



LÓPEZ RODÓ & CRUZ FERRER

ABOGADOS

SEGUNDO INFORME AFEM - LÓPEZ RODO & CRUZ FERRER¹

**INCONSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD
DE LOS PLIEGOS PARA LA CONTRATACIÓN DE LA CONCESIÓN
DEL SERVICIO PÚBLICO
DE ATENCIÓN SANITARIA ESPECIALIZADA CORRESPONDIENTE A
SEIS HOSPITALES POR LA COMUNIDAD DE MADRID**

Madrid, 27 de mayo de 2013

¹ Al igual que el Primer 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. Para descargar el primer informe

<http://www.asociacionfacultativos.com/images/comunicados/inconstitucional.pdf>

CONTENIDO

SÍNTESIS	4
I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME.....	5
<i>Primera Parte: Análisis y Calificación Jurídica</i>	7
<i>del Contenido del Contrato</i>	7
II. ¿QUÉ ES LA ASISTENCIA SANITARIA ESPECIALIZADA?	7
III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ATENCIÓN SANITARIA ESPECIALIZADA OBJETO DE LA CONCESIÓN.....	10
IV. 1. Los sujetos: las partes del contrato y los usuarios del servicio	12
IV. 2. Plazo	13
IV. 3. Definición del objeto.....	14
IV. 4. Aclaración del objeto del contrato: la forma de asunción de las prestaciones y las modalidades de cumplimiento de las obligaciones	14
IV. 5. Determinación del precio	16
IV. 6.- Régimen de pagos.....	18
V. EL CONTRATO NO PUEDE SER CALIFICADO COMO CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO	20
V. 1. La calificación jurídica de un contrato administrativo no puede ser una etiqueta arbitraria, debe responder a la real naturaleza de su objeto.....	20
V. 2. El Contrato no tiene las características esenciales de una concesión de servicio público	22
VI. LA CALIFICACIÓN COMO CONTRATO DE SEGURO DE SALUD.....	24
VI. 1. Existencia de los elementos típicos de un Contrato de	24
Seguro de Salud.....	24
VI. 2. Análisis de la causa del Contrato.....	26
VI. 3. Distinción entre el “riesgo” de una concesión administrativa de servicio público y el “riesgo” de un contrato de seguro.....	27
VI. 4. Inexistencia de las salvaguardias imprescindibles de un Contrato de Seguro de Salud.....	29
<i>Segunda Parte: Causas de Nulidad del Contrato</i>	30
VII. LA VULNERACIÓN FRONTAL POR EL CONTRATO DE LA LEY 15/1997, DE NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN, Y DE LA LEY DE MADRID 8/2012, QUE HABILITA LAS CONCESIONES.....	30

VII. 1. Vulneración de la Ley 15/1997, de nuevas formas de gestión de los Servicios de Salud, por la Ley de Madrid 8/2012.....	30
VII. 2. El Contrato se excede del ámbito de la habilitación que le otorga la Ley de Madrid 8/2012	31
VIII. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS (IGUALDAD EN EL ASEGURAMIENTO SOCIAL) Y DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LA CREACIÓN DE UN NUEVO RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	32
VIII. 1. Distinción entre seguro social y asistencia sanitaria	32
VIII. 2. El esquema constitucional de distribución de competencias.....	33
VIII. 3. La Comunidad de Madrid crea un Régimen Especial de la Seguridad Social mediante el Contrato que analizamos	35
VIII. 4. La dinámica de un sistema de diferentes Aseguradoras: hacia el apartheid y los guetos sanitarios	36
IX. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD (ART. 14 CE), A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD (ART. 43 CE) Y DE LA REGULACIÓN BÁSICA ESTATAL SOBRE SANIDAD PÚBLICA (ART. 149. 1. 16ª CE).....	42
X. 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)	43
X. 1. Una precisión importante: la distinción entre el concierto y la concesión de un servicio público.....	43
X. 2. Requisitos esenciales.....	44
<i>Tercera Parte: La Inviabilidad de un Proyecto sin Personas</i>	<i>46</i>
XI. CLAVES DE LA CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	46
XII. LA DISCRIMINACIÓN DEL PERSONAL ESTATUTARIO INTERINO CON PLAZA.....	46
XIII. EL CESE DE LAS ACTIVIDADES DOCENTES E INVESTIGADORAS TRAS EL CAMBIO DE LAS ENTIDADES RESPONSABLES DE LA GESTIÓN DE LOS HOSPITALES Y LA DESARTICULACIÓN DE LOS EQUIPOS HUMANOS.....	49
XIII. 1. Importancia y regulación básica de la docencia y la investigación en el Sistema Nacional de Salud.....	49
XIII. 2. El cese de las actividades docentes	51
XIII. 3. El cese de los proyectos de investigación	54

SÍNTESIS

El Contrato convocado por el SERMAS, para la concesión del servicio público de atención sanitaria especializada en seis hospitales universitarios, tiene por objeto que las concesionarias aseguren a la Administración que el coste de la asistencia a la población protegida por cada hospital, residente en los municipios que se le asignan, no supere el importe de las primas por cápita que cada mes les pagará la Administración; mientras que los servicios sanitarios se prestarán por los hospitales gestionados por el SERMAS, por hospitales de otros concesionarios o por hospitales gestionados por el grupo empresarial de la concesionaria. Este esquema contractual, que distingue entre el aseguramiento del coste y la prestación efectiva del servicio, implica que la Administración adelantará mensualmente a los concesionarios el pago de las primas por el coste total del servicio (incluidos unos 280 millones de euros anuales por los servicios de los hospitales del SERMAS); y que los concesionarios abonarán después por anualidades vencidas el precio de los servicios que cada hospital haya prestado a su población protegida.

La *prestación principal* del Contrato es el aseguramiento de unos costes y la *prestación secundaria y eventual* la prestación de servicios; por lo que el Contrato no puede ser calificado como concesión de servicio público: cabría incluso el supuesto hipotético de el hospital concesionado no prestara servicio alguno porque ningún paciente lo eligiera y esto no supondría que el concesionario incumpliera sus obligaciones. Por el contrario, el Contrato sí reúne todos los elementos típicos del contrato de seguro: un tomador (SERMAS), una aseguradora (concesionaria), unos asegurados (la “población protegida”), el pago de una prima como contraprestación por la cobertura del riesgo de que los costes de la asistencia sanitaria superen la cuantía deseada, y hasta la exclusión de la facturación por “preexistencias” de determinados pacientes que ya están siendo atendidos.

La licitación de un Contrato con estas características contiene infracciones significativas de nuestro ordenamiento jurídico: 1.- La Ley de Madrid 8/2012, que habilita al SERMAS para licitar la concesión del servicio en los hospitales, vulnera la exigencia de la Ley 15/1997 de que se establezca el régimen jurídico de las nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios; 2.- El contenido del Contrato supera ampliamente el ámbito de la habilitación que la Ley 8/2012 otorga al SERMAS para licitar las concesiones; 3.- El SERMAS otorga la concesión del aseguramiento de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social por lo que está creando un nuevo Régimen Especial de protección social, similar por ejemplo al de MUFACE; y establece un doble régimen económico del aseguramiento de la asistencia sanitaria –contractual para los concesionarios y presupuestario para el resto- vulnerando las competencias exclusivas del Estado del art. 149.1.17^a CE; 4.- La “población protegida” no dispone de libertad para cambiar su “hospital de referencia”, lo cual vulnera su derecho a la igualdad y la legislación básica sobre sanidad (art. 149.1.16^a CE); 5.- El Contrato no justifica su necesidad, idoneidad, ni régimen jurídico del servicio, vulnerando el art. 149.1.18^a CE; 6.- El Contrato discrimina al personal estatutario interino con plaza (art.14 CE) e incumple las obligaciones sobre docencia

e investigación en los hospitales, que impone la regulación básica estatal (149.1.16^a y 30^a CE).

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

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, expone el siguiente planteamiento:

“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 El presupuesto de Sanidad aprobado para 2013 es de 7.111,5 Mill.€ (Art. 2.0, Ley 7/201, BOCM núm. 310 29/12/2013); La Ley 4/2012 de 4 de julio de Ley de Modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012 recortó 221.181.292€ los presupuestos aprobados para 2012 por la Ley 7/2011 (7.172.5 Mill.€), con lo que el presupuesto finalmente aprobado para 2012 fue de 6.951,3 Mill.€. Es decir, que resulta necesaria una reducción de 535 millones de euros.

El primer medio que se considera 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 (San Sebastián de los Reyes), Infanta Cristina (Parla), Hospital del Henares (Coslada), Hospital del Sureste (Arganda del Rey) y Hospital del Tajo (Aranjuez), 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.

Estos son los únicos datos y elementos de juicio que aporta el Plan para justificar las medidas y sus apodícticas afirmaciones sobre los costes de los hospitales.

Para abordar este proceso, la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas adopta la siguiente disposición jurídica:

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.

En la semana del 14 de abril la Comunidad dio publicidad en su página web a los borradores del Pliego de Cláusulas Administrativas y del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato.

Mediante Resolución de 30 de abril de 2013, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad, se hace pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado: << Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, del Sureste y del Tajo>> (BOCM de 7 de mayo de 2013). El mismo día también se publicaron en la web los Pliegos del contrato.

El objeto del presente Informe consiste en analizar la conformidad a Derecho de las condiciones de la licitación que figuran en los Pliegos.

Primera Parte: Análisis y Calificación Jurídica del Contenido del Contrato

II. ¿QUÉ ES LA ASISTENCIA SANITARIA ESPECIALIZADA?

La asistencia sanitaria consiste en las actividades o procesos que ofrecen atención o información específica para intentar recuperar la salud del paciente o de una población determinada, o que intenta evitar la

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

pérdida de la salud mediante la prevención y que, en todo caso, buscan aliviar el dolor y brindar consuelo⁴.

Estas actividades o procesos, que llamamos asistencia sanitaria o servicios sanitarios, se realizan por profesionales sanitarios cualificados (médicos, enfermeras, auxiliares, etc.) en instituciones sanitarias autorizadas (consultorios, centros de salud, hospitales) que se organizan en redes asistenciales, con varios niveles de complejidad (según el tipo de servicios que presta cada una de ellas). Es decir, para poder hacer llegar la atención sanitaria a los pacientes o a la población, se necesita una organización sanitaria, un sistema sanitario más o menos complejo según el lugar y momento donde nos encontremos.

La Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social (A.S.S.S), base del actual Sistema Nacional de Salud, asegura el conjunto de prestaciones sanitarias de la cartera de Servicios establecida en el Real Decreto 1030/2006, está gestionada por las Comunidades Autónomas (CCAA), es financiada con fondos públicos y tiene unos niveles de prestaciones, calidad y resultados equiparable a los de los países más avanzados. Sus servicios consisten en una atención personal integral: diagnóstico, pronóstico, tratamiento, rehabilitación y, además, actividades dirigidas a la prevención de la enfermedad y a la promoción de la salud.

Las prestaciones sanitarias del SNS se agrupan en función de la red asistencial (nivel asistencial, subsistema asistencial) a través de la cual se facilitan los servicios a los pacientes. **Hay dos grandes grupos: atención primaria y atención especializada.** Además está la prestación farmacéutica y otras prestaciones complementarias.

La **Atención Primaria** es el primer nivel de atención y facilita el primer contacto del paciente con el sistema sanitario. La Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del SNS convierten a la atención primaria en la puerta de entrada al sistema sanitario, mediante la atribución de que actúe como gestor regulador de los procesos asistenciales. El profesional de referencia de la Atención Primaria es el médico especialista en Medicina Familiar y Comunitaria (MFyC) y en Pediatría de Atención Primaria, quienes, junto con el resto del Equipo de Atención Primaria (EAP) atienden a sus pacientes en Centros de Salud o Consultorios.

⁴ Seguimos a SANTOS GÓMES y LAMATA COTANDA, “Atención Sanitaria y Redes de Servicios”, en J.R. REPULLO y A. INIESTA (Eds), *Sistemas y Servicios Sanitarios*. Díaz de Santos 2006, págs.:1-57.

La **Atención Especializada** es el segundo nivel de atención. Ofrece una atención integral en las distintas especialidades médicas. Realiza un conjunto de actividades complejas tendentes a la recuperación o mejora de las capacidades y de la salud del paciente, o a la disminución del sufrimiento. También se puede decir que la atención especializada atiende un problema de salud de la persona referido a un órgano, sistema o función, con un enfoque parcial pero en profundidad. El centro de referencia de la atención especializada es el Hospital y los Centros de Especialidades dependientes del mismo

La Ley General de Sanidad define el Área Sanitaria como el ámbito territorial donde se ofrece atención especializada. Cada área sanitaria contará con un Hospital General de Área que deberá garantizar dicha atención. Según el tamaño y complejidad del hospital se incorporan más o menos especialidades. Por las características socio-económicas y de distribución geográfica en la Comunidad de Madrid, suele distinguirse entre:

- **Hospitales de Nivel 1:** suelen tener entre 200 y 400 camas y disponer de Medicina Interna, Obstetricia y Ginecología, Pediatría, Cirugía general y Traumatología, además de los "Servicios Centrales", Radiología, y Laboratorio; y seguramente rehabilitación. Según las necesidades y la complementariedad con otros hospitales próximos pueden desarrollar diferentes especialidades como Digestivo, Cardiología, Nefrología (Unidad de Diálisis), Psiquiatría, Reumatología, Endocrinología, etc.
- **Hospitales de Nivel 2:** concentran casi la totalidad de los servicios y prestaciones y desarrollan las llamadas superespecialidades: neurocirugía, cirugía cardíaca, unidades de trasplante de órganos, oncología médica, oncología radioterápica...

A pesar de lo que da a entender el enunciado de la RESOLUCIÓN de 30 de abril de 2013, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de Madrid, *'por la que se hace pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado: «Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios "Infanta Sofía", "Infanta Leonor", "Infanta Cristina", del Henares, del Sureste y del Tajo»* (BOCM Núm.107, 7 mayo de 2013) **el objeto de este Contrato es toda la atención sanitaria especializada y no sólo los servicios prestados por estos hospitales.**

III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ATENCIÓN SANITARIA ESPECIALIZADA OBJETO DE LA CONCESIÓN

La configuración del “servicio público de la atención sanitaria especializada”, objeto de la concesión, se fundamenta en el art. 41 de la Constitución (CE): *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.* Por eso, el art. 38.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) incluye dentro de la acción protectora del ámbito de la Seguridad Social *la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.*

Esta Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social se presta mediante los Servicios Autonómicos de Salud, que bajo la coordinación e inspección del Estado configuran el Sistema Nacional de Salud según establece la Ley General de Sanidad; respondiendo al art. 43 de la Constitución, que reconoce *el derecho a la protección de la salud y encomienda a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.*

Según la Constitución, el Estado tiene competencia exclusiva sobre *la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social y sobre las bases y coordinación general de la sanidad* (art. 149. 1. 17^a y 16^a CE). Esta regulación básica se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social de 1994, en la Ley 14/1986, General de Sanidad (LGS), y en la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCSNS).

Según el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid,

- *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 de las siguientes materias:...4. Sanidad e higiene.- 5. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social (Artículo 27).*
- *También corresponde a la Comunidad de Madrid la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: 1.1. Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en la materia 17.^a del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al*

cumplimiento de la función a que se refiere este precepto (Artículo 28).

Son rasgos esenciales del Sistema Nacional de Salud: *a) la prestación de los servicios a los usuarios en condiciones de igualdad efectiva y calidad, b) el aseguramiento universal y público por parte del Estado y c) la financiación pública del SNS, de acuerdo con el sistema de financiación autonómica (art. 2 LCSNS).*

La ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento de la asistencia sanitaria en todo el territorio nacional, y sin tener en cuenta la legislación europea en materia de aseguramiento y coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social, llevó al Real Decreto-ley 16/2012 a precisar este elemento esencial mediante la reforma de la LCSNS: de acuerdo con los supuestos previstos en la Ley (art. 3 LCSNS), el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social; y una vez reconocida la condición, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (art. 3.bis LCSNS).

Asimismo, la LCSNS establece los criterios para definir el Catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una asistencia integral, continuada y con el nivel adecuado de atención (art.7). En la actualidad, este catálogo de prestaciones se contiene en el Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud.

IV. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ATENCIÓN SANITARIA ESPECIALIZADA CONVOCADO POR LA COMUNIDAD DE MADRID

Según expusimos en los Antecedentes, mediante Resolución de 30 de abril de 2013, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad, se hace pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado: << Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, del Sureste y del Tajo>> (BOCM de 7 de mayo de 2013). El mismo día también se publicaron en la web los Pliegos del contrato.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) regulan la concesión de los servicios de los seis Hospitales, aunque dos se agrupan en un solo lote, por lo que los contratos a adjudicar serán cinco. No obstante, al ser los pliegos comunes y contener una misma regulación, en el presente Informe nos referiremos “al Contrato” porque lo que interesa analizar son sus características jurídicas.

IV. 1. Los sujetos: las partes del contrato y los usuarios del servicio

La Administración contratante es el Servicio Madrileño de Salud. Una vez adjudicado el contrato, le corresponderán los derechos y obligaciones estipulados; así como las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución previstas en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

La **Entidad Adjudicataria** que supere el proceso de selección debe reunir los requisitos de capacidad para contratar establecidos en la cláusula 26.- PCAP. Una de sus obligaciones será la constitución de una sociedad anónima con carácter previo a la formalización del contrato, que deberá cumplir los requisitos en cuanto a estructura y régimen de titularidad y transmisión de acciones establecidos en la cláusula 9.13.-. La sociedad de nueva creación será la **Sociedad Concesionaria**, titular de la concesión del servicio público con la que se formalizará el contrato de concesión, por lo que ostentará la condición de **contratista**.

Da la impresión de que el PCAP constantemente incurre en el error de confundir los derechos y obligaciones que, según nuestra legislación de Contratos del Sector Público, debe asumir bien la Entidad Adjudicataria o bien la Concesionaria; cuestión de gran trascendencia, al tratarse de dos personas jurídicas distintas, y condicionar quién y cómo debe cumplir el Contrato. De no subsanarse todos estos errores, el PCAP incurriría en causa de nulidad absoluta por la posición de incapacidad en que se situaría el contratista (art. 32 LCSP).

Los **usuarios del servicio** no son parte en el contrato, pero desempeñan un papel esencial tanto en la regulación del mismo, como en la dinámica de su ejecución. Porque **los usuarios son las personas que ostentan el derecho a demandar la prestación de la asistencia sanitaria especializada objeto del contrato**, de acuerdo con lo previsto en la Ley General de la Seguridad Social, en la Ley General de Sanidad y en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

En el contrato administrativo de gestión de un servicio público, el contratista no presta el servicio a la Administración: ésta encomienda al

concesionario que preste a los usuarios un servicio propio de la misma. Por eso se dice que la Administración gestiona el servicio público de forma indirecta.

La cláusula 2.1 PCAP define a los usuarios como **la población protegida**: *se entiende por población protegida el conjunto de personas que sean titulares de las Tarjetas Sanitarias Individuales emitidas por la Comunidad de Madrid en el ámbito territorial de la concesión, definido por los respectivos municipios que se asignan a cada uno de los Hospitales.*

El dato esencial a tener en cuenta es que, de acuerdo con las previsiones de la LCSNS y de la Ley 6/2009, de 16 de noviembre, de Libertad de Elección en la Sanidad de la Comunidad de Madrid, los usuarios del servicio disponen de libertad, siguiendo el procedimiento establecido, para elegir el hospital que les preste la atención sanitaria especializada en cada episodio de enfermedad; lo cual puede dar lugar a las siguientes situaciones:

- a. Que un usuario ubicado dentro de la población protegida por la concesión de un determinado hospital elija ser atendido por un hospital ubicado fuera de ese territorio. El hospital elegido deberá encontrarse dentro de la red asistencial pública del SERMAS, bien como hospital público de gestión directa, bien como hospital gestionado por otra concesión.
- b. Que un usuario ubicado fuera de la población protegida por una determinada concesión elija ser atendido por el hospital que gestiona el concesionario de esa zona.

Los Pliegos prevén que “*el dinero siga al paciente*” cuando éste sale fuera del territorio de su hospital de referencia para recibir atención especializada, dando con ello lugar a un sistema de facturación interhospitalaria (facturación-intercentros), que es uno de los elementos clave del Contrato que configuran los Pliegos.

IV. 2. Plazo

Según la cláusula 7.- PLAZO DE LA CONCESIÓN éste será de diez años desde el inicio de la prestación de la actividad asistencial.

IV. 3. Definición del objeto

Tanto las cláusulas 1.- FINALIDAD DE LOS PLIEGOS, como 2.- OBJETO DEL CONTRATO, disponen que *el objeto del contrato, que se ejecutará a riesgo y ventura de la Entidad adjudicataria⁵, consistirá en la prestación del servicio público de atención sanitaria especializada a la población protegida de los Municipios y Zonas Básicas de Salud correspondiente a los siguientes hospitales...* enumerando los mismos y los municipios que corresponden a cada uno.

¿Cuál es el contenido de esta asistencia? Según la misma cláusula 2.- *la prestación del servicio público de atención sanitaria especializada se ajustará a lo previsto en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización... **incluyendo todos los servicios y prestaciones incluidas en dicha normativa:*** es decir, se incluyen en el objeto del contrato todos los servicios que en cada momento preste en su conjunto el Sistema Nacional de Salud; pero, como los Hospitales objeto de concesión son de nivel 1 y no disponen de todos los servicios médicos, los pacientes de la población protegida recibirán la asistencia sanitaria en otros hospitales del SERMAS, en el caso de que su hospital no disponga de la especialidad que necesiten o en el caso de que ejerzan su libertad de elección.

También está incluido en el objeto del contrato la asistencia sanitaria a los pacientes protegidos de otras zonas que acudan al Hospital por el ejercicio de la libertad de elección en cumplimiento de la Ley 6/2009, de 16 de noviembre, de Libertad de Elección en la Sanidad de la Comunidad de Madrid.

IV. 4. Aclaración del objeto del contrato: la forma de asunción de las prestaciones y las modalidades de cumplimiento de las obligaciones

La definición del OBJETO DEL CONTRATO que acabamos de transcribir resulta completamente sorprendente para lo que se supone que es una concesión de servicio público: no se define como objeto el servicio que prestarán los hospitales; sino que se dice que el OBJETO DEL CONTRATO es toda la asistencia sanitaria especializada a la pobla-

⁵ Entendemos que se refiere a la Concesionaria que, como hemos expuesto, es la contratista a la que corresponde la ejecución del contrato.

ción protegida o domiciliada en el ámbito territorial delimitado para cada hospital, atención completa que no pueden prestar los hospitales porque son de nivel 1 y no disponen de todos los servicios médicos. Por ello, la población protegida por el concesionario puede o debe ser atendida, según los casos, por otros hospitales; y, a su vez, el concesionario puede atender con los servicios de los que disponga a pacientes de otras poblaciones protegidas.

Esta sorprendente definición del OBJETO DEL CONTRATO queda “aclarada” en la cláusula 14.- PRESTACIÓN DE LA ATENCIÓN SANITARIA, que dispone:

”Todas las prestaciones objeto del contrato deben ser asumidas por la Sociedad Concesionaria respecto de su coste económico”.

O sea que el objeto de la concesión del servicio público no es la prestación del servicio público, sino la asunción del coste económico de las prestaciones del servicio: no es lo mismo asumir la obligación de prestar un servicio que asumir la obligación de costear la prestación del servicio.

Lo anterior viene a explicarse mediante las modalidades de cumplimiento de las obligaciones de la Concesionaria en relación con la prestación de los servicios sanitarios: la cláusula 9.- OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD ADJUDICATARIA⁶ expone *Prestar el servicio público objeto del presente PCAP*; pero interesa destacar que el cumplimiento de esta obligación puede efectuarse:

- a) ***con los medios propios de la concesión*** (que según la cláusula 14. 1 vienen constituidos por *la Cartera de Servicios del Hospital que será la recogida en el Anexo I del PPT*),
- b) ***con los medios puestos a su disposición por la Administración*** (es decir, todos los hospitales del SERMAS), y
- c) ***con medios ajenos si fueran autorizados para ello.***

⁶ Debería referirse a la Concesionaria y se trata de un error esencial porque si quien asume la obligación de prestar el servicio es la Adjudicataria podrá cumplirla con todos los medios que se integren en su Grupo Empresarial; y que, evidentemente, nada tienen que ver con la Empresa específica que debe constituirse para asumir las obligaciones específicas del Contrato de Concesión.

IV. 5. Determinación del precio

DETERMINACIÓN DE LA CÁPITA MÁXIMA DE LICITACIÓN PARA LA EXTERNALIZACIÓN DE LA GESTIÓN SANITARIA							
HOSPITAL	Población asignada	Gasto asistencial realizado en el propio hospital	Facturación intercentros	Otros gastos centralizados	Gasto asistencial total	Coste asistencial per cápita	Cápita máx
Infanta Leonor	289.970	79.794.259	102.210.534	6.013.978	188.018.771	648,41	518,73
Sureste	168.684	54.536.762	41.568.499	3.736.351	99.841.611	591,89	473,51
Tajo	74.559	35.197.723	12.403.402	1.796.872	49.397.998	616,23	492,98
Infanta Cristina	154.156	59.946.805	28.179.158	3.417.639	91.543.601	616,23	492,98
Henares	169.327	72.888.443	31.931.947	3.725.194	108.545.584	641,04	512,83
Infanta Sofía	297.927	108.117.335	65.902.531	7.045.974	181.065.839	607,75	486,20

Fuente: Diario ABC, 18 de abril de 2013

Aunque las cifras que presenta han sido ajustadas en los Pliegos definitivos del Contrato, el Cuadro anterior, facilitado por la Consejería de Sanidad a los medios de comunicación el día 17 de abril de 2013, resulta de utilidad para comprender los diferentes tipos de precios que contempla el contrato y cómo se determinarán y liquidarán anualmente en función de qué hospitales en concreto efectúen la prestación de la asistencia sanitaria. Recordemos que **todas las prestaciones objeto del contrato deben ser asumidas por la Sociedad Concesionaria respecto de su coste económico (cláusula 14.1)** y no respecto a la asistencia sanitaria efectiva.

El PCAP del contrato efectúa la regulación del precio en sus cláusulas 6.- PRECIO DEL CONTRATO y 19.- CONDICIONES ECONÓMICAS. Esta última cláusula distingue entre un Concepto General y un Precio Anual.

a) Concepto General.

Equivale a la prima por persona y año que debe pagar la Administración al concesionario: ***El precio se establece sobre bases capítativas, es decir fijando la prima por persona y año. Dicha cantidad cubrirá los servicios incluidos dentro del objeto del contrato para la población protegida.***

¿Qué significa **la prima por persona y año cubrirá los servicios incluidos dentro del objeto del contrato para la población protegida**? Teniendo en cuenta que *todas las prestaciones objeto del contrato deben ser asumidas por la Sociedad Concesionaria respecto de su coste económico*, la prima a pagar por la Administración al Concesionario se ha calculado sumando todos estos costes, que siguiendo el Cuadro anterior son:

1. El gasto de la asistencia sanitaria especializada prestada en el propio hospital (al ser un gasto total y no exclusivo de la población protegida, la Consejería debería haber excluido de este gasto el generado en el propio Hospital por otras poblaciones de la CM, por otras CCAA o con otras fuentes de financiación);
2. La “Facturación Intercentros”: es el saldo de los precios de la asistencia prestada por otros hospitales del SERMAS a la población protegida y, como resulta muy superior a los precios de la asistencia prestada por el propio hospital a pacientes que no forman parte de su población protegida, arroja un componente de coste muy importante;
3. Los gastos de los servicios centralizados: desarrollo y mantenimiento de aplicaciones informáticas, Centro de transfusión-hemoterapia; actividad concertada centralizada...

Para el cálculo de estas sumas la Administración ha tenido en cuenta los datos de los que disponía sobre los años 2011 y 2012 (media anual) asignando un total por Hospital, que dividido por las personas de la población protegida proporciona la prima por persona y año. Como la Consejería entiende que la gestión privada del Hospital será más eficiente ha reducido un 20% esta cantidad y presenta la prima máxima que podrán ofertar los licitadores y cuyo importe definitivo (que se ha modificado respecto de los cálculos de los borradores y del Cuadro que aportó con los mismos) figura en la cláusula 6.- PCAP.

b) Precio anual.

El precio anual del contrato se determina mediante la adición de los parciales siguientes:

- b. 1.- Una parte estrictamente capitativa, resultado de multiplicar la prima por persona ofertada por el adjudicatario por el número de Tarjetas Sanitarias de Salud de la población protegida.**

- b. 2.-** Otra parte correspondiente al saldo positivo o negativo de la **Facturación Intercentros** definida a continuación.

Facturación Intercentros. Los servicios y actividades sanitarias realizados por centros de asistencia especializada de titularidad y gestión pública y/o privada de la Comunidad de Madrid a la población protegida por las prestaciones objeto del presente contrato se facturarán al adjudicatario⁷, y de forma recíproca, el adjudicatario⁸ facturará a la Administración los servicios de asistencia especializada prestados a pacientes no incluidos en la población protegida de su ámbito territorial... **La forma de justificación y validación de la facturación será determinada por la Autoridad Sanitaria...**

- b. 3.- Deducciones de Calidad y Disponibilidad.** El importe de la cápita a aplicar en la facturación del concesionario se minorará adicionalmente en función de los resultados de la evaluación del cumplimiento de los indicadores de calidad y disponibilidad recogidos en el Anexo V del PPT.

IV. 6.- Régimen de pagos

En lo esencial, el régimen de pagos se articula mediante los pagos mensuales a cuenta y la liquidación anual. Según la cláusula 19.- c) La Administración realizará pagos mensuales a mes vencido a favor del adjudicatario⁹ que tendrán carácter de "a cuenta". Anualmente y siempre dentro del primer semestre del siguiente año se determinará la cuantía de la liquidación anual, que se hará efectiva dentro de los dos meses siguientes.

A) Pagos mensuales.

Ascenderán al 95% de la prima por persona y mes ofertada por las empresas adjudicatarias. El importe máximo de las primas por Hospital que pueden ofertar los licitadores figura en la cláusula 6.- PRECIO DEL CONTRATO.

B) Liquidación anual

⁷ Debería decir al concesionario.

⁸ Debería decir al concesionario.

⁹ Debería decir al concesionario.

La liquidación anual debe realizarse en el primer semestre del año siguiente y abonarse dentro de los dos meses siguientes.

En lo esencial consistirá en descontar de los pagos mensuales a cuenta el saldo negativo de la Facturación Intercentros, que las concesionarias deberán devolver a la Consejería de Sanidad por la asistencia sanitaria prestada a su población protegida por otros hospitales. Según las cifras provisionales de la Facturación Intercentros, que figuran en el Cuadro anteriormente presentado, su importe total asciende a unos 282 millones de euros, mientras que el coste total de la asistencia asciende a unos 718 millones; es decir, que **la Facturación Intercentros supone un 40%**. Si tenemos en cuenta que, para calcular el importe de las primas máximas a pagar por la Comunidad, el gasto total se ha reducido un 20%, parece que la Consejería de Sanidad adelantará a las concesionarias mediante los Pagos Mensuales a cuenta unos 225 millones por este concepto; aunque como en la Facturación Intercentros no se dará la reducción del 20%, al regirse por los precios públicos de los diferentes servicios de la asistencia sanitaria especializada, las concesionarias tendrán que devolver los 282 millones de euros en la Liquidación anual.

Esta dinámica de pagos resulta sorprendente y de extraordinaria gravedad para la Hacienda de la Comunidad de Madrid por dos razones:

1ª El Servicio Madrileño de Salud pagará-adelantará anualmente a las concesionarias unos 225 millones de euros por unos servicios ¡que seguirán prestando los propios hospitales de gestión directa del SERMAS!

2ª Las concesionarias solamente devolverán al SERMAS los 282 millones en el caso de que los hospitales de gestión directa sean capaces de facturar cada uno de los servicios que presten a los pacientes de la población protegida por las concesionarias. Cuestión tan esencial no queda clara en absoluto:

1) porque la cláusula 19.b.2.- dice que **La forma de justificación y validación de la facturación será determinada por la Autoridad Sanitaria**, lo cual significa que en la actualidad no está determinada; y

2) porque **los sistemas de información e informáticos de los hospitales, y su gestión humana, no tiene capacidad de procesar con rigor y exhaustividad cada servicio prestado generando las correspondientes facturas, cuestión esencial reconocida expresamente en la página 136 del PPT.**

V. EL CONTRATO NO PUEDE SER CALIFICADO COMO CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

La calificación jurídica de un contrato administrativo determina su régimen jurídico: en el caso de los contratos de concesión de servicios públicos, determina los derechos y obligaciones de la Administración, del concesionario y de los usuarios del servicio.

V. 1. La calificación jurídica de un contrato administrativo no puede ser una etiqueta arbitraria, debe responder a la real naturaleza de su objeto

La Administración no puede efectuar la calificación jurídica del contrato de manera improvisada o arbitraria: la calificación queda estrictamente determinada por la real naturaleza del objeto y de las prestaciones contenidas en el contrato. Así lo establece la **jurisprudencia meridiana clara del Tribunal Supremo**.

La STS de 15 de julio de 1989 (RJ 6114) explica que, mientras en los contratos civiles su contenido viene determinado como regla general por la autonomía de la voluntad en tanto no se vulnere la ley o los derechos de terceros (art. 1255 CCv), en los contratos celebrados por la Administración *como regla general las normas sobre el contenido de los contratos administrativos son de derecho necesario y no contractual, a diferencia de lo que ocurre en la contratación civil en que la regla es exactamente la contraria*.

Para la STS de 4 de julio de 2003 (RJ 4377) debe desecharse la calificación jurídica de un contrato pretendida por la Administración si, **en función de las circunstancias concurrentes y atendiendo, esencialmente, no sólo al estricto ámbito literal del Convenio, sino a la finalidad que persigue nos encontramos ante una calificación distinta**.

La STS de 20 de marzo de 2012 (RJ 5489) reitera una doctrina constante: **no ha de ser la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio objeto de controversia la que determine el régimen jurídico que ha de regularlo, sino la real naturaleza del mismo... el “nomen iuris” que las partes hayan utilizado para calificar la relación comercial no podrá determinar la elusión del Derecho comunitario ya que en todo caso habrá de atenderse a la definición del contrato público en tal ámbito**.

En el mismo sentido se pronuncian los **Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa**.

En su Informe 17/09, de 25 de septiembre, manifiesta que un contrato no podrá ser calificado como una concesión administrativa de gestión de un servicio público si no se dan los requisitos definidos para el mismo por la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

El Informe 12/10, de 23 de julio, resulta especialmente significativo respecto de la cuestión que nos ocupa: *Una consideración de especial importancia ha de realizarse sobre los contratos de gestión de servicios públicos en tanto se vinculan expresamente con las concesiones de servicios, como es que para que puedan ser calificados como tales es requisito imprescindible que el carácter de servicio público haya sido especificado en una norma vigente, exigencia que se describe en el artículo 116 de la Ley (actual art. 132 LCSP): “Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”, precepto que impide que se acuda a la figura de la concesión de servicio de manera indiscriminada.*

Pues bien, no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que establezca el régimen jurídico del contrato de concesión del servicio público de la asistencia sanitaria especializada...

Este es el planteamiento expuesto taxativamente por la LCSP:

Artículo 1. Objeto y finalidad

*La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de **asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.** Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de*

los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.

Artículo 22. Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación

*1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, **la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.***

V. 2. El Contrato no tiene las características esenciales de una concesión de servicio público

El Contrato cuyos elementos esenciales hemos expuesto no cumple los requisitos exigidos por la LCSP para calificarlo como concesión de servicio público:

Artículo 8. Contrato de gestión de servicios públicos

*El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública... encomienda a una persona, natural o jurídica, **la gestión de un servicio** cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración.*

Artículo 275. Ámbito del contrato

*1. **La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.***

*2. **El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial.***

El contrato que hemos analizado no tiene por objeto principal la gestión del servicio público de la asistencia sanitaria especializada, como pone de manifiesto con meridiana claridad la cláusula 14.1.- PCAP:

Todas las prestaciones objeto del contrato deben ser asumidas por la Sociedad Concesionaria respecto de su coste económico.

Según expone el PCAP y con absoluta claridad esta cláusula específica, la prestación principal del Contrato es que los concesionarios de los Hospitales aseguren a la Administración un coste fijo durante diez años por toda la asistencia sanitaria especializada a la población protegida en el ámbito territorial de la concesión.

Para el Contrato, el hecho de quién preste directamente el servicio es algo secundario, se constituye como una prestación secundaria; que, eso sí, determinará un mayor o menor coste de las prestaciones para los concesionarios; en el caso de que se les logre trasladar mediante la Facturación Intercentros.

La real naturaleza del contrato, en la que la prestación directa por el Concesionario del servicio no resulta ni la prestación única ni una prestación principal, puede comprobarse por dos de sus elementos:

Primero.- Según dispone la cláusula 2.- OBJETO DEL CONTRATO, 1.-...*la prestación del servicio público de atención sanitaria especializada se ajustará a lo previsto en el Real Decreto 1030/2006... incluyendo todos los servicios y prestaciones incluidas en dicha normativa.* Por si no había quedado claro, el epígrafe 2.- de la misma cláusula reitera que ***las prestaciones sanitarias a realizar, de acuerdo con lo establecido en el presente PCAP y en el PPT, serán todas las aprobadas en cada momento, y en el ámbito del servicio público de atención sanitaria especializada por la Administración General del Estado, en la Cartera de Servicios básica y común al Sistema Nacional de Salud, así como las que puedan ser aprobadas por la normativa de desarrollo de la Comunidad de Madrid.***

Frente a las anteriores prestaciones sanitarias a realizar, que son todas las de la Cartera, resulta obvio que los Hospitales objeto de concesión no disponen de todos los servicios necesarios para efectuarlas y así lo reconoce la cláusula 14.1.-: ***la Cartera de Servicios del (de cada) Hospital será la recogida en el Anexo I del PPT*** . Así las cosas, resulta imposible que cada Hospital preste todos los servicios de la Cartera, por lo que nos encontraríamos ante el supuesto del artículo 1272 CCv: *No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.*

Pero esta conclusión resultaría precipitada porque, según la cláusula 9.- OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD ADJUDICATARIA (CONCESIONARIA), las concesionarias quedan obligadas a prestar (o pueden prestar) el servicio público con: **a) los medios propios de la concesión (más bien debería decir con los medios propios de los que dispone la concesionaria en su Hospital), b) los puestos a su disposición por la Administración Sanitaria o c) medios ajenos si fueran autorizados para ello...**

Segundo.- Podría darse el caso hipotético de que, en el ejercicio de su libertad de elección, **ningún paciente acudiera a un Hospital objeto de concesión y de que, por tanto, este Hospital no prestara servicio alguno... lo cual no significaría que la concesionaria incumpliera sus obligaciones contractuales** (sólo plantearía que sus costes derivados de la Facturación Inter-centros por la atención a su población protegida se dispararían, en el caso también hipotético de que se le facturaran todos los precios de los servicios efectivamente prestados): **por esto la prestación del servicio no constituye una prestación esencial del Contrato.**

Por lo anteriormente expuesto resulta evidente que no estamos ante un contrato de concesión de servicio público, ya que la prestación del servicio no constituye una obligación principal ni esencial del Contrato.

VI. LA CALIFICACIÓN COMO CONTRATO DE SEGURO DE SALUD

Del análisis de las prestaciones que constituyen el objeto del Contrato puede deducirse que la prestación principal y esencial, el servicio cuya gestión se encomienda, no es la prestación de toda la asistencia sanitaria especializada, sino **el seguro (para el SERMAS) frente a los costes de la asistencia sanitaria especializada de la población protegida.**

VI. 1. Existencia de los elementos típicos de un Contrato de Seguro de Salud

El art. 1 de la Ley del Contrato de Seguro dispone en su *artículo 1. Concepto de contrato de seguro.- El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.*

Mientras que en el Contrato no se dan los elementos típicos de un contrato de concesión de servicio público, sí se dan los requisitos contemplados por cualquier ordenamiento jurídico¹¹ para que exista un Contrato de Seguro de Salud:

1º una persona jurídica (la Consejería de Sanidad/el SERMAS), que necesita protegerse frente a un riesgo, contrata **-tomador del seguro-** con

2º otra persona jurídica (la concesionaria) para que le asegure **-aseguradora-** que, a cambio de

3º el pago de unas cantidades fijas de dinero **-prima-** (cápita poblacional) durante diez años,

4º le proteja frente al **riesgo/daño** financiero de los costes que le supone cumplir su obligación de prestar la asistencia sanitaria especializada, de coste incierto (riesgo), a

5º una población protegida **-asegurados-**,

6º teniendo la concesionaria-aseguradora la **obligación principal de asumir el coste económico de todas las prestaciones de la asistencia sanitaria especializada**; pero pudiendo gestionar esos **servicios de salud**, en el caso de que sea necesario prestarlos **-contingencia-**, bien con sus propios medios o bien con medios ajenos; por lo que **para la concesionaria-aseguradora la gestión directa de los servicios de salud es una prestación secundaria**,

7º y existiendo, además, una previsión típica de los contratos de seguros, la **exclusión de la preexistencia**: *durante los seis primeros meses se excluirá del cálculo de la facturación intercentros a aquellos pacientes que a la fecha de inicio de la actividad estuviesen siendo atendidos de un determinado proceso patológico en otros centros o servicios titularidad de la Administración sanitaria (cláusula 19.b.3 PCAP).*

En definitiva, tanto para la Administración contratante como para el concesionario, el Contrato establece como **prestaciones principales**: i. el pago de la prima y ii. el aseguramiento de un coste económico fijo de todos los servicios de asistencia sanitaria especializada que necesite la

¹¹ En España por la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro y por la Ley 6/2004 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

población protegida; quedando como **prestación secundaria** del concesionario la gestión del servicio de la asistencia sanitaria especializada que resulte necesaria y que el concesionario podrá prestar con sus propios medios (en el Hospital concesionado si es elegido y dispone de los servicios) o con medios ajenos.

Así pues, ante la necesidad de calificar los contratos administrativos en función de su real naturaleza, el Contrato no puede calificarse como concesión de servicio público sanitario, sino como **concesión de servicio de seguro de salud**.

VI. 2. Análisis de la causa del Contrato

El artículo 1274 CCv dispone que *en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación de una cosa o servicio por la otra parte.*

Según pone de manifiesto el Plan de Sostenibilidad, ante la imperiosa necesidad de reducir su gasto sanitario, la Consejería de Sanidad decide licitar un contrato en virtud del cual se encomienda a los concesionarios que, a cambio del pago por la Administración de una prima fija que cubra el coste de toda la asistencia sanitaria especializada a la población protegida (calculado según se dice sobre los gastos incurridos durante los años 2011 y 2012), asuman el coste económico que generarán todas esas prestaciones durante diez años (insistimos en que esto es exactamente lo que dispone la cláusula 14.1.- PCAP).

Por su parte, los concesionarios pueden calcular cómo reducir los gastos de sus medios propios (los servicios de su Hospital) y cómo no incurrir y asumir el coste económico de las prestaciones de la asistencia sanitaria especializada que no pueden prestar. En todo caso la Administración abonará la prima fija para cubrir los costes totales estimados, pero los concesionarios podrían evitar que estos costes calculados se conviertan en gastos efectivos si:

1º Su población protegida demanda en un futuro menos servicios de asistencia sanitaria especializada¹².

¹² La publicación SANIFAX, en su edición del día 13 de mayo de 2013, bajo el título “ASÍ QUEDA EL REPARTO DE HOSPITALES EN MADRID”, indica “SAN SEBASTIÁN DE LOS REYES.- Es el más disputado por todos. Primero, porque *en su población hay mucho seguro privado que no acudiría, pero que al ser población potencial, se paga como cápita...*”

2º Otros Hospitales que efectivamente presten asistencia sanitaria especializada a su población protegida no sean capaces de justificar y facturarles en debida forma todos los servicios prestados.

3º Tengan la habilidad de, en caso necesario, derivar a los pacientes de su población protegida a un Hospital de su mismo grupo empresarial¹³, que para prestar esa asistencia sanitaria especializada incurrirá solamente en los costes variables necesarios para su prestación; ahorrándose el grupo empresarial el resto del precio de los servicios que debería abonar al Hospital de gestión directa más cualificado para prestar la asistencia necesaria (y en los que, en cualquier caso, sí que incurren los hospitales públicos de gestión directa a los que se supone que se habrían debido derivar los pacientes para recibir la asistencia que no pueden prestar los hospitales concesionados).

Así pues, desde el análisis de la causa del Contrato y según acabamos de exponer, **para la Comunidad de Madrid la causa determinante de que contrate no estriba en que el concesionario preste de un modo u otro el servicio de asistencia sanitaria, sino en asegurarse un coste fijo de antemano (prima de seguro).**

Para las concesionarias, la causa de que contraten consiste en la expectativa de que los cobros que reciban por la prima fija superarán los costes que les suponga prestar la asistencia sanitaria por sus propios medios o por medios ajenos, para lo cual el Contrato les abre un amplio margen de maniobra para seleccionar y ajustar sus riesgos de forma que obtengan beneficios.

VI. 3. Distinción entre el “riesgo” de una concesión administrativa de servicio público y el “riesgo” de un contrato de seguro

El art. 277 LCSP, sobre las *modalidades del contrato de gestión de servicios públicos*, caracteriza la *Concesión* como *modalidad por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura*. Efectivamente, la existencia del riesgo es un rasgo imprescindible de la conce-

¹³ La citada edición de SANIFAX también afirma: “*PARLA Y ARANJUEZ CON SELLO DE CAPIO.- CAPIO tiene “en la mirilla” el pliego común que se ha hecho de los Hospitales de Parla y Aranjuez. Primero, porque las condiciones le favorecen. Y segundo, porque con los Hospitales de Móstoles y Valdemoro cercanos (que ya tiene en concesión), esas economías de escala y gestión más eficiente, que tendrían además a la Fundación Jiménez Díaz (que también tiene CAPIO) como “NAVE NODRIZA”, serían perfectas y harían fuerte a CAPIO en el sur*”.

sión de servicio público, según pone de manifiesto, entre otros, el Informe 12/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 23 de julio, sobre la “*Diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios*”: *el contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de servicios asumidos como de su competencia por una administración pública, no podrá ser calificado como concesión de servicios si el concesionario no asume el riesgo de la explotación, **es decir cuando su retribución se establece de un modo cierto, variable e independientemente del grado de utilización del servicio por los usuarios.***

Esta característica hace necesario distinguir entre este factor de riesgo de la concesión de servicio público y el elemento del riesgo en un contrato de seguro. La clave de esta distinción es facilitada por MONTES cuando precisa que “son contratos aleatorios aquellos en que las partes asumen un riesgo por encima del *alea normal* o, con mejor técnica, por encima de la composición normal que el ordenamiento jurídico realiza en el tema de riesgo o alea para cada tipo contractual”¹⁴.

El riesgo que debe estar presente en la concesión de servicio público, al igual que en tantos contratos, es el *riesgo empresarial*, es decir la necesidad del empresario-concesionario de que los costes en que incurra por la explotación del servicio resulten inferiores a los ingresos que obtenga en función de la demanda del servicio por los usuarios, y según la retribución fijada por la Administración. Esta necesidad de ajustar el cálculo económico de los costes de oferta del servicio en función de los ingresos generados por el tipo y cantidad de la demanda está implícita en cualquier contrato caracterizado porque el prestador de servicios asuma un riesgo empresarial.

En el caso del contrato de seguro también existe el riesgo empresarial, pero el cálculo económico (actuarial) que debe efectuar el empresario resulta mucho más complejo por el nivel superior de incertidumbre respecto a que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. Precisamente por el alto nivel de incertidumbre en cuanto a la producción y cuantía del daño y a la envergadura del perjuicio patrimonial existe un interés por parte del asegurado o del tomador del seguro en contratar quizás solamente la seguridad de la protección; dándose el caso de que el asegurado o tomador del seguro pague al asegurador durante un largo plazo de tiempo sin que se produzca evento alguno que obligue al asegurador a indemnizarle o a incurrir en los costes del ase-

¹⁴ Citado por LACRUZ BERDEJO et al., *Derecho de Obligaciones II, Vol. Segundo, Contratos, y Cuasi-contratos*. Ed. Dykinson, Madrid 2010, pág. 297.

guramiento. Esto conlleva una característica típica de la actividad aseguradora en cuanto a los efectos de los contratos: mediante los adecuados cálculos actuariales, el asegurador debe proceder a una adecuada *selección de los riesgos* que cubre, de manera que el total de las primas cobradas arroje un saldo positivo respecto del total de indemnizaciones abonadas por los siniestros acaecidos (*ajuste de riesgos*). En esta dinámica de cumplimiento de los contratos de seguro se producen *subsidios cruzados* por parte de los asegurados que no sufren siniestros respecto de los que sí los soportan.

VI. 4. Inexistencia de las salvaguardias imprescindibles de un Contrato de Seguro de Salud

El análisis que venimos realizando nos permite advertir que en el caso del Contrato que analizamos, los concesionarios asumen el riesgo empresarial propio de un Contrato de seguro de salud, dando cobertura al elevado número de personas que constituyen *la población protegida*.

Ahora bien, como la Administración contratante ha entendido que no estamos ante un contrato de seguro, tampoco ha adoptado las medidas de diligencia imprescindibles para el desarrollo de esta actividad específica: no han existido cálculos actuariales, ni se exigen las preceptivas dotaciones, ni se prevén mecanismos de salvaguardia que eviten la selección y captura de los mejores riesgos sanitarios por parte de los concesionarios o de los grupos empresariales dentro de los que operen de manera integrada y el reenvío de los peores y más costosos a los hospitales de gestión directa...

Segunda Parte: Causas de Nulidad del Contrato

VII. LA VULNERACIÓN FRONTAL POR EL CONTRATO DE LA LEY 15/1997, DE NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN, Y DE LA LEY DE MADRID 8/2012, QUE HABILITA LAS CONCESIONES

VII. 1. Vulneración de la Ley 15/1997, de nuevas formas de gestión de los Servicios de Salud, por la Ley de Madrid 8/2012

Situándose completamente al margen de la regulación básica, general y sistemática del Sistema Nacional de Salud, que efectúan la LGS y la LCSNS, la única norma que habilita la gestión de servicios sanitarios mediante concesiones es la escueta y singular Ley 15/1997. Ahora bien, de conformidad con la exigencia tradicional de nuestra legislación de contratos del sector público de regular el servicio antes de proceder a la contratación de su gestión indirecta (art. 132 LCSP), el artículo único de la Ley 15/1997 exige, al menos, que: *“En el marco de lo establecido por las leyes, corresponderá al Gobierno, mediante Real Decreto, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas -en los ámbitos de sus respectivas competencias-, **determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados**”*.

Aunque el art. 62 de la Ley de Madrid 8/2012 comienza diciendo *“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”*, esta disposición se limita única y exclusivamente a habilitar al SERMAS para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los Hospitales que menciona, **sin establecer la preceptiva regulación del servicio** por lo que vulnera frontalmente la única ley estatal que podría aportarle una mínima cobertura. Al carecer de cobertura competencial la Ley de Madrid 8/2012, tal carencia implica la nulidad absoluta del Contrato; nulidad todavía más absoluta, si cabe, porque el Contrato tampoco respeta la habilitación de la Ley autonómica...

VII. 2. El Contrato se excede del ámbito de la habilitación que le otorga la Ley de Madrid 8/2012

Aunque en el PCAP del Contrato que venimos analizando hay muchas cosas sorprendentes; una de las que más llama la atención es la omisión de cualquier referencia a la Ley de Madrid 8/2012. Según hemos expuesto en los Antecedentes, fue esta Ley la que desarrolló normativamente –en medio de un gran debate social- las previsiones del *Plan de Medidas de Garantía de la Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid* de noviembre de 2012; habilitando al SERMAS para que procediera a adjudicar los contratos de concesión de los Hospitales. Pues bien, el PCAP reitera tanto en su cláusula 1.- FINALIDAD DE LOS PLIEGOS Y PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN, como en su cláusula 3.- RÉGIMEN JURÍDICO que el Contrato se regirá por las Leyes básicas sobre contratos públicos y sanidad a las que hemos hecho referencia, así como por la normativa propia al respecto de la Comunidad de Madrid; omitiendo cualquier tipo de referencia a la Ley 8/2012...

Tan clamoroso silenciamiento requiere buscar alguna explicación y la más sencilla es que el Contrato vulnera palmaria y sorprendentemente esta Ley, cuyo artículo 62 dispone:

*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.***

De lo que llevamos expuesto no es difícil deducir que el objeto del Contrato ahora licitado por el SERMAS supera ampliamente esta habilitación, pues su objeto no es solamente **la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada EN LOS HOSPITALES; sino la prestación y gestión de (toda) la atención sanitaria especializada a la población protegida incluida en el ámbito territorial de la concesión.** Al superar de manera evidentemente notoria el ámbito de la habilitación legal, el SERMAS incurre en una incompetencia manifiesta que provoca la nulidad de pleno derecho del PCAP (art. 32 LCSP).

Además, desde la perspectiva de la habilitación al SERMAS por la Ley 8/2012 para **para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada EN LOS SEIS HOS-**

PITALES OBJETO DE CONCESIÓN, volvemos a insistir en que **no resulta admisible que el Contrato establezca pagos anuales de la Administración a los concesionarios por 280 millones de euros por la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada REALIZADA EN LOS PROPIOS HOSPITALES DE GESTIÓN DIRECTA DEL SERMAS.**

VIII. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS (IGUALDAD EN EL ASEGURAMIENTO SOCIAL) Y DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LA CREACIÓN DE UN NUEVO RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

VIII. 1. Distinción entre seguro social y asistencia sanitaria

Según explicamos en nuestro Primer Informe, los sistemas de cobertura sanitaria pública (aseguramiento y financiación) de los servicios de salud se organizan en torno a dos grandes prototipos o modelos: el *Sistema Bismarckiano* financiado por cuotas de seguros sociales, frecuentemente organizado por ramos de actividad, y que contrata externamente la atención médica de sus afiliados; y el *Sistema Beveridge* financiado por impuestos, con prestación integrada pública de servicios médicos, que consolida sistemas tipo Servicio Nacional de Salud.

En nuestro país, desde un sistema de Seguridad Social financiado por cuotas sociales y con prestación integrada propia de servicios sanitarios en sus Hospitales y Centros de Salud, hemos evolucionado hacia un modelo financiado por impuestos que, para gestionar la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social, configura el Sistema Nacional de Salud; consolidando este modelo, dentro del esquema constitucional de derechos de los ciudadanos y de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, mediante la Ley General de la Seguridad Social de 1994 y la Ley General de Sanidad de 1986.

Frente a la claridad con la que en Francia o Alemania se distingue: a) la actividad de aseguramiento, por el correspondiente Seguro Social, de b) la actividad de prestación de los servicios médicos que el Seguro contrata y abona a las instituciones sanitarias; en España ambas han podido confundirse por haber desarrollado la Seguridad Social una gran red sanitaria propia (la inmensa mayoría de la población denomina a los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud como “la

Seguridad Social”). Tanto el tenor literal del art. 41 de la Constitución como el art. 38.1.a) LGSS dejan claro que la acción protectora de la Seguridad Social incluye la asistencia sanitaria, que es prestada mediante el Sistema Nacional de Salud.

Ahora bien, en los regímenes especiales de la Seguridad Social (art. 10 LGSS), por ejemplo el gestionado por MUFACE, resulta fácil distinguir estas dos actividades. La Mutualidad actúa como Seguro, asegura la prestación de la asistencia sanitaria de sus afiliados; pero encomienda su gestión a otras entidades, bien al Sistema Nacional de Salud, bien a diferentes Sociedades de Seguros de Salud, según la entidad elegida por los mutualistas:

- la **primera actividad aseguradora** queda regulada por el art. 10 de la Ley General de la Seguridad Social y por el Real Decreto Legislativo 4/2000, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado;
- mientras que la **segunda actividad de contratación de los servicios de la asistencia sanitaria** se regula por la Ley de Contratos del Sector Público en su *Disposición Adicional vigésima. Conciertos para la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por la Mutualidad...*

VIII. 2. El esquema constitucional de distribución de competencias

El art. 149. 1. 17^a de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado sobre *Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.*

Y, en buena lógica jurídica, el art. 28 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid dispone que *corresponde a la Comunidad de Madrid la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: 1.1. Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en la materia 17.ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto.*

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 Seguridad 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).

VIII. 3. La Comunidad de Madrid crea un Régimen Especial de la Seguridad Social mediante el Contrato que analizamos

Según hemos analizado, el PCAP del Contrato licitado por el SERMAS constituye en toda regla un ***contrato de concesión parcial (para la asistencia sanitaria especializada) del seguro de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social de la población protegida por las empresas Concesionarias***. En primer lugar, y utilizando una expresión propia de los seguros sociales en Francia o Alemania, la Comunidad de Madrid mediante el pago de las primas “*entrega la caja del seguro*” al concesionario para que éste cubra todos los costes generados por la asistencia sanitaria especializada que requiera su población protegida. En segundo lugar, en caso necesario y/o en función de los procedimientos y requisitos para el ejercicio de la libertad de elección de centro, la población protegida por el concesionario recibirá la asistencia sanitaria especializada:

- en muchas ocasiones de los propios hospitales de gestión directa del SERMAS, bien porque son los únicos que disponen de los Servicios especializados para prestarla, o bien porque los elijan los pacientes,
- en otros casos, la población protegida por el concesionario recibirá la asistencia sanitaria especializada en el hospital que le corresponde,
- o en un hospital gestionado por un concesionario de su mismo grupo empresarial (el adjudicatario debe constituir una sociedad anónima específica como concesionario de cada hospital),
- o en un hospital gestionado por otro concesionario.

Como puede comprobarse, el aseguramiento y la prestación de los servicios sanitarios a los pacientes constituyen dos prestaciones distintas; pero solamente la primera (el aseguramiento) es constitutiva de la prestación principal del concesionario. La segunda (la prestación de los servicios) constituye para el concesionario una prestación secundaria, que efectuará o no efectuará. Eso sí, para el cumplimiento de la primera deberá cubrir todos los costes de la segunda.

La operativa que acabamos de exponer resulta análoga a la que desarrolla MUFACE, por ejemplo. Es decir, que **la Comunidad de Madrid ha creado mediante el Contrato un nuevo Régimen Especial de la Seguridad Social...** para lo cual carece absoluta y manifiestamente de competencia; por corresponder tal competencia al Estado, que es el

único Gobierno que puede establecer un nuevo régimen económico de la Seguridad Social, precedido lógicamente de la correspondiente regulación básica de su funcionamiento.

Además, la operativa descrita vulnera uno de los principios tradicionales del funcionamiento de nuestro sistema de Seguridad Social, que se recoge en el art. 4. 3 LGSS: ***En ningún caso, la ordenación de la Seguridad Social podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil.***

VIII. 4. La dinámica de un sistema de diferentes Aseguradoras: hacia el apartheid y los guetos sanitarios

También 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 aseguramiento¹⁵ 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 de prima por persona de la población asegurada al concesionario, 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.

A. El apartheid de las “poblaciones protegidas”

La concesión del servicio de asistencia sanitaria especializada se articula contractualmente para toda la población protegida, delimitada territorialmente por los términos municipales incluidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la concesión; y el asegura-

¹⁵ De acuerdo con el art. 12 de la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, la primera función que corresponde a la Consejería de Sanidad es *el desarrollo de la función de aseguramiento.*

miento de la atención especializada a toda esta población es concesso-
nado *en régimen de monopolio territorial*.

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, aunque todo este sistema de encuadramiento no parezca muy compatible con el concepto de Área Única y libertad de circulación de ciudadanos y pacientes dentro de ella. 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 concretos¹⁶, 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 el aseguramiento sanitario público (atención especializada) sea gestionado por la compañía concesionaria, ***sin opción a llevarse***

¹⁶ Así puede confirmarse en la cláusula 19.b.2 PCAP: “*Durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de inicio de la actividad por el nuevo concesionario, se excluirá del cálculo de la facturación intercentros a aquellos pacientes incluidos dentro de la población protegida que, a la fecha de inicio de actividad estuviese siendo atendidos de un determinado proceso patológico en otros centros o servicios titularidad de la Administración sanitaria*”.

“su prima y su seguro” al hospital de referencia de su elección, y vulnerando de esta forma su derecho fundamental a la igualdad reconocido por el art. 14 de la Constitución.

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 médicas 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 derivación 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 financiación contractual capitativa, se genera un **sistema competitivo**: si un paciente de su zona es atendido en otro hospital deberá abonar al SERMAS el pago establecido (salvo que derive al paciente a un hospital de su mismo grupo empresarial, que es una cuestión absolutamente esencial sobre la que el Contrato no establece control alguno); y si el hospital concesionario atiende a un paciente ubicado fuera de su zona, percibirá el correspondiente pago. Luego **en este sistema competitivo 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 crea así un **sistema de apartheid o de guetos sanitarios** derivado del régimen económico del aseguramiento de cada territorio concesionario, en función de los grupos empresariales que gestionen las prestaciones seguro-asistencia, en el que se ven atrapados los ciudadanos de los territorios con atención especializada concesionada, negando en la práctica y siendo contradictorio con el concepto de Área Sanitaria Única proclamado por la Ley autonómica 6/2009.

B. El apartheid de los hospitales concesionados

Continuando con la dinámica que genera la concesión del servicio por zonas determinadas, el Contrato establece la actualización del im-

porte total de su retribución en un 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. La indexación del Contrato al IPC podría tener sentido si los salarios se vieran ligados al mismo; pero dado que actualmente los salarios no están ligados al mismo y suponen la mitad del coste de funcionamiento de un hospital, se está asegurando un beneficio a las empresas creando un contrato especialmente ventajoso. A este respecto, el Gobierno de España ha anunciado el proyecto de desvincular los contratos públicos del IPC, lo cual deja todavía más en evidencia esta ventaja.

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 la Comunidad Valenciana, en la que existe un modelo similar, 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 privada 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.

La dualidad del régimen económico de los hospitales de gestión directa y financiación presupuestaria (flexible) y de los hospitales de gestión indirecta y financiación contractual (rígida) acaba rebatiendo la única justificación-necesidad (exigida por los arts. 1 y 22 LCSP y 90 LGS) de las concesiones, esto es, la supuesta reducción de costes.

En la realidad, los hospitales de gestión directa están reduciendo de forma considerable su coste: por ejemplo, el Hospital 12 de Octubre gastó 524 millones de euros en 2011, mientras que en el año 2013 tiene presupuestados 417 millones de euros. Esto sí que es una reducción real de costes en un 20%. Además, como su financiación es presupuestaria, no hay límite teórico para la reducción de sus costes.

Por el contrario, en los hospitales de gestión indirecta y financiación contractual debe tenerse muy en cuenta que los cálculos económicos se han efectuado confundiendo el gasto histórico realizado en el propio hospital con el gasto de la asistencia sanitaria a la población protegida: según el Plan de Sostenibilidad, ***“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”***. La pregunta clave para determinar si la

segunda cifra es correcta es si se ha efectuado y liquidado una Facturación Intercentros real y, como la respuesta que dan el PCAP y el PPT es negativa, resulta que la comparación de costes no es válida. Con el agravante de que, una vez que se otorgaran los contratos, tal financiación sería inamovible y además se actualizaría anualmente.

Al adjudicarse los nuevos contratos de concesión, una población de 1.150.000 habitantes pasaría a encontrarse con su aseguramiento de atención especializada gestionado por empresas privadas, es decir, un 20% de la población de Madrid. Si se produce por contrato un aumento de la prima anual, esto implicaría, especialmente en estos años de crisis, una reducción mucho mayor de los presupuestos de los hospitales de gestión pública directa. En definitiva, en pocos años conllevaría una descapitalización de los hospitales de gestión pública directa y una disminución muy notable de los recursos económicos asignados a los mismos...

Volviendo al modelo de financiación contractual capitativa, hemos visto que, para cubrir el coste de toda la asistencia sanitaria especializada, la Administración también paga al concesionario mediante la prima el coste de los servicios prestados a su población protegida por los propios hospitales de gestión directa de la Administración. Se supone que, una vez prestados efectivamente los servicios, los precios de los mismos deben facturarse al concesionario para que los abone (o devuelva).

Sin embargo, el esquema financiero anterior resulta ficticio porque, con mucha frecuencia, la facturación de los hospitales públicos al hospital de gestión privada no se hace; o, si se hace, no es con la diligencia ni con el coste real que correspondería, según expusimos antes y así lo reconocen los propios PCAP y PPT. El hospital público no se beneficia directamente de estos cobros porque los recibe 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, se da un desplazamiento ineficiente y completamente injustificado de ingresos a favor de los hospitales privados por servicios que prestan los hospitales públicos.

C. Un régimen discriminatorio e inconstitucional

En conclusión, el establecimiento de este tipo de concesiones administrativas de la atención especializada de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social 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 una empresa privada; 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 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. 149.1.17ª CE** tampoco parece discutible porque la Comunidad de Madrid carece de competencias para alterar el régimen público de aseguramiento sanitario estableciendo un Régimen Especial de la Seguridad Social. 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 prima por habitante del territorio concesionado, cuya suma puede visualizarse como una auténtica *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.

IX. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD (ART. 14 CE), 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 o de guetos sanitarios; esto lógicamente conlleva la prolongación del apartheid a la prestación de la asistencia sanitaria, vulnerando las características esenciales del Sistema Nacional de Salud: 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 en nuestro Primer Informe, 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 impuestas 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.

X. 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 también constituye normativa básica respecto de la contratación de las Administraciones Públicas sanitarias.

X. 1. Una precisión importante: la distinción entre el concierto y la concesión de un servicio público

Es frecuente que las autoridades de la Comunidad de Madrid defiendan los contratos de concesión que estamos analizando con el argumento de que esta “*externalización de los servicios*” también se viene realizando por otras Comunidades Autónomas, como Andalucía o Cataluña. En realidad, la contratación externa de la prestación de determinados servicios sanitarios ha sido y es tradicional en la práctica de nuestras Administraciones Sanitarias, pero con una precisión importante: la contratación del servicio se hace bajo la modalidad de **concierto**, que según el art. 277 LCSP puede celebrarse con *una persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate*. De hecho, tanto la LGS en su art. 90, como la LCSNS en su art. 9 esta es la modalidad contractual que contemplan para la gestión indirecta de los servicios sanitarios.

Por eso, hasta la reciente implantación del *modelo Alzira*, la **concesión** nunca se había utilizado en España para la contratación de servicios sanitarios y, de hecho, las únicas Comunidades Autónomas que la han puesto en práctica son Valencia y Madrid. Por no insistir en que como modalidad de gestión privada, o de colaboración público-privada para la gestión de un Sistema Público de Salud, no se aplica por ningún otro país del mundo...

Mientras el **concierto** ha sido la modalidad tradicional para la gestión indirecta de servicios sociales (sanidad, enseñanza, asistencia social...), por la conveniencia de contratar con personas o instituciones, frecuentemente sin ánimo de lucro, conocidas por venir gestionando el mismo servicio; la **concesión** ha sido una modalidad aplicada a los servicios públicos de contenido económico (transportes terrestres por carretera y ferrocarril, suministros de agua, gas y electricidad, emisoras de radio y televisión, servicios urbanos de limpieza, recogida de basura y tratamiento de residuos...), susceptibles de ser explotados por un **empresario que gestione el servicio a su riesgo y ventura** (art. 277. a LCSP).

X. 2. Requisitos esenciales

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 (art. 90. 4 LGS). Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio (art. 132 LCSP).
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 el Contrato cumpla ninguno de los requisitos anteriores.

Primero, no existe norma alguna que establezca el régimen jurídico de una concesión del servicio de asistencia sanitaria especializada, ni de un seguro social de salud.

Segundo, el modelo de concesiones que pretende establecerse generaría una dinámica de guetos, 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.

Tercero, según reconocen el PCAP y el PPT los actuales sistemas de información del Servicio Madrileño de Salud no disponen de la capacidad y prestaciones suficientes para garantizar 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, estipulada en los contratos de concesión.

Esto significa que aunque el precio de los servicios que deberían facturarse sí está determinado, no se podría cumplir la preceptiva liquidación de los derechos y obligaciones contraídos recíprocamente entre los concesionarios 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. Por ello, las partes del Contrato incurrirían en una simulación relativa por conocer de antemano la imposibilidad del cumplimiento de la obligación esencial (que la concesionaria asuma el coste económico de todas las prestaciones). Y, en tal caso, no podría desconocerse que de esta eventual simulación se derivaría un fraude para la Hacienda de la Comunidad de Madrid porque el saldo resultante de la liquidación de las facturaciones intercentros arrojaría un saldo acreedor para el SERMAS y deudor para los concesionarios que se ha estimado por la propia Consejería en unos 280 millones de euros anuales.

Tercera Parte: La Inviabilidad de un Proyecto sin Personas

XI. CLAVES DE LA CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Las claves de la calidad de nuestro Sistema Nacional de Salud se fundamentan en el acierto de su diseño institucional: el aseguramiento universal y público por parte del Estado; la financiación pública; la adecuación de la organización a la continuidad de los servicios desde la atención primaria hasta la especializada; la prestación de los servicios a los usuarios en condiciones de igualdad efectiva y calidad...

Sin embargo, nada de esto funcionaría por sí solo: las instituciones no pueden ser mejores que las personas que las hacen funcionar y que las dotan de un determinado espíritu y vocación. La Sanidad española no es comprensible sin las personas que le han aportado un espíritu de medicina social, de compromiso personal con la calidad, de superación permanente. Con una visión completamente acertada, desde comienzos de los años sesenta el sistema público de salud se fue articulando en torno a tres ejes inescindibles: a) la asistencia sanitaria quedó vinculada a b) la formación de los nuevos profesionales (así surgió el programa MIR) y c) a la investigación. Este modelo ha sido el crisol para la formación de los nuevos médicos y enfermeras, para mantener la formación continua, para el aprendizaje no sólo de los libros sino directamente de los maestros en el tratamiento de los pacientes y, en definitiva, no sólo para el conocimiento de una ciencia, sino para la práctica de una técnica y de un arte, basadas en la evidencia empírica, para comprender, atender, curar, consolar o paliar la enfermedad y el sufrimiento de la persona humana.

Es difícil encontrar estas claves en el proyecto de concesión de hospitales que nos ocupa. Los costes han tapado a las personas, a los equipos profesionales que podrán quedar desarticulados con el consiguiente perjuicio para la calidad de la asistencia sanitaria especializada, y para la enseñanza y la investigación, cuya continuidad no parece viable; en definitiva para los ejes que sustentan, como decíamos, la calidad de nuestro sistema público de salud.

XII. LA DISCRIMINACIÓN DEL PERSONAL ESTATUTARIO INTERINO CON PLAZA

La cláusula 9 PCAP recoge las obligaciones de la entidad adjudicataria (una vez más el error, porque corresponden a la concesionaria) y

en su epígrafe 4.- figuran las relativas a los Recursos Humanos. Respecto del personal estatutario fijo dependiente del Servicio Madrileño de Salud, que se determina en el Anexo XVII, podrá optar por permanecer en el hospital objeto de concesión, bajo la dependencia funcional de la Sociedad Concesionaria y orgánica del Servicio Madrileño de Salud, percibiendo sus retribuciones a cargo de los presupuestos del Servicio de Salud, o participar en el proceso de movilidad específico que a los efectos se convoque, según lo previsto en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud. Asimismo el personal estatutario fijo podrá integrarse en la Sociedad Concesionaria como personal laboral de la misma, en cuyo caso quedarán en la situación de servicios bajo otro régimen jurídico contemplada en el artículo 65 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco, y en el 12 de la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid.

Sin embargo, en relación con el personal estatutario interino, no se reconocen los derechos anteriores y solamente se dispone *“contratar al personal interino detallado en el Anexo XVII, que manifieste su intención de incorporarse a la Sociedad Concesionaria. Dicha manifestación deberá efectuarse en el plazo de un mes a contar desde la adjudicación”*. Aunque el contenido de esta cláusula no queda claro respecto de sus efectos, sí parece -por las distintas redacciones de los supuestos de hecho- que no se reconocen los mismos derechos al personal estatutario interino respecto del fijo. Esto carece de base legal, por lo que constituye una discriminación. La Ley 55/2003, que aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, dispone en su art. 9.2 que *el nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones. Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada*.

En el caso que nos ocupa, el personal estatutario interino desempeña plazas vacantes de los hospitales, necesarias para atender las correspondientes funciones y dichas plazas no han sido amortizadas; por lo que no parece conforme a derecho que, de manera encubierta, se les cese en las mismas y se les obligue a incorporarse como personal laboral de las concesionarias.

La jurisprudencia que reconoce este derecho resulta clara. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2000 (RJ 5106) y de 7 de abril de 2004 (RJ 3445) explican su alcance:

“La cuestión controvertida ya ha sido resuelta recientemente por esta Sala; debiendo seguirse las argumentaciones que contiene la reciente sentencia de esta Sala de 25 de enero de 2000 (RJ 1597) declarando que dicha doctrina (entre otras, STS de 11 de mayo de 1999 [RJ 4723], 19 de mayo y 15 de diciembre de 1997 [RJ 4104, 9318], reiterando las de 21-9-1993 [RJ 6891], 29-1-1994 [RJ 391], 18-2-1994, 16-6-1994 [RJ 5441] y 25-9-1994 ha declarado, con reiteración, que los ceses del personal litigioso, deben ser declarados nulos y debe mantenerse al sustituido en tanto permanezca la plaza vacante hasta que no sea ocupada por el titular correspondiente (sentencias de esta Sala de 27 de febrero de 1991 [RJ 880], 20 de mayo [RJ 6287] y 21 de septiembre de 1993 y 29 de enero y 18 de febrero de 1994.

Las razones que llevan a esta conclusión que se exponen en dicha sentencia se pueden resumir en las siguientes: Porque como señala la sentencia del 14 de octubre de 1996 (RJ 7624), **«el personal estatutario de la Seguridad Social no está vinculado a ésta por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación con ella encierra una clara condición de Derecho público, al intervenir y contribuir de alguna forma en la gestión, actuación y realización de un servicio público, como es la Seguridad Social, tal como se desprende de lo que expresa el art. 41 de la Constitución y por ello el art. 1.3 a) del Estatuto de los Trabajadores excluye explícitamente de su ámbito a este personal de la Seguridad Social, criterios que han sido reiteradamente mantenidos por esta Sala, así en sus sentencias de 4 de diciembre de 1992, 22 de noviembre de 1993, 15 de julio de 1994 y 6 de febrero de 1995.**

En materia de interinidad resulta igualmente aplicable el principio de estabilidad en el empleo, propia de la relación funcional, y los preceptos estatutarios que la regulan han de interpretarse en el sentido de no regir la limitación temporal en ellos establecida. Como dice la sentencia del 14 de junio de 1993 (RJ 4670) «el mantenimiento de la indebida vacante y el encadenamiento de sucesivos e ilimitados contratos de interinaje para cubrirla con carácter provisional, comporta, sin duda alguna, la desnaturalización de la reiterada situación de interinidad en mérito a la causa que la origina y propicia, a su vez, la arbitraria y peligrosa utilización de un sistema de ocupación provisional en perjuicio no sólo del médico interino, al que debe reconocerse la posibilidad de continuar en la prestación del servicio hasta tanto se cubra en propiedad la plaza que ocupa, sino, también, del

beneficiario de la asistencia sanitaria que no debe verse sometido a un continuo cambio de facultativo que le atienda».

Las razones expuestas por las anteriores decisiones jurisdiccionales, no precisamente escasas y constitutivas de jurisprudencia, llevan a sostener que en el caso que nos ocupa debe darse una igualdad de trato al personal estatutario fijo e interino porque ***en materia de interinidad resulta igualmente aplicable el principio de estabilidad en el empleo, propia de la relación funcional, y los preceptos estatutarios que la regulan han de interpretarse en el sentido de no regir la limitación temporal en ellos establecida***, so pena de incurrir en discriminación (art. 14 CE).

XIII. EL CESE DE LAS ACTIVIDADES DOCENTES E INVESTIGADORAS TRAS EL CAMBIO DE LAS ENTIDADES RESPONSABLES DE LA GESTIÓN DE LOS HOSPITALES Y LA DESARTICULACIÓN DE LOS EQUIPOS HUMANOS

XIII. 1. Importancia y regulación básica de la docencia y la investigación en el Sistema Nacional de Salud

Según expusimos, en nuestro Sistema Nacional de Salud la asistencia médica, la formación universitaria de grado, la formación en las especialidades médicas imprescindibles para el ejercicio profesional (MIR), y la investigación están esencialmente integradas por una concepción dinámica del ejercicio de la medicina, implicada en la incorporación inmediata de los progresos científicos, la contribución a los mismos y en la formación científica y práctica de los nuevos profesionales mediante el desarrollo de su formación dentro de los centros sanitarios en contacto diario con el mundo de la salud.

Esta integración de las actividades asistenciales, docentes e investigadores es la clave de la calidad del Sistema y, por ello, ha quedado garantizada en su regulación básica estatal. La Ley General de Sanidad dispone que *toda la estructura asistencial del sistema sanitario debe estar en disposición de ser utilizada para la docencia pregraduada, posgraduada y continuada de los profesionales (art. 104) y que las actividades de investigación habrán de ser fomentadas en todo el sistema sanitario como elemento fundamental para el progreso del mismo (art. 106)*. Por su parte, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud contiene las siguientes disposiciones de cabecera:

PLANIFICACIÓN Y FORMACIÓN DE RECURSOS HUMANOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Artículo 34 Principios generales

La formación y el desarrollo de la competencia técnica de los profesionales deben orientarse a la mejora de la calidad del Sistema Nacional de Salud. Para ello se requiere:

- a) La colaboración permanente entre los órganos de las Administraciones públicas competentes en materia de educación, sanidad, trabajo y asuntos sociales, las universidades, las sociedades científicas y las organizaciones profesionales y sindicales.*
- b) La disposición de toda la estructura asistencial del sistema sanitario para ser utilizada en la docencia pregraduada, postgraduada y continuada de los profesionales.*
- c) La revisión permanente de las enseñanzas y de la metodología educativa en el campo sanitario, para la mejor adecuación de los conocimientos profesionales a la evolución científica y técnica y a las necesidades sanitarias de la población.*
- d) La actualización permanente de conocimientos, orientada a mejorar la calidad del proceso asistencial y garantizar la seguridad del usuario.*
- e) La inclusión de la perspectiva de género en las actuaciones formativas.*

LA INVESTIGACIÓN EN SALUD

Artículo 44 Principios

Es responsabilidad del Estado en materia de investigación en salud, y sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas:

- a) Establecer las medidas para que la investigación científica y la innovación contribuyan a mejorar de manera significativa y sostenible las intervenciones y procedimientos preventivos, diagnósticos, terapéuticos y rehabilitadores.*
- b) Garantizar que la actividad investigadora y de transferencia de resultados a la práctica clínica se desarrolla y se sustenta científicamente de manera demostrable.*
- c) Garantizar la observancia y el cumplimiento de los derechos, la protección de la salud y la garantía de la seguridad de la sociedad, los pacientes y los profesionales involucrados en la actividad de investigación.*
- d) Incorporar la actividad científica en el ámbito sanitario en el Espacio Europeo de Investigación.*

- e) Facilitar que en toda la estructura asistencial del Sistema Nacional de Salud se puedan llevar a cabo iniciativas de investigación clínica y básica, fomentando el desarrollo de la metodología científica y de la medicina basada en la evidencia.*
- f) Promover que la investigación en salud atienda las especificidades de mujeres y hombres.*

Tanto la LGS como la LCSNS desarrollan estos principios mediante las correspondientes exigencias de coordinación entre instituciones, que respete el orden de competencias atribuido a las mismas; pero no parece que el Contrato que nos ocupa se haya detenido a valorar estas exigencias, según exponemos a continuación.

XIII. 2. El cese de las actividades docentes

En primer lugar, por lo que respecta al personal en formación que se encuentra efectuando su residencia para la obtención de un título de especialista en ciencias de la salud (formación postgrado), en la cláusula 9.4.- del PCAP sobre las obligaciones EN RELACIÓN CON RECURSOS HUMANOS se describe lo siguiente:

f) Personal en formación por el sistema de residencia:

*El personal en formación que se especifica en el anexo XVII que se encuentra efectuando su residencia para la obtención de un título de especialista en ciencias de la salud en alguno de los centros objeto de concesión, formalizará nuevo contrato laboral docente, en su condición de trabajador, con la Empresa Concesionaria, **como nueva entidad titular de la unidad docente acreditada para impartir la formación**, en su condición de empleador o empresario, quien dará por validos los periodos de formación ya realizados y evaluados positivamente en la unidad docente correspondiente, conforme a lo previsto en el RD 1146/2006, de 6 de octubre por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas.*

En este punto, el Contrato dispone que la entidad titular a la que ha sido otorgada la acreditación de un centro o unidad docente tiene capacidad para traspasar dicha acreditación a la nueva empresa adjudicataria... ignorando que tal competencia corresponde al Ministerio de Sanidad: la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en su artículo 26.3, establece que corresponde al Ministerio de Sanidad, a instancia de la entidad titular del Centro, previos informes de la Comisión de Docencia de éste y de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma, y de acuerdo con los informes

y propuestas coordinados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud, resolver sobre las solicitudes de acreditación de centros y unidades docentes.

El Ministerio de Sanidad otorgará tal acreditación a una **entidad titular concreta** si cumple unos determinados criterios (formularios 1) y unos requisitos mínimos (formularios 2). En ningún caso puede subrogarse en la acreditación y las funciones que implica una nueva entidad titular, **sin un proceso de reacreditación previo**.

Estas acreditaciones otorgadas tanto al centro hospitalario como a las unidades docentes asociadas al mismo se basan en una exhaustiva valoración de múltiples condicionantes entre los que se encuentran un Plan de gestión de Calidad Docente, datos de personal vinculado al hospital, estructura administrativa, recursos físicos, especialidades, cartera de servicios, actividad hospitalaria y servicios básicos (formularios 1). La modificación de los mismos exige una nueva reacreditación tal y como se contempla en los tipos de solicitud establecidos por el ministerio (Reacreditación: renovación de la acreditación docente; y que puede estar motivada por cambios de legislación, reorganización de la estructura del Centro o Unidad Docente, actualizaciones del programa formativo oficial de la especialidad, cambios en los requisitos de acreditación, etc¹⁸).

En segundo lugar e incidiendo en la formación pregrado, el PCAP cláusula 9.12.- EN RELACIÓN CON LA DOCENCIA E INVESTIGACIÓN indica:

La Empresa Concesionaria deberá mantener y promover las condiciones que permitan el desarrollo en el Hospital de actividades docentes de grado y postgrado, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1558/1986 de 28 de Junio por el que se establecen las bases generales del régimen de concierto entre las universidades y las instituciones sanitarias, y la Orden de 31 de Julio de 1987 del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de Secretaría del Gobierno por la que se establecen los requisitos de las instituciones sanitarias que puedan ser objeto de concierto con Universidades para desarrollar la docencia en materias relacionadas con las ciencias de la salud.

18

http://www.mspsi.es/profesionales/formacion/docs/AcreditacionUltimo/FAQS_ACREDITACION_DOCENTE.pdf.

Este epígrafe da a entender que mediante el Contrato se traspasan todas las funciones relacionadas con docencia, incluidos los Conciertos con Universidades, a la nueva empresa. En este punto cabe aclarar que, al igual que en el anterior referido a la acreditación de centros y unidades docentes, y tal y como se establece en el RD 1558/1986, los conciertos se establecen entre las Universidades y la Administración Pública pero respecto de las Instituciones Sanitarias en las que vaya a desarrollarse la actividad, verificando la constitución de las unidades docente-asistenciales de los Centros que organicen las enseñanzas relacionadas con las ciencias de la salud, proporcionando, en coordinación con la infraestructura sanitaria correspondiente, asistencia del máximo nivel científico y desarrollando funciones de investigación en las áreas de las ciencias de la salud.

Así pues, al igual que en el caso anterior, debe quedar claro que no pueden traspasarse las funciones de docencia y formación a una entidad con la que no está establecida el concierto.

En resumen:

- 1.- Respecto a la formación postgrado, no puede transmitirse la acreditación docente de una entidad titular a otra (como pretende el Contrato en el apartado de recursos humanos relativo a residentes), ni desde luego traspasar sus funciones. Es obligatorio que la nueva entidad esté acreditada para asumir dichas funciones, lo cual es competencia de Ministerio de Sanidad (en ningún caso del Servicio Madrileño de Salud y mediante contrato).
- 2.- Los cambios en las condiciones en que se ha basado dicha acreditación (área de referencia, cartera de servicios, plantilla...) son motivo de solicitud de una nueva acreditación.
- 3.- Respecto a los Conciertos entre los Centros y las Universidades para la formación pregrado, solamente están vigentes respecto de las entidades y en las condiciones que se han suscrito, por lo que sus funciones no pueden traspasarse.

Así pues, la entrada en funcionamiento de los hospitales, bajo un nuevo régimen de gestión por concesión y bajo la responsabilidad de una entidad distinta de la que obtuvo las acreditaciones docentes o suscribió los conciertos, supondrá el cese de las actividades docentes, en tanto los concesionarios no obtengan las acreditaciones pertinentes otorgadas por el Ministerio de Sanidad o suscriban nuevos conciertos con las Universidades.

XIII. 3. El cese de los proyectos de investigación

El PCAP cláusula 9.12.- EN RELACIÓN CON LA INVESTIGACIÓN indica:

*La Empresa Concesionaria... Igualmente velará por el desarrollo de las actuaciones que en materia de formación e investigación se vinieran desarrollando incluidos los ensayos clínicos que estuvieran en marcha, **subrogándose en los convenios y/o contratos vigentes** (incluidos como Anexo XIX) en el momento en el que se inicie la gestión externalizada de la gestión en atención especializada.*

Al igual que sucede con la formación, el SERMAS carece por completo de capacidad para disponer que los concesionarios y los hospitales funcionando bajo un régimen distinto de gestión **se subroguen en los convenios y contratos vigentes para el desarrollo de proyectos de investigación**; por la potísima razón de que los Proyectos de Investigación se aprueban *intuitu personae*, en función de una persona que, por su *curriculum*, ostenta la cualidad de Investigador Principal y Director de un Equipo de Investigación, también compuesto por personas con unos *curricula* propios.

Además, en muchos Proyectos como los financiados por los Programas Nacionales de Investigación, en las bases de la convocatoria se excluye expresa y específicamente que su desarrollo se realice en entidades con ánimo de lucro; o se exige que si se desarrollan por entidades privadas puedan acreditar capacidad o actividad demostrada en acciones de I+D.