistencia sanitaria al que se refiere la Consejería equivale al concepto A. De hecho, parece que la Consejería ha obtenido los 441 euros de coste medio anual atribuido a los Hospitales con modelo capitativo más recientes del promedio del Concepto A que aparece en los Contrato de adjudicación de los Hospitales de Torrejón (428,35 Eur) y Rey Juan Carlos o Nuevo de Móstoles (446,25 Eur). Ahora bien, los precios de estos contratos no son costes objetivos, sino que corresponden a la oferta del adjudicatario, como así se especifica en el mismo contrato. Al parecer, no hubo una excesiva competencia entre las empresas adjudicatarias puesto que en el caso del Hospital de Torrejón solamente licitó una empresa; luego éstas pudieron imponer un precio convenientemente elevado para maximizar su beneficio. Es, por tanto, razonable suponer que el coste real de la asistencia sanitaria de los Hospitales de gestión mixta debería ser más bajo que el ofertado por esas empresas con ánimo de lucro, porque han debido incluir en el precio ofertado sus expectativas de beneficio económico.

A la vista de los datos anteriores, también parece razonable pensar que si el coste total de la asistencia sanitaria de los hospitales de gestión mixta fuera realmente de 600 Eur/habitante, como pretende la Consejería en el Plan de Sostenibilidad, las empresas concesionarias habrían ofrecido por el concepto A más de 600 Eur/habitante para poder obtener beneficios.

Los seis hospitales actuales de gestión mixta son un modelo empírico que permite calcular los costes reales de la asistencia sanitaria (Concepto A), ya que el concepto B o Cantidad máxima anual está claramente separado de los costes totales y figura con el nombre de canon de arrendamiento en la sección de los Presupuestos de la Comunidad de Madrid sobre las Empresas Públicas con forma de Entes públicos y demás Entes públicos.

Por lo que respecta al *Gasto Base*, de acuerdo con Presupuestos de las Empresas Públicas con forma de Ente Público y demás Entes Públicos, el gasto base (correspondiente al gasto de personal y al de materias primas y fungibles y sin contar el canon de arrendamiento) para los 6 Hospitales de gestión mixta al final del ejercicio 2012 y considerando que su población protegida abarca a un conjunto de personas titulares de

1.148.706 tarjetas sanitarias en 2012, es de 313 Eur/habitante. Este valor ha sido confirmado y aceptado por la Consejería de Sanidad.

Por lo que respecta a *Otros Conceptos*, de acuerdo con las declaraciones de Don Jesus Vidart (Director de Gestión Económica del SERMAS) al diario El Mundo, del 5 de Diciembre de 2012 (pág. 56), a esos 313 Eur/hab del coste base hay que sumarle aproximadamente un 15% por otros conceptos como los créditos centralizados que tiene la Consejería para ciertos servicios como los contratos de informática, el laboratorio central, y servicios médicos como el de oxigenoterapia (siempre obviamente que no se excluyan de la cápita como se hizo en el Hospital de Alzira en la que excluyeron oxigenoterapia, transporte sanitario, farmacia y prótesis). Con ello, el coste de la asistencia sanitaria provisto *directamente* por los 6 Hospitales de gestión mixta a su población protegida en 2012 fue de 360 Eur/habitante (con tarjeta sanitaria).

Ya que la población protegida alcanzó 1.148.706 tarjetas sanitarias en 2012, y de acuerdo con los datos anteriores, el coste de la asistencia sanitaria prestada *directamente dentro* por los 6 Hospitales fue de 413.534.160 Euros: 93.045.186 Euros menos que si se externalizase su gestión por 441 Eur/hab. y 275.689.440 Euros menos que la cantidad resultante del coste atribuido por la Consejería en el Plan de Medidas de Sostenibilidad (600 Eur/hab)...

III. 4. B. La facturación intercentros: la clave del problema

No obstante, con objeto de calcular el coste total de la asistencia sanitaria de los seis hospitales de gestión mixta, habría que sumar o restar el resultado teórico de la facturación intercentros a los 360 Eur/hab calculados previamente. Según el modelo capitativo, los centros tienen que asumir como gasto y pagar el 100% del coste de la asistencia sanitaria que su población protegida reciba en otros Centros y viceversa (el dinero sigue al paciente)¹⁵. Si un Hospital presenta una facturación intercentros negativa significaría

¹⁵ Los derechos y obligaciones derivados de la facturación intercentros constituyen una parte importante del contenido de los contratos de concesión. Por ejemplo, *Hospital de Valdemoro*

Facturación intercentros. Los servicios y actividades sanitarias realizados por centros de asistencia especializada de titularidad y gestión pública de la Comunidad de Madrid a la población protegida, por las prestaciones objeto del presente contrato, se facturarán al adjudicatario, y de forma recíproca, el adjudicatario facturará a la Administración los servicios de asistencia especializada prestados a pacientes no incluidos en la población protegida que sean titulares de Tarjetas Sanitarias de Salud emitidas por la Comunidad de Madrid. El importe a facturar por cada parte en función de los servicios prestados en un año natural se liquidará de acuerdo con lo previsto en el apartado siguiente. La forma de justificación y validación de la facturación será determinada por la Autoridad Sanitaria.

En la facturación intercentros el precio de los servicios sanitarios será el que corresponda en la fecha de la asistencia a los precios públicos vigentes en el momento de la asistencia, si bien el importe de los precios a aplicar en la facturación por los servicios prestados por la Sociedad Concesionaria se minorará en un veinte por ciento (20%).

que una parte del gasto asistencial generado por su población protegida se realizó en otros Centros distintos a ese Hospital. Al ser un gasto generado por la población protegida se tiene que sumar al gasto del Hospital de referencia.

Los pacientes de la población protegida de un Hospital de referencia pueden acudir a Otros Centros: 1) por libre elección, 2) porque son trasladados desde su Hospital (generalmente porque éste carece de algunas prestaciones), o 3) a través de los Servicios de Urgencias de los Hospitales. En el caso de que los pacientes acudan procedentes de otras zonas distintas a la zona de población protegida del Hospital, entonces ese gasto se considera un ingreso para el Hospital y se resta de la cápita, porque los Centros responsables de la población de esas Otras Áreas deberán pagar por los gastos asistenciales de su población al Hospital (el dinero sigue al paciente).

De esa manera, el coste total de la asistencia sanitaria de un hospital “A” que se rigiera por el modelo capitativo sería igual al gasto asistencial generado por la población “A” dentro el hospital “A” (360 Eur/hab para los de gestión mixta en 2012), más el gasto que generaría su población “A” en otros Hospitales “no-A” (por traslados o libre

El importe de los precios a aplicar en la facturación del concesionario se minorará adicionalmente en (i) un 10% cuando dicha facturación exceda del 20% de los pagos anuales a cuenta, previstos en la presente Cláusula y en (ii) un 20% cuando exceda del 40% de dicho importe.

La penalización se realizará sobre el precio del acto o proceso que resulte de aplicar los porcentajes señalados a los precios públicos vigentes, y sólo afectará a aquellos procesos o actos que excedan de los porcentajes anteriores. Quedarán excluidos de esta penalización los procesos y actos que se produzcan como consecuencia de ingresos urgentes no programados.

Facturación Intercentros H Torrejón y Nuevo de Móstoles

ii.- Otra parte correspondiente al saldo positivo o negativo de la Facturación Intercentros definida en los siguientes subapartados:

a) Los servicios y actividades sanitarias realizados por centros de asistencia especializada de titularidad y gestión pública y/o concertada de la Comunidad de Madrid a la población protegida, por las prestaciones objeto del presente contrato, se facturarán a la Sociedad Concesionaria, y de forma recíproca, la Sociedad Concesionaria facturará a la Administración los servicios de asistencia especializada prestados a los titulares de Tarjetas Sanitarias Individuales emitidas por la Comunidad de Madrid no incluidos en la población protegida.

b) En la facturación intercentros el precio de los servicios sanitarios será el que corresponda a los precios públicos vigentes en el momento de la asistencia. Sin perjuicio de lo anterior, el importe de los precios a aplicar en la facturación por los servicios prestados por la Sociedad Concesionaria se minorará en un diez por ciento (10%), a excepción de los actos que se produzcan como consecuencia de ingresos urgentes no programados.

c) Durante los seis (6) meses siguientes a la puesta en funcionamiento del nuevo hospital, se excluirá del cálculo de la facturación intercentros a aquellos pacientes incluidos dentro de la población protegida que, a la fecha de inicio de la fase de prestación de asistencia sanitaria, estuviesen siendo atendidos de un determinado proceso patológico en otros centros o servicios titularidad de la Administración Sanitaria. En consecuencia, durante dicho periodo, los gastos derivados de esta continuidad asistencial serán asumidos por la Administración Sanitaria.

d) La forma de justificación y validación de la facturación intercentros será determinada por la Autoridad Sanitaria.

e) En todo caso, en la facturación de la asistencia sanitaria prestada a pacientes de otras Comunidades Autónomas o de otros países, se observarán las normas vigentes al respecto en cada momento.

elección), menos el gasto generado por pacientes procedentes de otras áreas “no-A” en el Hospital “A”.

El cálculo de la facturación intercentros es complejo y requiere de un sofisticado sistema de información, así como de una adecuada identificación del paciente, una constante actualización de su área de procedencia y de los flujos de población (cambios de zona), una estricta codificación de las historias clínicas y un registro completo de la actividad asistencial de cada paciente en cada centro; de forma que resulte posible asignar y atribuir los costes de cada episodio de Hospitalización, cirugía mayor ambulatoria, procedimiento menor, urgencias y consultas. El sistema de información debe además poder garantizar la integridad (corrección, completitud, validez y precisión) de los datos administrativos de identificación y clínicos incorporados en los Hospitales y Centros de Salud.

El actual Sistema de Información del SERMAS no garantiza la integridad de los datos administrativos de identificación vertidos en la base de datos de los Centros de Salud y Hospitales por lo que no permite obtener los datos válidos imprescindibles requeridos para realizar la facturación intercentros de los Hospitales de la Comunidad de Madrid.

De hecho, a pesar de haber sido reclamada en sede parlamentaria no se dispone de información oficial pública sobre la facturación intercentros entre los Hospitales de gestión directa y los de gestión indirecta privada de la Comunidad de Madrid : la Consejería de Sanidad no ha presentado información alguna sobre las cifras de facturación intercentros de los 6 Hospitales de gestión mixta, ni de los tres Hospitales de Gestión privada capitativa (Infanta Elena de Valdemoro, Torrejón y Rey Juan Carlos)¹⁶.

Ante la falta de transparencia sobre esta cuestión esencial, pueden manejarse hipótesis que situarían la facturación intercentros entre un 15% y un 70%...

Tal y como publicó el diario El Mundo, el 5 de Diciembre de 2012, Jesus Vidart, Director de Gestión Económica del SERMAS, informó a Ángeles López que la facturación intercentros de los Hospitales de gestión mixta era del 15%.

Pues bien: de acuerdo con la información procedente del SERMAS el coste total de la asistencia sanitaria en 2012, es decir, lo gastado por la población protegida dentro de esos 6 hospitales (360 Eur/hab) más el 15% gastado en otros centros (54 Eur/hab)

¹⁶ Ante esta falta de información, el 26 de Diciembre de 2012 el Grupo Parlamentario de UPyD registró un escrito solicitando que la Asamblea de Madrid instase a la Cámara de Cuentas para que fiscalizase la facturación intercentros realizada entre el Servicio Madrileño de Salud y las empresas concesionarias de servicios sanitarios que gestionan el Hospital Infanta Elena (Valdemoro), el Hospital de Torrejón de Ardoz y el Hospital Rey Juan Carlos (Nuevo de Móstoles) desde el inicio de su actividad hasta el último ejercicio sobre el que exista información disponible.

fue de 414 Eur /hab. En consecuencia, 27 Eur/hab (31.015.062 Eur) inferior al coste de la gestión privada (441 Eur/hab) y 186 Eur/hab (213.725.367 Eur) inferior al coste asignado por la Consejería (600 Eur/hab) en el Plan de Medidas de Sostenibilidad...

Así pues, insistimos, si aceptamos que la facturación intercentros asciende al 15%, esto implicaría que el coste real total de la asistencia sanitaria de los Hospitales de gestión mixta (414 Eur/hab) es inferior al coste de la de la asistencia sanitaria de los Hospitales de gestión privada (441 Eur/hab) y muy inferior al coste atribuido por la Consejería en el plan de Sostenibilidad (600 Eur/hab). Luego la Consejería habría presentado unos costes manifiestamente incorrectos en el Plan de Sostenibilidad

Elena Sevillano refiere, el 26 de Diciembre de 2012, en el diario El País¹⁷ que la Consejería de Sanidad fue aumentando progresivamente la cifra de facturación intercentros del 15% al 30% y, finalmente, al 70%; porcentaje con el que el coste total de la asistencia sanitaria de los 6 Hospitales de Gestión mixta en 2012 se correspondería con el coste atribuido por la Consejería en el Plan de Medidas de Sostenibilidad (600 Eur/hab).

Es importante recordar que en los seis hospitales de gestión mixta, al ser la asistencia sanitaria de gestión pública, no existe un movimiento real de dinero debido a la facturación intercentros (los hospitales no tienen realmente que facturar). Pero resulta necesario conocer esa cifra de facturación intercentros para poder calcular el coste total real de la asistencia sanitaria especializada generada por su población protegida en el caso de que los 6 Hospitales se externalizasen y poder compararlo con el coste atribuido por la Consejería a la gestión sanitaria pública en el Plan de Sostenibilidad (600 Eur/hab).

En todo caso, conocer la facturación intercentros de los Hospitales de gestión privada es imprescindible; y, más aún, saber si realmente la Administración está facturando adecuadamente a esos Centros; pues de no hacerlo sería una aportación injustificada de capital público a las empresas privadas concesionarias.

Otro de los criterios que pueden seguirse para determinar el importe de la facturación intercentros son los Contratos de Gestión de 2012; en función del razonamiento sobre la Cápita que aparece en esos Contratos, y que la Viceconsejera firma anualmente con cada Gerente de Hospital.

En todos los Contratos Programa y de Gestión de los Hospitales de la Comunidad de Madrid para 2012, el valor de la cápita es el mismo (681,12 Eur/hab) e incluye todos los costes y no solo el de la asistencia sanitaria: coste de los servicios sanitarios,

¹⁷http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/12/22/madrid/1356202562_396369.html.

canon de arrendamiento (en los Hospitales de gestión mixta), costes de servicios no sanitarios, costes de renovación de infraestructuras, facturación intercentros, etc.

Parece poco verosímil que si el coste total promedio de todos los Hospitales de la Comunidad de Madrid, incluidos los Grandes Hospitales y Ciudades Sanitarias que tratan a pacientes de alta complejidad, es de 681,12 Eur/hab, el coste de la asistencia sanitaria (excluido el concepto B, canon de arrendamiento) de los Hospitales de gestión mixta (hospitales de nivel 1 que tratan a pacientes de baja complejidad) sea de 600 Eur/hab, como sostiene la Consejería en su Plan de Sostenibilidad.

En estos Contratos Programa y de Gestión aparece la cifra de facturación intercentros como objetivo para 2012. Desconocemos si esa cifra ha sido estimada o medida – esto último es poco verosímil debido a la falta de integridad y coherencia de los datos del sistema de información del SERMAS. De acuerdo con el valor de facturación intercentros que figura en estos contratos de gestión para 2012 y los gastos a final de ejercicio de 2012 que figuran en los Presupuestos de Empresas Públicas con forma de Ente Público (los 6 Hospitales de gestión mixta) y sumando un 15% por otros conceptos (laboratorio central, informática, oxigenoterapia, etc..) resulta que el valor objetivo promedio de facturación intercentros para estos 6 Hospitales pactado para 2012 en los contratos de gestión es del 72%: Hospital de Vallecas (Inf.Leonor) 143%, Hospital del Sureste 82%, Hospital del Tajo 37%, Hospital del Sur (Inf.Cristina) 52%, Hospital del Henares 61% y el Hospital del Norte (Inf.Sofía) 61% .

Una facturación intercentros del 70% para estos seis hospitales de gestión mixta significaría que de los -738.456.695 Eur que gastó la población protegida de esos 6 Hospitales de gestión mixta en asistencia sanitaria: -413.986.729 Eur se gastaron en asistencia directa dentro de esos seis hospitales, mientras que -324.469.966 Eur se gastaron en asistencia en otros Centros. Una facturación tan elevada implica que alrededor de la mitad de la asistencia Hospitalaria a la población protegida se habría provisto en 2012 fuera de esos 6 Hospitales, en otros Centros. En consecuencia, esos seis Hospitales no tendrían infraestructura suficiente para prestar asistencia sanitaria completa a su población y no es verosímil que la obtuvieran por el simple hecho de ser externalizados.

Podemos analizar, en concreto, dos ejemplos:

i. En el Hospital Infanta Leonor de Vallecas, la facturación intercentros supone un 143%, adicional sobre su gasto propio, generado por su población en otros Centros: la asistencia sanitaria especializada a la población protegida del H. de Vallecas consumió -92.824.049 Eur dentro del Hospital y -132.727.718 Eur en otros Centros. Posiblemente el número de camas y de especialidades sea insuficiente para dar cobertura sanitaria a esa población. No es verosímil que tras la privatización su infraestructura cambiara por arte de magia hasta el punto de poder gestionar la asistencia sanitaria es-

pecializada completa de su población protegida y reducir 132,7 millones de euros de facturación intercentros hasta empezar a obtener beneficios.

ii. En el Hospital Infanta Sofía, la facturación intercentros supone que un 61% adicional del gasto de la asistencia sanitaria especializada (62 millones de Eur) de su población protegida se habría generado en otros Centros. Este Hospital deriva sus pacientes preferentemente al Hospital La Paz ya que es su Hospital de referencia. Respecto del Hospital La Paz, el Hospital Infanta Sofía carece de más de 20 especialidades médicas y quirúrgicas en su cartera de servicios, por lo que todos los pacientes de su población protegida que requieran atención médica relacionada con las prestaciones sanitarias provistas por esas especialidades deberán ser derivados obligatoriamente al Hospital La Paz o a otro Hospital que disponga de tales especialidades. No es verosímil que el Hospital del Infanta Sofía pudiera incluir por arte de magia tras la externalización esas más de 20 especialidades y sus respectivas prestaciones sanitarias en su cartera de servicios para igualarla a la del Hospital Universitario La Paz y poder reducir esos 62 millones de euros de facturación intercentros hasta empezar a obtener beneficios.

A la vista de los datos anteriores, podríamos plantear diferentes conclusiones según que las cifras de facturación intercentros sean: desconocidas, del 15%, o bien del 70% del presupuesto de esos hospitales.

a) Facturación intercentros desconocida. El Sistema de Información del SERMAS no garantiza la integridad (corrección, completitud, validez y precisión) de los datos de identificación vertidos en la base de datos de los Centros de Salud y Hospitales lo que imposibilita la identificación de la zona por concesionario de todos los pacientes y por tanto la determinación pormenorizada de la facturación intercentros de los Hospitales de la Comunidad de Madrid.

En consecuencia, ¿Cómo ha podido hasta el SERMAS haber inspeccionado y facturado la deuda contraída por los 3 Hospitales de gestión privada capitativa con los Hospitales públicos (facturación intercentros) si carecía de la información necesaria para facturar?

¿Cómo ha podido la Consejería de Sanidad asignar a los Hospitales de gestión mixta un coste de 600 Eur/hab en el Plan de Sostenibilidad si carece de la información necesaria para calcular la facturación intercentros de esos 6 Hospitales?

¿Cómo pretende el SERMAS controlar el gasto de y facturar a los 6 Hospitales de Gestión mixta tras la externalización si no dispone de un Sistema de Información con capacidad suficiente para obtener los datos válidos necesarios?

La imposibilidad de conocer la cuantía a facturar a los Centros que se pretende externalizar por atención a pacientes fuera de las áreas concesionadas arroja dudas sobre

el rigor de los cálculos económicos y del proceso planteado para externalización de las mismas.

b) Si la facturación intercentros supusiera un 15%, como declaró el Director de Gestión del SERMAS al diario El Mundo, entonces en 2012 el coste total de la asistencia sanitaria de los 6 hospitales fue de 414 Eur/hab, 27 Eur/hab inferior al coste de la gestión privada capitativa (441 Eur/hab) y 186 Eur/hab inferior a los 600 Eur/hab que la Consejería les atribuido en el Plan de Sostenibilidad. Por tanto: 1) Los datos presentados en el Plan de Sostenibilidad para justificar la externalización son manifiestamente incorrectos; 2) La concesión del servicio de asistencia sanitaria de estos Hospitales no está justificada.

c) En el caso de que la facturación intercentros se eleve al 72%, la externalización tendría importantes y graves consecuencias:

No es verosímil que, tras la externalización, los 6 Hospitales privatizados pudieran por arte de magia dar una cobertura asistencial completa a la población por el simple hecho de cambiar de gestión. ¿Cómo podría la empresa privada concesionaria gestionar la salud de su población protegida cuando alrededor del 50% del gasto de la asistencia sanitaria especializada generado por esa población se realizaría fuera de su Centro de referencia?

Por tanto, si los seis Hospitales de gestión mixta se externalizasen a 441 Eur/hab, y la facturación intercentros es del 70%, ¿cómo podrían las empresas privadas concesionarias reducir en unos 240 millones de euros el gasto para empezar a obtener beneficios (desde unos 640 Eur/hab hasta 441 Eur/hab)? Las empresas privadas concesionarias solamente tendrían las siguientes opciones para obtener beneficios:

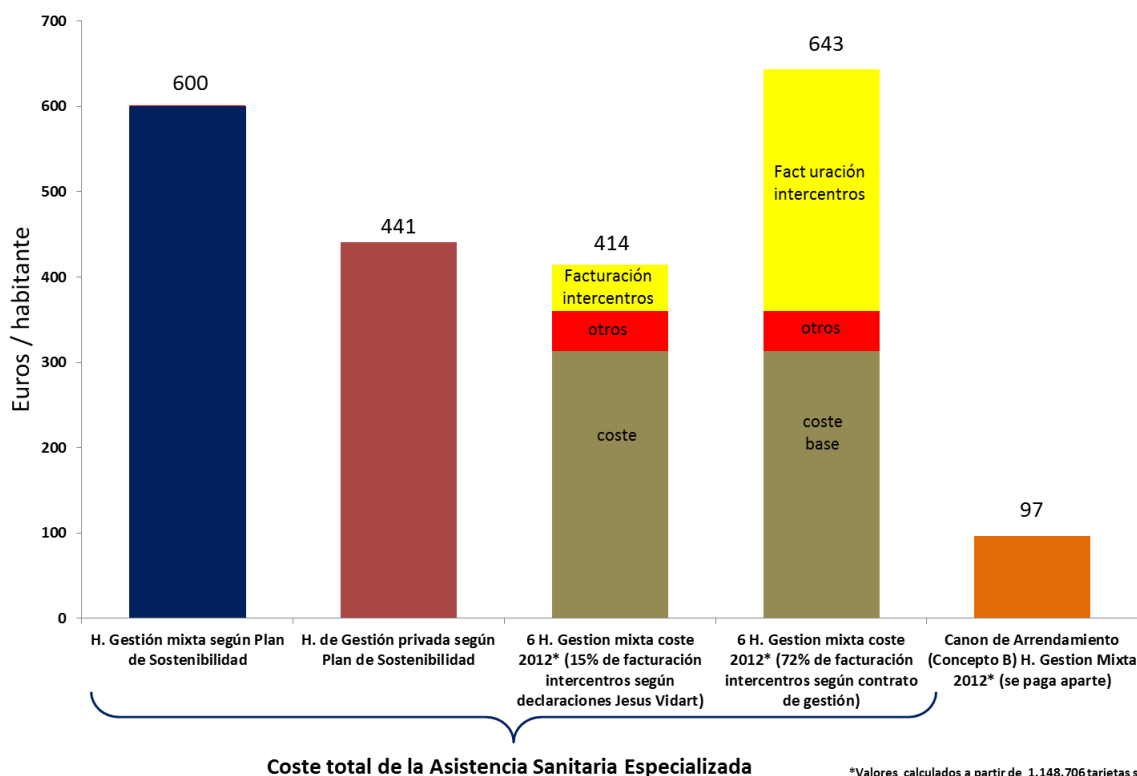
1.- No trasladar a los pacientes procedentes de su población protegida que lo requirieran a otros Centros para evitar el reembolso del gasto generado y por tanto: a) privándoles de la mejor asistencia disponible (o de su libertad de elección) en la Comunidad de Madrid; b) amenazando su vida y su salud; c) vulnerando así su derecho a la información, ocultándoles la información de que existe una alternativa terapéutica en otro Centro.

2.- No reembolsando a la Administración por los gastos generados por la asistencia sanitaria especializada prestada a los pacientes de su área de protección e los Hospitales Públicos. Esto se tendría que hacer con la connivencia de la Administración ya sea: a) Previo acuerdo con la Administración; b) Aprovechando que el Sistema de Información es insuficiente y/o contiene datos inconsistentes y no permite conocer la verdadera cuantía de la facturación; c) Aprovechando que el Centro Técnico de Control no actúa y/o no dispone de información para actuar.

3.- Puede ser que todos los supuestos previos ya se den en la actualidad. La Administración no ha presentado la facturación intercentros de los tres Hospitales de gestión privada que ya están funcionando. Toda esta información es opaca o desconocida para la propia Administración.

4.- Excluyendo en el contrato ciertas prestaciones de la cápita y de la obligatoriedad de reembolso (por ejemplo, en el Hospital Infanta Sofía del Norte a las más de 20 especialidades médicas y quirúrgicas de las que éste no dispone) como ya se hizo en Alzira que excluyó la farmacia, la oxigenoterapia, el transporte y prótesis. Ese gasto sería entonces cubierto por la Administración que pagaría a la empresa concesionaria 441 Eur/hab al año por gestionar solo parte de la salud de su población protegida. El resto de los gastos de asistencia sanitaria especializada de esa población seguiría pagándolos la Administración pública.

5.- La empresa concesionaria aceptaría un contrato con un precio a la baja temerario que cubriría un coste asistencial muy inferior al coste real para obtener la concesión; y después solicitar una modificación a la Administración más acorde al coste real, bajo la amenaza de quiebra y rescate. O simplemente quebraría y tendría que ser rescatada con dinero público para luego entregarlo de nuevo a las mismas empresas concesionarias, como de hecho pasó con la primera fase del Hospital de Alzira.



Segunda Parte: Motivos de Inconstitucionalidad

IV. VULNERACIÓN DEL ART. 88 CE

El art. 88 CE dispone que *“Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”*. Con una redacción casi idéntica, el art. 140.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid dispone: *“Los proyectos de ley remitidos por el Consejo de Gobierno se presentarán de forma articulada e irán acompañados de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos y precedidos de una exposición de motivos”*.

El Dictamen 128/2012, de 7 de marzo de 2012, emitido por el Pleno del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid determina que *“el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general se encuentra regulado en el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno. Dado que en la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, no se establece ninguna previsión al respecto, el derecho estatal tendrá carácter supletorio, como resulta del art. 33 del Estatuto de Autonomía en cuya virtud; <<(…) en todo caso, el derecho estatal tiene carácter supletorio del derecho propio de Madrid>>., así como de la disposición final segunda de la citada Ley 1/1983, según la cual << Para lo no previsto en esta Ley serán de aplicación las disposiciones legales del Estado en la materia, equiparándose los órganos por analogía de sus funciones>>”*.

El art. 22.2 de la Ley del Gobierno dispone: *“El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica”*.

Para desarrollar la previsión contenida en el art. anterior se ha dictado el Real Decreto 1083/2009, por el que se regula la Memoria del análisis de impacto normativo. Interesa destacar de su Preámbulo las siguientes manifestaciones: *“La mejora de la ca-*

lidad de las normas se ha constituido en una prioridad para el conjunto de los países de nuestro entorno a lo largo de los últimos años, debido entre otros factores, al papel que los ordenamientos jurídicos juegan como motor del desarrollo sostenible, la competitividad y la creación de empleo, e independientemente del fin último que debe cumplir toda norma, que no es otro que el de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos como destinatarios finales de la misma.

(...) La finalidad última de la Memoria del análisis de impacto normativo será garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, resulta imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias”.

Entendemos que el art. 88 CE impone obligaciones de hacer tanto al Consejo de Gobierno como a la Asamblea de Madrid y que, en virtud del art. 9.1 (sujeción de los poderes públicos a la Constitución) y .3 (principios de publicidad de las normas y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) deben cumplirlas, so pena de que la Ley aprobada sin cumplir tales obligaciones de hacer incurra en inconstitucionalidad. Este precepto debe ser cumplido y exigirse su cumplimiento por la excepcional importancia democrática que tiene: tanto los parlamentarios, que deberán participar en la tramitación y, en su caso, aprobación del proyecto; como, sobre todo los ciudadanos, que deberán cumplir la ley, tienen pleno derecho a conocer las razones y motivos por los que sus representantes han entendido necesario imponer esa ley.

En el caso que nos ocupa, los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012 adoptan una decisión de extraordinaria gravedad para los ámbitos de la Seguridad Social, de la Sanidad y de las Finanzas de la Comunidad de Madrid, con todo lo que implica respecto de los derechos de los ciudadanos: habilitar al SERMAS para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en seis Hospitales y veintisiete Centros de Salud. Tanto las brevísimas y apodícticas manifestaciones del Plan de Sostenibilidad como el contenido los Informes remitidos a la Asamblea junto con el proyecto de ley no cumplen bajo ningún concepto la función de aportar los antecedentes necesarios para comprender el contenido de estas normas.

Según hemos explicado en los epígrafes III.3. y 4. tales contratos suponen un auténtico experimento en el entorno de la gestión de los Servicios Nacionales de Salud, y las cifras de los costes en que se valoran las prestaciones de los contratos carecen de cualquier fundamento contrastable. Además, estos Contratos se desarrollarían en el seno del Servicio Madrileño de Salud, respecto del cual no consta: a) que disponga de un

Plan de Salud; b) cuál es el fundamento y alcance de los supuestos Planes de Infraestructuras Sanitarias 2004-2007 y 2007-2011, que no son públicos; c) las funciones de vigilancia, seguimiento y control de la ejecución de estos contratos se realizarían por una Unidad Técnica de Control de los servicios de explotación, creada por una Orden 2073/2007, del Consejero de Sanidad que ni siquiera ha sido publicada en Boletín Oficial alguno...

Estas disposiciones normativas han sido remitidas a la Asamblea de Madrid y han sido aprobadas, por tanto, sin ir acompañadas de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre las mismas y para que puedan aplicarse con una mínima seguridad jurídica. Cuando se permite al Gobierno y al legislador actuar de tal forma, se está ofreciendo el mejor caldo de cultivo para que el procedimiento de elaboración de las leyes sea un oscuro proceso, donde el interés de muy pocos puede imponerse al de la mayoría, o donde medidas improvisadas para salir del paso de cara a la galería quedan escondidas como auténticas bombas de relojería, que más tarde estallarán produciendo efectos devastadores.

Debe tenerse en cuenta que si los antecedentes necesarios para comprender el contenido de un proyecto de ley no se aportan -y con la debida publicidad: como suele decirse, con "luz y taquígrafos"- o su contenido no resulta suficiente y solvente, el Gobierno no está presentando las pruebas o elementos de juicio para valorar lo que en el proyecto se dice; y, entonces, la Asamblea discute las reformas -y los ciudadanos asisten a la discusión- con un conocimiento muy pobre de la realidad sobre la que actúa. Por ello, la Constitución introdujo, entre otros preceptos dirigidos a hacer más transparente el ejercicio del poder, la obligación de acompañar los proyectos no sólo con la "exposición de motivos", sino también con los "antecedentes" o pruebas de lo que en ellos se dice.

De esta forma la Constitución ha reconocido que el debate parlamentario sobre el proyecto y su seguimiento por la opinión pública debe ser, en primer lugar, un debate sobre los presupuestos de la ley: la justificación de su necesidad; la valoración de las alternativas existentes y de la fórmula elegida, a lo que ayudan los estudios, informes o dictámenes emitidos durante la elaboración del proyecto; el análisis sobre la viabilidad de la norma, es decir, sobre la posibilidad real de aplicarla en la práctica por la organización administrativa, por los destinatarios que deben cumplirla y por los tribunales; el estudio del equilibrio entre los costes que impondrá la norma y su adecuación respecto de la utilidad o beneficios que de ella se espera; la valoración sobre la aceptación de la norma por la Administración que ha de aplicarla y los ciudadanos que han de cumplirla; aceptación que evidentemente no es necesaria, pero que en un Estado democrático aconseja extremar la justificación y explicación de las obligaciones que se imponen.

Así ha venido a reconocerlo el Real Decreto 1083/2009; incidiendo además sobre otro aspecto trascendental: la aportación de los antecedentes no tiene sólo por finali-

dad ilustrar a los diputados para que puedan decidir “con conocimiento de causa” y no arbitrariamente según las imposiciones de sus grupos parlamentarios; el fin último que debe cumplir toda norma, y por lo tanto el conjunto de antecedentes y elementos de juicio necesarios para comprenderla, no es otro que garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos que son los destinatarios finales de la misma, y los que ven afectados sus derechos y libertades en función de cuál sea el contenido y alcance de la norma.

Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional no ha tenido que pronunciarse directa y primordialmente sobre la constitucionalidad de una ley por vulneración del art. 88 de la Constitución. En su Sentencia 108/1986, hace casi treinta años, abordó la cuestión; pero de un modo tangencial. En la actualidad, sin embargo, cualquiera de los Manuales más elementales de Economía Política expone con claridad el problema de “los fallos del gobierno” y no hace falta ir muy lejos para comprobar los efectos devastadores que pueden producir. Hora es, por tanto, de que surja una ocasión tan clara como la que nos ocupa para poner en valor esta exigencia esencial de nuestro sistema democrático.

V. VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL CONTENIDA EN EL ART. 41 CE, DE LOS DERECHOS QUE SE DERIVAN DE LA MISMA PARA LOS CIUDADANOS, Y DEL ART. 149.1.17 CE

El art. 41 CE dispone que *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”*.

El art. 149.1.17^a dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la materia: *“Legislación básica y régimen económico de la Seguridad social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”*.

En determinados ocasiones, parece que en algunas interpretaciones jurídicas se han diagnosticado al Estado un proceso de esquizofrenia, manifestado por la disociación específica de sus funciones en materia de Seguridad Social y Sanidad Pública. Pero tal disociación nunca se ha producido en nuestro Derecho positivo. La función esencial del Estado en materia de seguridad social, como acabamos de exponer, es mantener un régimen público para todos los ciudadanos que les asegure la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. La función esencial, como su propio nombre indica, es la seguridad que da el aseguramiento frente a situaciones de necesidad. Éste es el fundamento del Estado Social y ésta es la gran diferencia entre Europa y Estados Unidos en sus relaciones gobierno-sociedad. Como vimos, la Ley General de la Seguridad Social define los elementos subjetivos y objetivos imprescindibles del aseguramiento: quién ostenta la titularidad del derecho a las prestaciones y cuál es el alcance de las mismas. En el caso, de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social, es su pres-

tación lo que se articula mediante el Sistema Nacional de Salud, tal y como queda regulado por sus Leyes básicas estatales y por las Leyes autonómicas de desarrollo¹⁸.

Queremos insistir en este punto porque nos parece esencial: si se pretendiera desvincular la sanidad pública del art. 41 CE para vincularla exclusivamente al art. 43 CE, se incurriría en una insalvable contradicción constitucional porque, entonces, la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social ya no tendría las garantías constitucionales que le presta el art. 41 CE: su régimen público y su carácter universal; cayendo en el limbo de garantías jurídicas del art. 43 CE (*se reconoce el derecho a la protección de la salud*: pero ¿quién es el obligado a proteger este derecho y con qué alcance?). Al mismo tiempo, precisamente la Asistencia Sanitaria ante las correspondientes situaciones de necesidad ya no tendría que ser una prestación de los poderes públicos. Semejante pretensión de desvincular la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social del art. 41 CE vulneraría de manera evidente el contenido esencial de la garantía institucional contenida en este precepto constitucional. Y, lógicamente, este esquema se proyecta sobre la distribución de competencias del art. 149 CE: la materia Seguridad Social, y con ella la sanidad pública que es uno de sus elementos esenciales, se atribuye al Estado por la cláusula 17^a; mientras que la sanidad en general se atribuye al Estado por la cláusula 16^a.

Interesa destacar que la jurisprudencia constitucional ha atribuido dos características esenciales al régimen de la Seguridad Social.

En primer lugar, su garantía institucional: *“La garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema”* (STC 37/1994).

En segundo lugar, la naturaleza de su régimen se define legal y no contractualmente y sus prestaciones no tienen carácter “contributivo”: *“Es necesario tener en cuenta la configuración del sistema de Seguridad Social, y la naturaleza de sus prestaciones. A este respecto hay que recordar que, como ya se ha señalado este Tribunal -STC 103/1983, de 22 de noviembre-, la Seguridad Social se ha convertido en una función del Estado (fundamento jurídico 3.º). Efectivamente, el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Se-*

¹⁸ Resulta especialmente significativo el título de la Ley 6/2008, de Aseguramiento Sanitario del Sistema Sanitario público de la Comunitat Valenciana, que manifiesta en su Preámbulo: *“...la asistencia sanitaria no contributiva y universal, a tenor de lo establecido en el artículo 86.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, e integrada en el citado Sistema Nacional de Salud, sigue estando desarrollada por la normativa de la Seguridad Social”*. Si nos remontamos veinte años atrás, encontramos la misma vinculación en el Real Decreto 1088/1989, por el que se establece la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes (cfr. la cita de su texto supra II.3.)

guridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias (fundamento jurídico 4.º). Si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad -que habrán de ser precisadas en cada caso- implica que las prestaciones de la Seguridad Social, y entre ellas las pensiones de jubilación, no se presenten ya -y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas- como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual. El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que este se constituye como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca” (STC 65/1987).

Así pues, como decíamos, la función esencial del Estado respecto de la Seguridad Social es *mantener un régimen público de aseguramiento*: en el caso que nos ocupa, de su asistencia sanitaria (art. 41 CE). Y *el régimen económico de este aseguramiento es competencia exclusiva del Estado* (art. 149.1.17ª CE).

Seguidamente argumentamos la vulneración de los preceptos constitucionales citados, con fundamento en que los Contratos de Concesión del Servicio de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social introducen en la Comunidad de Madrid un doble régimen económico en el aseguramiento¹⁹ de la prestación: 1) en las zonas con concesión el régimen económico ya es, y lo será para los centros previstos, *un régimen económico contractual*: con pagos capitativos al concesionario prestador de los servicios, acordado contractualmente, que la Administración debe respetar; 2) en las zonas de gestión directa, *el régimen económico es presupuestario*: no hay recursos económicos prefijados para prestar los servicios porque el Gobierno es libre de fijar las correspondientes partidas presupuestarias.

La dualidad de regímenes económicos en el aseguramiento genera las siguientes dinámicas.

La habilitación legal para la concesión del servicio de asistencia sanitaria especializada a los hospitales concesionados (en la actualidad Valdemoro, Torrejón y Móstoles Rey J. Carlos) se articula contractualmente para toda la población delimitada terri-

¹⁹ De acuerdo con el art. 12 de la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid Ley de Ordenación, la primera función que corresponde a la Consejería de Sanidad es *el desarrollo de la función de aseguramiento*.

torialmente por los términos municipales incluidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la concesión; la atención especializada de toda esta población es concesionada en régimen de monopolio territorial a la compañía concesionaria. El precio se define por una “prima” per cápita persona/año a satisfacer por la Administración en concepto de “prestación de la Asistencia Sanitaria” (en el caso del Hospital de Torrejón, por ejemplo, 428,35 euros, más 143,15 euros, por los conceptos ya explicados) y para una “población protegida”²⁰ también definida (en el caso de Torrejón 133.144 habitantes).

Por la Ley 6/2009, de 16 de noviembre, “de Libertad de Elección en la Sanidad de la Comunidad de Madrid” el Sistema Sanitario Público de Madrid ha quedado organizado en un Área de Salud Única integrada por el conjunto del territorio de la región. El Decreto 52/2010, de 29 de julio, “por el que se establecen las estructuras básicas sanitarias y directivas de Atención Primaria del Área Única de Salud de la Comunidad de Madrid”, incorpora un ANEXO con la Relación de Zonas Básicas de Salud, según municipios y zonas censales.

Así pues, la organización del sistema sanitario se basa en un sistema sectorizado por Zonas Básicas de Salud, a cada una de las cuales les corresponde un Centro de Salud y un hospital de referencia. Todos los hospitales de la red pública, tanto los gestionados directamente como los concesionados a entidades privadas, tienen asignada una población de referencia que, en el caso de los territorios con atención especializada concesionada de financiación capitativa, determina la cuantía de la financiación de la concesión.

No obstante, el Decreto 51/2010, de 29 de julio, “por el que se regula el ejercicio de la libertad de elección de médico de familia, pediatra y enfermero en Atención Primaria, y de hospital y médico en Atención Especializada en el Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid” permite a los ciudadanos elegir profesionales de atención primaria fuera de su Zona Básica de Salud y recibir atención especializada en un hospital distinto al de referencia que les corresponde. Sin embargo, es importante señalar que *esta libertad de elección de hospital está limitada a procesos médicos concretos, no siendo posible cambiar el hospital de referencia que les corresponde por su domicilio*; lo que implica que a los ciudadanos de los territorios cuya atención especializada ha sido concesionada se les fuerza, sin posibilidad alguna de elección, a que una parte muy importante de su aseguramiento sanitario público (atención especializada) sea gestionada por la compañía concesionaria, sin opción a llevarse “su cápita” al hospital de referencia de su elección.

En los territorios de gestión sanitaria directa por el SERMAS con *régimen económico presupuestario*, si un hospital carece de los medios o de las especialidades mé-

²⁰ Resulta evidente la terminología propia del contrato de seguro.

dicas necesarias para tratar un paciente, existe una jerarquía de hospitales de segundo nivel, con más especialidades o recursos, a los que el paciente es remitido. La financiación de los hospitales con gestión directa se realiza por el sistema de ‘presupuesto global’ y se determina en los Presupuestos como un Programa, vinculado con un Contrato de Gestión entre la dirección del hospital y la del SERMAS, en el cual detallan los objetivos de actividad y calidad para el año. El sistema de referencia de pacientes en este ámbito es básicamente *cooperativo*, ya que exige la colaboración entre hospitales de menor complejidad y otros de mayor nivel; y entre hospitales de agudos y crónicos. No existen en principio impedimentos, ni tampoco incentivos, para tratar pacientes de otras áreas de referencia hospitalaria, ni de otras autonomías, lo que fomenta el intercambio de pacientes entre áreas como si existiera efectivamente un Área Sanitaria Única en este ámbito.

Por el contrario, en los hospitales de los territorios de gestión indirecta de la atención especializada, por concesión administrativa y financiación contractual capitativa, se genera un sistema *competitivo*: si un paciente de su zona es atendido en otro hospital deberá abonar a la Administración sanitaria el pago establecido (salvo que derive al paciente a un hospital de su mismo grupo empresarial); y si el hospital concesionario atiende a un paciente ubicado fuera de su zona, percibirá el correspondiente pago. Luego en este sistema *competitivo* sí se generan incentivos para tratar o no a los pacientes en función del coste del tratamiento y en función de que sean ajenos o propios (se gana más o se gana lo mismo).

Se crea así un sistema de *apartheid sanitario*²¹ derivado del régimen económico del aseguramiento, en el que se ven atrapados los ciudadanos de los territorios con atención especializada concesionada, negando en la práctica el concepto de Área Sanitaria Única proclamado por la Ley autonómica 6/2009 .

Continuando con la dinámica que genera la concesión del servicio por zonas determinadas, los contratos de gestión privada de los hospitales de Valdemoro y Torrejón, por ejemplo, actualizan el importe total de su retribución según el IPC y un factor de corrección. En el caso de Valdemoro, el IPC+2 y en el caso de Torrejón el 85% del IPC. Esto implica que, indefectible e independientemente de cuál sea la situación económica de las arcas públicas, el contrato obliga a la Comunidad a aumentar la asignación de recursos de forma anual. Por el contrario, en los hospitales de gestión directa pública, su presupuesto anual dependerá de lo que decida el Presupuesto anual de la Comunidad de Madrid: así, en el año en curso se producen reducciones en torno a un 10-15% del presupuesto en los hospitales de gestión pública, mientras en los hospitales de gestión pri-

²¹ Adoptamos el término de los estudios sobre regulación económica: en determinados modelos de regulación de la prestación de servicios de telecomunicaciones o de energía se reconocía o negaba libertad de elección de suministrador a los usuarios en función de sus zonas de residencia o en función de sus volúmenes o tipos de consumo. Las experiencias de este tipo de regulación no han resultado positivas.

vada con contrato de concesión se producen aumentos de presupuestos de un 3 a un 5% o más. Esto implica diferencias de financiación entre un 13 y un 18% de los de gestión privada a costa fundamentalmente de los de gestión pública.

De privatizarse la gestión de los seis hospitales y los veintisiete centros de salud, una población de 1.150.000 habitantes pasaría a encontrarse con su aseguramiento de atención especializada (hospitales) gestionado por empresas privadas comerciales, es decir, un 20% de la población de Madrid. Si en todos estos centros, un 25% de los hospitales de Madrid, se produce por contrato un aumento de los presupuestos y de la cápita anual, esto implicaría, especialmente en estos años de crisis, una reducción mucho mayor de los presupuestos de los hospitales de gestión directa pública. En definitiva, en pocos años conllevaría una auténtica descapitalización de los hospitales de gestión pública y una disminución muy notable de los recursos económicos asignados a los mismos...

Volviendo al modelo de financiación contractual capítativa, también debemos analizar el impacto sobre los costes operativos que provoca. Al financiar de esta forma, como venimos exponiendo, es imprescindible establecer las implicaciones financieras de que un paciente de un hospital de referencia sea atendido en otro y viceversa: en estos casos *“el dinero sigue al paciente”* y se factura a unos precios que publica el Gobierno como precios oficiales medios de los distintos actos y procedimientos. Cuando el hospital que recibe al paciente es de una concesión administrativa privada se aplica una bonificación del 20% de descuento (es decir, que sólo se le paga el 80% de estos precios oficiales); por el contrario, si un paciente del territorio concesionado es atendido en un centro hospitalario distinto al suyo, la empresa concesionaria debe abonar el 100% del precio (como incentivo a no enviar pacientes fuera).

Esta aparente asimetría a favor del sector público encubre, sin embargo, un sistema de pago profundamente ineficiente y contrario al interés financiero del servicio público, como explicamos a continuación. Si el cálculo de la cápita se realiza a costes medios, el presupuesto del hospital privado se establece para cubrir tanto los costes fijos (los que no dependen del número de pacientes), como los costes variables (que aumentan de forma proporcional con cada paciente atendido). En los hospitales la proporción de los gastos variables es muy pequeña (20-30%), ya que la especificidad de los activos (personal, tecnología, instalaciones...) y la interdependencia de los servicios (cirugía, anestesia, diagnóstico, intensivos, etc.) obliga a tener el grueso de gastos comprometidos antes de que entre en el hospital el primer paciente para ser atendido.

Si el hospital privado tiene cubierto por su contrato principal capítativo sus costes fijos (como no puede ser de otra forma, pues si no sería insensato abrir sus puertas), puede recibir una serie de pacientes adicionales sin tener que modificar dichos costes fijos. Estos pacientes complementarios (adicionales) que puede atender (¿20%?, dependiendo de la capacidad instalada del centro) sólo van a costarle al hospital privado los

gastos variables (coste marginal/adicional), ya que los factores fijos de producción ya van financiados por el contrato principal.

Supongamos que el hospital privado recibe una paciente embarazada y atiende un parto normal. El precio regional puede ser de 2.000 €; y según las reglas, facturaría (o compensaría al final de año) el 80% (1.600€). Estos serían los ingresos del Hospital privado. Supongamos que sus gastos sean los costes variables (30%): 600 € sería el coste marginal (mayor gasto por un parto adicional atendido en el Hospital privado). El balance es claro; la diferencia entre lo que factura (1.600 €) y lo que gasta (600 €), da un saldo de sobre-beneficio de 1.000 €.

Este beneficio incentiva una práctica de dudosa racionalidad, pues el hospital de gestión privada pasa a tener un altísimo interés en atraer activamente a procedimientos sencillos y de costes variables bajos, susceptibles de hacer marketing por variables hoteleras o para-clínicas. Y también incita a crear sobre-capacidad instalada en los hospitales, para luego expandirse con estos procedimientos, procesos y pacientes tan rentables (¿será por eso que los proyectos arquitectónicos han desarrollado amplias zonas de expansión construidas pero no ocupadas?).

Ahora bien, el problema es bastante más grave por dos razones. La primera: porque el hospital público al que correspondería prestar la atención, pierde un paciente para el que tenía dotación en sus costes fijos; y como no puede evitar dichos costes, pues para ellos ha sido diseñado y dimensionado, el resultado es que quedan inactivos una serie de recursos materiales, tecnológicos y humanos (salvo que se reasignen a otras acciones); sólo se ahorra el coste variable de estos pacientes. Por lo tanto, para el erario público, el equilibrio que se alcanza implica que ha de subsidiar al hospital privado incurriendo en un déficit de sus previsiones presupuestarias que equivale a lo que no se puede dejar de financiar en el hospital público (por ser costes fijos). En el caso del parto atendido en el hospital privado, implica que al menos 1.600 € se anoten en como ingreso del mismo y como gasto del Servicio Regional de Salud.

La segunda razón ya nos resulta familiar: con mucha frecuencia, la facturación de los hospitales públicos al hospital privado -por tratamientos muchísimo más costosos que el parto- no se hace; o, si se hace, no es con la diligencia ni con el coste real que correspondería. Lo primero es indemostrable, ya que la propia inexistencia de bases de datos operativas lo impide o el ocultamiento de información de las propias Consejerías de Salud no permite saberlo. Además, al igual que ocurre con la facturación a seguros o a turistas extranjeros, lo habitual es que el hospital público no se beneficie directamente de estos cobros, sino la tesorería autonómica. Al correr con el coste de formalizar la facturación, pero no con los beneficios de la misma, es muy frecuente que los procedimientos administrativos sean lentos e incompletos. Por otra parte, si los pacientes derivados por los hospitales privados tienen una complejidad mayor que la media (comorbilidad, complicaciones, deterioro social y cognitivo, y otros predictores clínicos de peor

evolución), los costes van a ser muy superiores a los precios medios por proceso. De esta forma, puede darse fácilmente un desplazamiento injusto de costes de los hospitales privados a los públicos, sin que existan mecanismos claros y eficaces de control de esta desviación.

La suma de ambos fenómenos daría la siguiente dinámica de especialización: los hospitales privados se especializan en retener y atraer procesos y pacientes sencillos, y a derivar otros complejos, costosos y con alta ocupación de camas. En este equilibrio sus cuentas ofrecerán beneficios extraordinarios e injustos, pues substituyen pacientes caros que bloquearían las camas y recursos, por otros más ligeros a los cuales se les puede facturar a precios medios, a la vez que se amplía la capacidad asistencial para pacientes que sólo gastan los costes variables asociados a su atención.

En conclusión, el establecimiento de este tipo de concesiones administrativas de la atención especializada de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social/SNS genera un *modelo económico dual de aseguramiento de la prestación: contractual y presupuestario*; que, además, desencadena dinámicas económicas, financieras y de asistencia sanitaria ineficientes; y que comportan desigualdades injustas entre los ciudadanos de una misma Comunidad vulnerando el principio de igualdad (art. 14 CE).

La vulneración del artículo 41 CE, en cuanto a la garantía institucional, resulta evidente porque el aseguramiento de una parte de la población deja de ser público, al concederse capitativamente a un particular; que ya ajustará los riesgos en función de su propia estrategia empresarial. La vulneración del artículo 41 CE, en cuanto a los derechos que reconoce a todos los ciudadanos, también resulta evidente: frente a la confianza legítima que los ciudadanos han depositado en el aseguramiento público de la Seguridad Social/SNS pueden encontrarse, en función de su zona de residencia, con que la gestión económica de una parte muy importante de su aseguramiento sanitario lo está realizando una empresa concesionaria, con una financiación cuyos incentivos plantean un evidente conflicto de interés de imposible control público.

Finalmente, la vulneración del art. 149.1.17^a CE tampoco parece discutible porque la Comunidad de Madrid carece de competencias para alterar el régimen público de aseguramiento sanitario del SNS estableciendo uno propio. La prueba de que estamos hablando del “régimen económico” del aseguramiento, como hemos visto, es que la empresa concesionaria es retribuida no en base a la actividad sanitaria del hospital y centros sanitarios que gestiona, si no por una ‘cuota’ por habitante del territorio concesionado –la cápita- cuya suma puede visualizarse como una autentica ‘caja’ de seguro cuya gestión económica se atribuye a la empresa concesionada. La diferente manera en que las “primas per cápita” impactan sobre el presupuesto sanitario público de gestión directa e indirecta es también prueba de que está implicado en estos contratos el ‘régimen económico’ del aseguramiento.

Es importante insistir en que esta fórmula de concesión administrativa genera una situación en la que la Administración pública sanitaria contrata externamente una de sus funciones irrenunciables por formar parte del régimen público de Seguridad Social: el aseguramiento, más en concreto, su gestión económica para poblaciones sanitariamente cautivas en los territorios concesionados.

Tampoco estamos hablando ahora del régimen económico de la asistencia sanitaria: una vez que se transmite al concesionario el aseguramiento de la asistencia sanitaria de una población, el régimen económico de la asistencia sanitaria que preste o deje de prestar se convierte en una cuestión que ya le resulta interna y propia de su gestión empresarial.

Todo lo anterior se ve reforzado por el hecho de que ni la norma recurrida, ni los contratos actualmente en vigor, dotan de mecanismos a la Comunidad de Madrid para detectar y en su caso corregir cualquier efecto negativo que del modelo concesional anteriormente descrito pudiera derivarse, perdiéndose con ello una de las características más importantes de la tutela pública:

- Ausencia de mecanismos eficaces para contrarrestar los incentivos económicos empresariales en conflicto de interés potencial con las obligaciones sanitarias que asume el concesionario;
- Ausencia, tanto normativa como práctica, de mecanismos de tutela pública para los derechos sanitarios de ciudadanos y pacientes del territorio concesionado.
 - Los hospitales concesionados no disponen de un Contrato Programa o Contrato de Gestión, como tienen los de gestión directa, en los que se especifique los servicios a prestar y estándares de calidad.
 - La Administración sanitaria no cuente en estos hospitales con representante alguno ante el cual los ciudadanos y pacientes puedan presentar reclamaciones.

VI. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD (ART. 43 CE) Y DE LA REGULACIÓN BÁSICA ESTATAL SOBRE SANIDAD PÚBLICA (ART. 149. 1. 16ª CE)

El art. 43 CE *“reconoce el derecho a la protección de la salud”* y el art. 149.1.16ª atribuye como competencia exclusiva al Estado las *“bases y coordinación general de la sanidad”*.

Si, como acabamos de ver, la concreta modalidad de las concesiones para la gestión de la atención especializada de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social incluye la transmisión al concesionario de esta parte del *aseguramiento* de la asistencia a los núcleos de población definidos, configurando un modelo de *apartheid sanitario*; esto lógicamente conlleva la prolongación del *apartheid* a la *provisión y prestación* de la asistencia sanitaria, vulnerando las características esenciales del Sistema Nacional de Salud, que anteriormente expusimos en el epígrafe II. 4: tanto las características del derecho a la salud (universalidad, igualdad efectiva o equidad, accesibilidad y libertad de elección); como el carácter integral del Sistema (financiación pública común, reglas básicas comunes, organización de los servicios bajo una concepción integral del Sistema sanitario). Según vimos, estas características están definidas por disposiciones de las Leyes General de Sanidad y de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud que constituyen normas básicas estatales en materia de sanidad; y que, por lo tanto, la Comunidad de Madrid no puede vulnerar.

La STC 98/2004 incide en que la regulación básica es *garantía de una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud* (FJ 7). Por su parte, la STC 136/2012 insiste en que las normas básicas constituyen *un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia* (FJ 5).

Las consideraciones expuestas en el epígrafe anterior, sobre las restricciones de acceso *en condiciones de igualdad* a los servicios de salud a los ciudadanos que residen en las zonas concesionadas, resultan igualmente válidas para fundamentar las vulneraciones de las normas constitucionales del presente epígrafe. Del mismo modo, la diferencia operativa entre los hospitales que funcionan en el *modelo competitivo* y los que funcionan en el *modelo cooperativo* también rompe la concepción básica integral del sistema público de salud.

VII. VULNERACIÓN DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA SOBRE CONTRATOS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS (ART. 149. 1. 18ª CE), Y ESPECÍFICAMENTE DE LA RELATIVA A LA CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SANITARIAS (ART. 149. 1. 16ª CE)

El art. 149.1.18ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de *“legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”*. Esta legislación se contiene en el Real Decreto Legislativo 3/2011, que aprueba el Texto Refundido de la

Ley de Contratos del Sector Público (LCSP). Específicamente, tanto por el título anterior, como por la reserva de las “*bases y coordinación general de la sanidad*” (149.1.16ª CE), el art. 90 LGS constituye normativa básica respecto de la contratación de las Administraciones Públicas sanitarias.

Aunque la Ley 15/1997, que “habilita nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, no parece reunir las exigencias de orden formal y material que deben cumplir las normas básicas del Estado según la jurisprudencia constitucional (cfr. STC 136/2012, FJ 5), y toda vez que el Tribunal Supremo ha aceptado expresamente los contratos de concesión para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria del “modelo Alzira” (Sentencia de 20 de diciembre de 2005), no nos parece oportuno entrar a discutir la constitucionalidad de este tipo de concesión. Pero esto no impide, evidentemente, que tales contratos de concesión deban cumplir la normativa básica estatal.

Del análisis de la LCSP y del art. 90 LGS pueden deducirse los siguientes requisitos esenciales a cumplir por los contratos de concesión:

1. Las Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus competencias, deben fijar (regular) los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a las concesiones para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria. Las condiciones económicas deben establecerse en base a módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración (art. 90. 4 LGS).
2. La anterior regulación debe garantizar: a) que, con carácter previo a la contratación, la Administración tenga en cuenta la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios (art. 90.1 LGS); b) que el recurso a la concesión del servicio resulte necesario (art. 22.1 LCSP); c) que las concesiones aseguren, en conexión con el objeto de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de los servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer (art. 1 LCSP).
3. La Administración no podrá conceder a un tercero la prestación de la asistencia sanitaria cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los correspondientes planes de salud (art. 90.3 LGS).
4. La retribución del concesionario consistirá en un precio cierto (art. 87 LCSP).

Por los motivos que venimos exponiendo en el presente Informe, no parece que los arts. 62 y 63 de la Ley autonómica 8/2012 cumplan ninguno de los requisitos anteriores.

Primero, el art. 62 de la Ley entiende que basta la simple invocación de la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión, para que sea válida la habilitación al SERMAS para adjudicar la concesión de la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los seis Hospitales que cita. Sin embargo, es claro que el apartado 1 del Artículo Único de dicha Ley se entiende aplicable a los ‘medios pro-

pios' del 'ámbito del Sistema de Salud' y no a su gestión por medios indirectos-ajenos. Ello es así: (1) por traer causa esta Ley 15/1997 del anterior Real Decreto-Ley 10/1996 referido únicamente al ámbito del INSALUD –entonces gestionado por el Gobierno central, y de la consiguiente intención del Gobierno y del Legislador de ampliar las posibilidades de las 'nuevas formas de gestión' a todo el Sistema Nacional de Salud; (2) por haber desarrollado el Gobierno dicho apartado 1 de este Artículo Único en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, *sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud*, referido "entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho", condición que obviamente no tienen las empresas concesionarias; (3) Por estar dedicado el apartado 2 de dicho Artículo único a "*personas o entidades públicas o privadas*" precisando que "*en los términos previstos en la Ley General de Sanidad.*"

Segundo, el art. 62 indica que los contratos de concesión "*garantizarán los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios*". Ahora bien: ¿Cuáles son esos niveles adecuados si no se han establecido mediante una regulación previa, según exige el art. 90.4 LGS?

Tercero, ni el Plan de Sostenibilidad, ni la Memoria de análisis de impacto normativo de la Ley 8/2012 han tenido en cuenta la utilización óptima de los recursos sanitarios propios de la Comunidad de Madrid; ni han justificado que las concesiones sean necesarias, puesto que las supuestas reducciones de costes que permitirían las concesiones se basan en una exposición apodíctica de cifras carente de justificación alguna, según expusimos en el anterior epígrafe III.4.

Cuarto, por los motivos expuestos en el anterior epígrafe V. entendemos que el modelo de concesiones que pretende establecerse generaría un *apartheid sanitario*, cuyos efectos serían contrarios a los objetivos sanitarios, sociales y económicos de cualquier planificación racional de los servicios sanitarios públicos de la Comunidad de Madrid.

Quinto, no parece que los actuales sistemas de información del Servicio Madrileño de Salud dispongan de la capacidad y prestaciones suficientes para que garanticen la integridad (corrección, completitud, validez y precisión) de los datos requeridos para identificar la zona por concesionario de todos los ciudadanos que reciban prestaciones sanitarias y permitir efectuar la facturación intercentros, que debería estipularse en los contratos de concesión. De ser así, ésto significaría que aunque el precio de los servicios que deberían facturarse sí estuviera determinado, no se podría cumplir la preceptiva liquidación de los derechos y obligaciones contraídos recíprocamente entre los hospitales concesionados y los hospitales de gestión directa, por los servicios efectivamente prestados a los pacientes en función de a qué concesionaria correspondiera la tarjeta sanitaria del paciente. En el caso de que los actuales sistemas de información del Servicio Madrileño de Salud no dispongan de la capacidad y prestaciones suficientes para permitir efectuar la facturación intercentros, la Ley estaría habilitando para celebrar unos contratos en los que las partes podrían incurrir en una simulación relativa por co-

nocer de antemano la imposibilidad del cumplimiento de obligaciones esenciales. Y, en tal caso, no podría desconocerse que de esta eventual simulación podría derivarse un fraude para la Hacienda de la Comunidad de Madrid porque, es de suponer, que el saldo resultante de la liquidación de las facturaciones intercentros arrojaría un saldo acreedor para los hospitales de gestión directa y deudor para los hospitales concesionados.

VIII. VULNERACIÓN DE LA NORMA BÁSICA SOBRE EL CARÁCTER IRRENUNCIABLE DE LAS COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS (ART. 149.18ª CE)

De acuerdo con el art. 149.1.18ª CE corresponde al Estado establecer *las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*. Por bases se entienden las nociones materiales básicas de una determinada regulación. Tal es el caso del art. 12, sobre la Competencia, de la Ley 30/1992, que regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC): “*La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia*”.

De lo que acabamos de exponer en el epígrafe anterior se deduce que la Comunidad de Madrid no ha dictado la regulación previa de los contratos para la concesión del servicio de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, exigida por el art. 90 LGS. Esta regulación parece de todo punto imprescindible si tenemos en cuenta: 1º que la modalidad de concesión no se ha utilizado tradicionalmente en España para la gestión de servicios sociales como la asistencia sanitaria; 2º que tampoco se ha utilizado por ningún país con un sistema de sanidad pública semejante al nuestro, precisamente por la enorme complejidad y costes de información y transacción que conllevaría la definición de las prestaciones y la gestión de sus riesgos (asimetría de la información concesionario-paciente y concesionario-Administración, incentivos perversos para la selección de riesgos, etc.). Por ello señalamos en el epígrafe II.6 que la concesión proyectada por la Comunidad de Madrid constituye un auténtico experimento a nivel mundial.

En definitiva, lo que interesa destacar es que a falta de toda esta previa regulación y salvaguardias imprescindibles para la gestión indirecta de un servicio público, la Administración carecería de los mecanismos imprescindibles para ejercer los poderes de policía necesarios -vigilancia, inspección y control- para asegurar la buena marcha de los servicios (art. 279.2 LCSP); y renunciando así al ejercicio de una competencia irrenunciable.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

- . ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J. (2008), *The Role of Institutions in Growth and Development*. Banco Mundial, Washington D.C.
- . ARROW, K. (1963), “Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care”, *The American Economic Review* *LIII*, 5.
- . ALONSO OLEA, M. (1999), *Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud*, Ed. Civitas Madrid.
- . ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA (1995), *Instituciones de Seguridad Social*, Ed. Civitas Madrid.
- . BANCO MUNDIAL (2013), *Doing Business in Spain*. Washington D.C.
- . BARLOW, ROEHRIC y WRIGHT (2013), “Europe sees mixed results from Public-Private Partnerships for building and managing health care facilities and services”, *Health Affairs* *32*, 1.
- . BROWN y POTOSKY (2004), “Managing the Public Service Market”. *Public Administration* *64*,6.
- . DE LA CRUZ FERRER, J. (2002), *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid.
- . DE LA OLIVA, P. (2013), “La concesión de servicios médicos o el principio del fin de la equidad”, *Evidencias en Pediatría* *9*, 1.
- . DEFENSOR DEL PUEBLO (2013), *Informe Anual 2012*.
- . EISENBERG, L. (2000), “Asistencia sanitaria con ánimo de lucro y relación médico-paciente (¿Es el mercado compatible con la excelencia en medicina?). *Psiquiatría Pública* *12*, 1.
- . FERRIS y GRADY (1991), “Production Costs, Transaction Costs, and Local Government Contractor Choice”. *Economic Inquiry*, *29*.
- . FREIRE, J.-M. (2006), “El Sistema Nacional de Salud español en perspectiva comparada europea: diferencias, similitudes, retos y opciones”. *Revista Claridad* *2006*, 7.
- . FUERTES FERNÁNDEZ, A. (2011), *Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y su aplicación en el Derecho español: estudio de la vigente regulación contractual*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid.
- . GÓMEZ-IBÁÑEZ, J.A. (2003), *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts, and Discretion*. Harvard University Press.

- . GAY, J., PARIS, V., DEVAUX, M., DE LOOPER, M. (2011), “Mortality Amenable to Health Care in 31 OECD Countries: Estimates and Methodological Issues”. *OECD Health Working Papers* No. 55.
- . HART, SHLEIFER y VISHNY (1997), “The proper scope of Government: Theory and application to prisons”. *Quarterly Journal of Economics* 112, 4.
- . HOLMBERG, S. y ROTHSTEIN, B. (2011), “Dying of Corruption”, *Health Economics, Policy and Law* 2011/6.
- . JORDANA DE POZAS, L. (1950), *Los Seguros Sociales en España*. Instituto Nacional de Previsión.
- . (1954), *La Seguridad Social en el orden internacional*. Instituto Nacional de Previsión. Accesibles en la biblioteca virtual del INGESA.
- . KISH, R. y LIPTON, J. (2013), “Do private prisons really offer savings compared with their public counterparts?”. *Economic Affairs* 33,1.
- . McKEE, EDWARDS y ATUN (2006), “Public-private partnerships for hospitals”, *Bulletin of the World Health Organization*, 84.
- . MENÉNDEZ REXACH, A. (2008), “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”. *Revista de Administración Sanitaria* 2008/2.
- . MUÑOZ MACHADO, S. (1975), *La sanidad pública en España evolución histórica y situación actual*, IEA, Madrid.
- . (1995), *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Ed. Madrid.
- . NIETO GARRIDO, E. (2004), “La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido”. *Revista de Administración Pública*, 164.
- . NOLTE, E. y MCKEE, C. (2008), “Measuring the Health of Nations: Updating An Earlier Analysis”. *Health Affairs* 27/1.
- . NORTH, D. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press.
- . OCDE (2012), *Base de Datos sobre la Salud 2012. España en comparación*.
- . PAREJO, L., LOBO, F., VAQUER, M. Coords. (2001), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid.
- . PEMÁN GAVÍN, J. (2005), *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Ed. Comares, Granada.
- . THE NATIONAL ACADEMIES (2013), *U.S. Health in International Perspective: Shorter Lives, Poorer Health*, National Academies Press, Washington D.C.

. TOROLLO, J. (1999), “Aproximación a la eficacia de la asistencia sanitaria pública y su valoración”. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho Universidad Complutense.

. VAQUER CABALLERÍA, M. (1999), “Las nuevas formas de organización instrumental de la Administración sanitaria”, *Boletín Aranzadi Administrativo* 2/1999.

. VILLAR ROJAS, F.J. (2007), “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *Revista de Administración Pública* 172.

. WORLD ECONOMIC FORUM (2013), *The Global Competitiveness Report 2012-2013*.