

# LA CONCESIÓN COMO MODALIDAD DE COLABORACIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS SANITARIOS Y SOCIALES<sup>1</sup>

FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de La Laguna

1. LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA CONCESIONAL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS Y SOCIALES: 1.1. *La concesión como contrato de gestión de servicios públicos sanitarios con construcción de hospital.* 1.2. *La concesión de obra pública sanitaria y sociosanitaria.* 1.3. *Entes públicos que construyen y arriendan los inmuebles a la Administración sanitaria.*—2. LAS RAZONES DE ESTA HUIDA HACIA FORMAS CONCESIONALES: 2.1. *Las causas de que la concesión sea una forma novedosa de colaboración privada en estos servicios.* 2.2. *El motivo de la huida hacia la concesión: demanda social de más servicios versus restricciones presupuestarias públicas.*—3. PROS Y CONTRAS DE LA CONCESIÓN EN LOS SERVICIOS SANITARIOS Y SOCIALES: 3.1. *Naturaleza jurídico-comunitaria de las concesiones sanitarias y sociosanitarias:* A) La concesión: obra o servicio con pago de tarifas por los usuarios. B) La concesión de obras y servicios sanitarios: asociación público-privada (concesión «gratuita»). 3.2. *Valoración a la luz de la normativa presupuestaria: ¿riesgo?, ¿qué riesgo?:* A) Apunte obligado sobre el alcance de la normativa europea sobre la deuda y el déficit público. B) Delimitación de riesgos en las concesiones sanitarias españolas: deuda pública disfrazada. 3.3. *Valoración como modalidad de colaboración privada en los servicios públicos sanitario y social:* A) Los pros: nuevos establecimientos, tiempo y coste de construcción ajustados. B) Los contras: sin evaluar la alternativa pública, larga duración, la congelación de la infraestructura. C) Los contras propios de las concesiones de servicios hospitalarios: riesgo de «selección pacientes», cláusula de progreso, continuidad servicio.—4. EN PARTICULAR, LA PRIMACÍA DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS SOBRE LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS SANITARIAS Y SOCIALES.—5. REFLEXIÓN FINAL: SÓLO MÁS CARGAS FINANCIERAS PARA LA SANIDAD Y LOS SERVICIOS SOCIALES.—BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

Este trabajo explica el uso de la concesión como forma de colaboración privada en la construcción, financiación, explotación y, en algún caso, gestión de hospitales y residencias de mayores públicos. Se describen los aspectos esenciales de esos contratos. Se explican las razones por las cuales la concesión es una técnica desconocida en la ordenación de esos servicios públicos. Se da cuenta de los límites impuestos por las autoridades europeas sobre la deuda y el déficit público. Se analizan los pros y los contras que supone utilizar esta técnica (riesgo y ventura) en servicios donde prima la necesidad sanitaria o social (cueste lo que cueste). Finalmente, se pone este fenómeno en relación con los problemas actuales de la sanidad pública y la asistencia sociosanitaria.

*Palabras clave:* concesión; colaboración público-privada (APP); deuda pública; hospital; residencias sociales.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo constituye el texto escrito de la ponencia presentada en el XVI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, bajo el título de «Le esternalizzazioni», celebrado del 25 al 27 de mayo de 2006 en Génova. Agradezco a los organizadores la invitación para intervenir en el mismo; en particular, a los Profesores Rafael ENTRENA CUESTA y Joaquín TORNOS MAS.

## ABSTRACT

This paper explains concession as a new way of private cooperation in build, finance, exploit and, in cases, manage public hospitals and older residences. Its describes essential aspects from contracts. Its explains why concession is new in those public services. Limits on public debt and public financial deficits imposes by European Comunitarian Authorities are behind those initiatives. Its analyses advantages and disadvantages using concessions and public-private partnership contracts in public health and social services. These program is confronted with long term public health problems.

*Key words:* concessions; public-private partnerships; public debt; hospitals; social services.

## 1. LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA CONCESIONAL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS Y SOCIALES

### 1.1. *La concesión como contrato de gestión de servicios públicos sanitarios con construcción de hospital*

El uso de la concesión como instrumento que permita la colaboración privada con los servicios públicos sanitario y social, pese a la tradición de esta figura, es algo reciente y novedoso, casi tanto, pero en sentido contrario, como esa categoría es característica de otros servicios públicos (transportes terrestres)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> El análisis que sigue se centra en la utilización de la técnica concesional en la sanidad y los servicios sociales en España, no en un estudio de esa técnica, ni del régimen general de estos servicios públicos. En todo caso, sobre la concesión, es obligada la remisión al trabajo, ya clásico, de J. L. VILLAR PALASÍ, «Concesiones administrativas», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IV, Seix, Barcelona, 1952, págs. 684 a 770. En cuanto a la sanidad pública, las explicaciones de S. MUÑOZ MACHADO, *La sanidad pública en España (evolución histórica y situación actual)*, IEA, Madrid, 1975; más tarde, *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, 176 págs.; J. M.<sup>a</sup> FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, 154 págs.; E. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, IVAP, Oñati, 1988, 320 págs.; J. PEMÁN GAVÍN, *Derecho a la Salud y Administración Sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, 257 págs., y, más reciente, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Comares, Granada, 2005, 395 págs.; M. BEATO ESPEJO, «El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad», núms. 119 y 120 de esta REVISTA, 1989, págs. 379 a 418, 381 a 400; M. REBOLLO PUIG, «Sanidad», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del Bienestar*, Escuela Libre y Civitas, Madrid, 1997, págs. 217 a 294; L. PAREJO, F. LOBO y M. VAQUER (coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2001, 309 págs.; L. PAREJO, A. PALOMAR y M. VAQUER, *La reforma del Sistema Nacional de Salud: cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 393 págs. Para los servicios públicos sociales, los libros de J. L. BELTRÁN AGUIRRE, *El régimen jurídico de la acción social pública*, IVAP, Oñati, 1992, 398 págs.; M. MORENO REBATO, *Régimen jurídico de la asistencia social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, 378 págs., y M. VAQUER CABALLERÍA, *La acción social (Un estudio sobre el Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 254 págs. Para un colectivo determinado y fundamental, J. TORNOS MAS (coord.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 766 págs.

El primer supuesto se sitúa en la convocatoria pública, en 1997, de un contrato administrativo para la gestión de la atención sanitaria especializada del Área 10 del Servicio Valenciano de Salud, previa construcción y equipamiento del centro hospitalario necesario para prestar esa asistencia.

Los aspectos más relevantes de ese contrato son los siguientes<sup>3</sup>:

— Sujetos: Consejería de Sanidad (Generalidad Valenciana) y una Unión Temporal de Empresas (Adeslas, 51%; Bancaja y CAM, 45%; ACS-Dragados y Lubasa, 4%).

— Objeto: *a)* La construcción del Hospital Comarcal de la Ribera, con los equipamientos necesarios (230 camas), sobre un suelo de titularidad pública con una inversión prevista de 41,45 millones de euros. Una vez concluido, previa recepción, se integra en la red pública y adquiere la condición de dominio público. *b)* La prestación de los servicios de asistencia sanitaria, especializada y ambulatoria, a la población protegida del Área de Salud 10 del Servicio Valenciano de Salud. La gestión lo es del nuevo hospital y de dos centros de especialidades ya existentes (Sueca y Alcira). El personal del hospital lo aporta el contratista.

— Duración: La construcción y el equipamiento: 18 meses —plazo máximo—; la gestión del servicio: 10 años, prorrogables otros 5.

— Financiación: Captación de recursos en el mercado privado de capitales.

— Retribución: Se fija sobre bases capitativas, incluyendo tanto el coste de la asistencia como los de construcción y financiación del nuevo centro hospitalario, su equipamiento y mantenimiento. En el momento de adjudicación: 34.000 pesetas por persona cubierta y año (216 euros/año), para un total de 230.000 habitantes. En el caso de la atención a pacientes de otras áreas de salud, la facturación es separada. No existe aportación directa de los usuarios o pacientes por la atención que reciban.

— Riesgo y ventura *versus* equilibrio económico-financiero: No se menciona el riesgo y ventura. No hay referencia expresa al equilibrio económico-financiero. El canon per cápita se actualiza, anualmente, conforme al IPC. Por otra parte, el pago se produce a partir de la entrada en funcionamiento del centro hospitalario.

— Cláusula de progreso: Se establece la obligación de prestar el servicio conforme el catálogo de prestaciones sanitarias y el anteproyecto de explotación. Es responsabilidad del Servicio Valenciano de Salud asegurar la calidad asistencial.

---

<sup>3</sup> La convocatoria pública, en el *Diario Oficial de la Generalidad de Valencia* 2938, de 25 de febrero de 1997.

— Potestades de la Administración: En orden a controlar la gestión y supervisar el funcionamiento del servicio, el Servicio Valenciano de Salud designa un funcionario que ejercerá esas tareas en el mismo centro (el tradicional Delegado del Gobierno).

— Extinción: Reversión al Servicio Valenciano de Salud (en caso de resolución anticipada: con indemnización amortización pendiente).

Esta iniciativa de la Comunidad Valenciana constituyó una novedad por dos motivos fundamentales: el primero, la forma de construcción a través de concesión de servicio público, habida cuenta la tradición de la Seguridad Social española (Instituto Nacional de Previsión, primero; Instituto Nacional de la Salud, después) de construir los centros sanitarios públicos mediante contrato de obras; y el segundo, tanto o más importante, la retribución del contratista sobre bases capitativas, no por acto médico, con la intención de evitar la prestación de asistencia sanitaria innecesaria que aquella modalidad de pago incentiva<sup>4</sup>. En su momento, este contrato se presentó como ejemplo de financiación privada de obras públicas (en este caso, un hospital), aunque, en rigor, es un supuesto de financiación pública, presupuestaria, diferida, de la obra, sin pago alguno por el usuario, para quien el servicio sigue siendo «gratuito», como lo es en cualquier centro hospitalario público<sup>5</sup>.

Casi una década después, su valor como referente sigue siendo relevante, pero el tiempo transcurrido ha puesto sobre la mesa algunos problemas. La inversión inicial pasó de 41 hasta 72 millones de euros. De 1998 a 2002, la UTE perdió 5,24 millones de euros, si bien los compensó, en parte, facturando por atención a pacientes de otras áreas de salud —en especial, partos—. En 2003, la Generalidad acordó resolver la concesión abonando a la concesionaria 67,7 millones

---

<sup>4</sup> Se trata de un supuesto particular del contrato administrativo de gestión de servicios públicos, modalidad concesión, como se explicó en F. J. VILLAR ROJAS, «La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud: ¿hacia la deregulación de la sanidad pública», *Revista Derecho y Salud*, 6/2, 1998, págs. 74 a 91. Para un análisis detallado de esta modalidad contractual, el trabajo clásico de F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, págs. 501 a 671; y, más recientes, J. F. MESTRE DELGADO, «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», en S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2003, págs. 1474 a 1538; F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios locales*, 6.<sup>a</sup> ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 185 a 250; J. J. LAVILLA RUBIRA, «El contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en R. GÓMEZ FERRER-MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.<sup>a</sup> ed., Thomson-Civitas, 2004, págs. 943 a 980.

<sup>5</sup> La asistencia sanitaria es gratuita, sin pago alguno por el paciente en el momento de recibirla. No existe un mandato legal expreso que lo declare, si bien así resulta del juego de los artículos 16, 67.3, 78 a 81 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

de euros (43,99 millones por la amortización pendiente, 25,4 millones por lucro cesante). Resuelto el contrato, la Administración lo convocó nuevamente con algunos cambios: se incluyó la prestación de la atención primaria —eliminando los conflictos existentes mediante la adscripción funcional de los centros de salud del área—, se elevó el precio hasta 379 euros por persona y año, se fijaron incentivos en orden a la reducción del gasto farmacéutico (hasta el 30% de los ahorros cuando el gasto sea inferior a la media de la Comunidad) y se aumentó el plazo hasta los 15 años más 5 de prórroga. La nueva concesión fue adjudicada a la misma UTE.

Esta modalidad de concesión de servicio público, previa construcción de centro sanitario, con retribución capítativa, ha vuelto a ser aplicada en la construcción de los nuevos Hospitales de Torrevieja, Denia y Manises, en la Comunidad Autónoma de Valencia<sup>6</sup>; del Hospital de Valdemoro, de la Comunidad Autónoma de Madrid<sup>7</sup>, y de varios centros de salud en Cataluña<sup>8</sup>.

### 1.2. *La concesión de obra pública sanitaria y sociosanitaria*

La siguiente modalidad de concesión empleada en la asistencia sanitaria y, en este caso también, en la asistencia social y sociosanitaria es el contrato de concesión de obra pública. El paradigma es la Comunidad Autónoma de Madrid. En 2004, el Gobierno autonómico promovió la construcción de siete hospitales en régimen de concesión de obra pública (ya adjudicados). Se trata de los Hospitales Co-

---

<sup>6</sup> La convocatoria del Hospital de Manises, en el *Diario Oficial de la Generalidad Valenciana* 5242, de 20 de abril de 2006. Su caracteres más destacados: hospital de 241 camas; plazo de 25 meses construcción; 15 años más 5 de prórroga de gestión; precio: 494,72 euros/año por persona; 139.514 habitantes. En cuanto al binomio riesgo-equilibrio económico, el pliego avanza con respecto al que rigió el Hospital de Alcira. Así, con el fin de evitar la «desinversión» del centro, se impone un plan quinquenal de inversiones a lo largo de la duración de la concesión, y para evitar una reducción del esfuerzo sanitario en los pacientes atendidos por este hospital se establece una cláusula de revisión de precios con referencia al crecimiento anual del presupuesto sanitario de la Generalidad de Valencia —el IPC sanitario es superior al IPC ordinario—. En cuanto a la cláusula de progreso, nada se dice, si bien se aclara que la calidad asistencial debe ser igual a la de los centros sanitarios públicos y que el incumplimiento se considera infracción grave.

<sup>7</sup> Los datos básicos para la concesión del Hospital de Valdemoro: convocatoria, *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* 189, de 10 de agosto de 2005; adjudicación, *Boletín Oficial del Estado* 40, de 16 de febrero de 2006. Características esenciales: 133 camas; concesionario obligado a constituirse en sociedad anónima; 30 años de duración; retribución: 330 euros/año por persona (76.492 habitantes).

<sup>8</sup> Es el caso del contrato de gestión de servicio, con obra de ampliación, del servicio de atención primaria del ámbito del Área Básica de Salud de Montserrat (duración: obras y equipamiento, 1 año; gestión: 10 años; población a atender: 20.167 habitantes; retribución máxima: 3 millones de euros). Convocatoria del concurso: *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya* 4593, de 15 de marzo de 2006.

marcales de San Sebastián de los Reyes, Coslada, Arganda del Rey, Parla, Aranjuez, Vallecas y Puerta de Hierro (este último con 740 camas).

El régimen jurídico de estos contratos es prácticamente el mismo. A los efectos de presentar sus notas esenciales se toma como referencia la convocatoria, pliego y adjudicación del Hospital de Coslada<sup>9</sup>. Esas notas son las siguientes:

— Sujetos: Consejería de Sanidad (Comunidad de Madrid) y Unión Temporal de Empresas, que se debe constituir en sociedad anónima, quedando sujetos los cambios accionariales a control administrativo previo, incluida la pignoración de acciones como garantía financiera (fue adjudicado a Sacyr, S.A.; Testa Inmuebles en Renta, S.A., y Valoriza Facilities, SAU).

— Objeto: La redacción del proyecto, construcción y explotación de la obra del Hospital de Coslada (239 camas; cobertura: 158.000 habitantes; inversión: 65,7 millones euros). En particular, la «explotación de la obra» consiste en poner a disposición de la Administración sanitaria el inmueble y el equipamiento no sanitario —lo que incluye su mantenimiento—, la prestación de servicios residenciales y complementarios no sanitarios (lavandería, *catering*, limpieza, vigilancia...) y la prestación de los servicios comerciales (cafetería, tiendas, aparcamiento). En ningún caso, la explotación abarca los servicios médico-sanitarios; tampoco el equipamiento de alta tecnología y las tecnologías de la información.

— Duración: 30 años, incluidos 18 meses para la construcción, salvo que el concesionario ofertase un plazo menor. Este plazo es prorrogable hasta el máximo legal (40 años).

— Financiación: Captación de recursos en el mercado privado de capitales. El derecho del concesionario a una retribución se considera activo susceptible de cederse, pignorar, titulizarse o integrarse en fondos de titulización, previa autorización de la Administración.

— Retribución: Formada por las cantidades a pagar por la Administración y por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial. Los usuarios de los servicios médicos no pagan.

En particular, las cantidades a pagar por la Administración tienen la siguiente estructura:

- Cantidad máxima anual (ofertada por el concesionario: 14,9 millones de euros por año).

---

<sup>9</sup> La convocatoria del concurso, con síntesis del pliego y remisión al mismo, se publicó en el *BOE* 18, de 21 de enero de 2005; la adjudicación, en *BOE* 151, de 25 de junio de 2005.

Se basa en la ocupación media anual de las instalaciones del 85%, medido en camas ocupadas por paciente y día, y la plena disposición de la totalidad de los servicios a utilizar por la Administración, medidos de acuerdo con parámetros objetivos de calidad y disponibilidad, fijados en el pliego, para un periodo de 24 horas al día, 365 días al año.

- Esa cantidad tiene dos apartados: cantidad fija anual y cantidad variable anual.
- La cantidad fija anual no puede superar el 40% de la cantidad máxima anual ofertada. La cantidad variable anual es la cuantía máxima restante para el supuesto de cumplimiento de todos los estándares de calidad establecidos (los licitadores ofertarán una tarifa anual a tanto alzado para cada uno de los servicios ofertados).

— Riesgo y ventura *versus* equilibrio económico-financiero: La obra se construye y «explota» a riesgo y ventura del concesionario; si bien moderada en el caso de la obra y de los servicios complementarios —la parte fija de la retribución, más supuestos de revisión equilibrio ordinarios—. El riesgo no tiene exclusiones ni genera derecho a compensación en tres casos: la explotación de las zonas comerciales, el nivel de demanda de los usuarios —más o menos consultas e ingresos— y el aumento, supresión, reducción o modificación de los servicios médicos que sirvan la zona.

— Cláusula de progreso: Se establece la cláusula de progreso técnico, debiendo la sociedad concesionaria mantener y explotar la obra pública (inmueble, equipamientos y servicios no médicos) de conformidad con lo que en cada momento y según el progreso de la ciencia disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad.

— Potestades Administración: En orden a la monitorización, control y evaluación de todos los servicios, la Administración crea una Unidad Técnica de Control que opera en el centro hospitalario.

— Extinción: En el momento de extinción se produce la reversión de la obra pública y zonas complementarias a la Administración sanitaria.

Éste es el régimen básico. Es preciso destacar tres aspectos: el primero, que la gestión de los servicios médico-sanitarios queda en manos de la Administración competente, no del concesionario; el segundo, que la financiación de la construcción del hospital admite la negociación con la retribución futura que pueda obtener el contratista; y el tercero, que, una vez en funcionamiento, quien le paga al concesionario es la Administración, no los usuarios-pacientes, bien es cier-

to que con unos criterios vinculados con la calidad y regularidad de los servicios no sanitarios y de las instalaciones que son utilizadas<sup>10</sup>.

A partir de esta iniciativa, esta fórmula se ha extendido a otras Comunidades para la construcción de centros sanitarios: el Hospital de Burgos en Castilla y León<sup>11</sup>, el Hospital Son Dureta en Baleares<sup>12</sup>, y la ampliación parcial del Hospital Virgen del Rocío en Andalucía<sup>13</sup>.

Por otra parte, esta misma técnica está siendo empleada por algunas entidades locales para la construcción de nuevos centros de servicios sociales especializados; es el caso, a título de ejemplo, de los centros sociosanitarios de Tenerife y Gran Canaria, promovidos por los respectivos Cabildos Insulares<sup>14</sup>. No obstante, los pliegos pre-

<sup>10</sup> Se trata de un caso particular de concesión de obra pública como contrato administrativo típico. Una primera valoración, en F. J. VILLAR ROJAS, «La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios», *Revista Derecho y Salud*, 14, 2006, Actas del XIV Congreso Derecho y Salud, Zaragoza, noviembre de 2005, págs. 1 a 16. Para una explicación completa de este contrato típico, nos trabajos de A. EM-BID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, 491 págs.; los artículos recogidos en R. GÓMEZ FERRER-MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, págs. 752 a 820, 1085 a 1356 y 93 a 820, y A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dir.), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, 555 págs. Sigue siendo válido, aun sobre el proyecto de ley, el número monográfico, «El nuevo sistema concesional», de la *Revista de Obras Públicas*, 3425, 2002.

<sup>11</sup> La convocatoria se publicó en el BOE 202, de 24 de agosto de 2005. Fue adjudicado a una agrupación empresarial, con presencia de cajas de ahorro, constructoras y entidades financieras, mediante resolución incluida en el BOE 94, de 20 de abril de 2006. El objeto es la construcción de un hospital de 678 camas, con una duración de 30 años, y una retribución anual a la concesionaria superior a 38 millones de euros —con criterios correctores según calidad y disponibilidad ya estudiados—.

<sup>12</sup> La convocatoria se publicó en BOE 276, de 18 de noviembre de 2005. Se encuentra pendiente de adjudicación (presupuesto de licitación: 779 millones de euros; retribución: canon preestablecido y canon variable). Del pliego de cláusulas administrativas es preciso destacar los siguientes aspectos: su objeto incluye los servicios no sanitarios y comerciales, el equipamiento del establecimiento y, a diferencia de los centros de la Comunidad de Madrid, los sistemas informáticos (TICs); se admiten todas las modalidades privadas de financiación previstas por el legislador; igualmente, en cuanto al riesgo concesional, se formula la declaración general, pero se precisa el derecho al equilibrio económico-financiero en los casos de *ius variandi*, fuerza mayor, modificación de las prescripciones técnicas, cuando los rendimientos vinculados con los servicios no clínicos no alcancen o superen los umbrales máximo y mínimos considerados en la oferta y, además, cuando la tasa interna de retorno exceda de la fijada por el concesionario en su oferta —en este caso, la Administración tendrá derecho al 20% de ese exceso—; por último, se insiste en la obligación del concesionario de actualizar el equipamiento de acuerdo con el progreso de la técnica, pero se añade: *«de conformidad con las cuantías de inversión y periodicidad de los desembolsos previstos en la oferta»*.

<sup>13</sup> La convocatoria se publicó en BOE 103, de 1 de mayo de 2006. Su objeto es complejo: construcción de un centro de investigación biomédica, aparcamiento subterráneo e infraestructura complementaria, con explotación parcial de estas infraestructuras (las no sanitarias). Se encuentra pendiente de adjudicación.

<sup>14</sup> Se trata de las concesiones para la construcción, equipamiento y explotación de centros sociosanitarios para mayores de S.C. de Tenerife y Santa Úrsula (BOE 197, de 18 de agosto de 2003), La Guancha y Tejina (BOE 50, de 28 de febrero de 2005), todos en Tenerife; y las residencias de mayores de Santa Brígida y de Vecindario, en Gran Canaria (BOE 202, de 21 de agosto de 2004, y 271, de 12 de noviembre de 2005, respectivamente).

sentan algunas diferencias. La más relevante es que el concesionario recupera la inversión y coste de prestación de los servicios a partir de las tarifas que abonen los usuarios designados por la Administración —tarifas subvencionadas—, más las tarifas que perciba por las plazas libres que sean construidas —en número limitado—.

### 1.3. *Entes públicos que construyen y arriendan los inmuebles a la Administración sanitaria*

La tercera modalidad es aquella en la que se crea un ente interpuesto entre la Administración sanitaria y el contratista encargado de la construcción del centro o establecimiento, asumiendo aquel ente la condición de arrendador y la Administración la de arrendataria. No se trata de la creación de empresas públicas a las que se traspa la contratación de obras y servicios, sino que esas empresas arriendan los inmuebles a la Administración sanitaria correspondiente para que éstas presten servicios asistenciales<sup>15</sup>.

Es el caso de la empresa pública regional *Gestora de Infraestructuras Sanitarias de la Región de Murcia, S.A. (GISCARMSA)*, creada por Decreto 129/2004, de 17 de diciembre. El 24 de febrero de 2005, esta empresa suscribió un convenio-marco de colaboración con la Consejería de Sanidad para la construcción del nuevo Hospital de Cartagena. A la conclusión de las obras, ambas partes se comprometen a suscribir un convenio específico de arrendamiento operativo, en virtud del cual la empresa pública conserva la titularidad del hospital, que arrienda a la Comunidad Autónoma a cambio de una remuneración por su utilización y prestación de servicios<sup>16</sup>.

El segundo ejemplo corresponde a la empresa *Sanitat Integral del Baix Llobregat, S.L.*, empresa pública dependiente del Consorcio Sanitario Integral (Servicio Catalán de la Salud, Instituto Catalán de la Salud, Cruz Roja, Ayuntamientos de Sant Joan Despí y L'Hospitalet, y el Consejo Comarcal del Baix Llobregat). En orden a la construcción del nuevo Hospital Comarcal del Baix Llobregat, esta empresa ha convocado y adjudicado por cuenta del citado Consorcio un contrato que tiene por objeto las obras e instalaciones de ese hospital, el mantenimiento y reposición, la construcción de un aparcamiento anexo, la financiación de las obras e instalaciones, y la prestación de

---

<sup>15</sup> Una primera aproximación a este peculiar arrendamiento: P. HERRANZ EMBID, «Régimen general de las obras públicas», en J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 770 a 774.

<sup>16</sup> Estas referencias, en *B.O. Región de Murcia* 65, de 18 de marzo de 2005, y en el *BOE* 54, de 4 de marzo de 2005.

algunos servicios no sanitarios —suministros de agua, gas natural, electricidad, televisión y telefonía para las habitaciones—. El nuevo centro cuenta con 238 camas, una inversión inicial de 54 millones de euros, y una vigencia de 30 años, durante los cuales la UTE adjudicataria percibirá un canon de la sociedad contratante<sup>17</sup>.

En el ámbito de Cataluña existe una tercera modalidad empleada en la construcción y explotación de centros de enseñanzas medias, cárceles, comisarías de policía, oficinas de la Generalidad, que merece ser destacada, aun cuando no se haya utilizado para establecimientos sanitarios o sociales. Se trata de los contratos convocados y adjudicados por la empresa pública *Gestió d'infraestructures, S.A.*, cuyo objeto es la constitución de un derecho de superficie sobre parcelas públicas con la finalidad de construir determinados edificios, conservarlos y explotarlos mediante su arrendamiento a la Generalidad. Los plazos de construcción y explotación son parecidos a los ya comentados: sobre 18 meses la edificación y en torno a 30 años el derecho de superficie, con reversión gratuita. El canon de arrendamiento incluye la inversión realizada y se corrige según parámetros de disponibilidad y estado de conservación del inmueble<sup>18</sup>.

## 2. LAS RAZONES DE ESTA HUIDA HACIA FORMAS CONCESIONALES

### 2.1. *Las causas de que la concesión sea una forma novedosa de colaboración privada en estos servicios*

El modelo actual de gestión, tanto de la sanidad pública como de los servicios sociales, trae causa de decisiones legislativas adoptadas en los años cincuenta y sesenta del siglo XX, en el momento de construcción y extensión del sistema de Seguridad Social en España. El que la mayor parte de los centros, servicios y establecimientos sani-

<sup>17</sup> Estos datos aparecen en *BOE* 294, de 7 de diciembre de 2004. Nota de prensa, en *El País*, 7 de abril de 2005.

<sup>18</sup> Un ejemplo de utilización de esta técnica, en *BOE* 54, de 4 de marzo de 2005, de construcción de cuatro edificios que, junto al mantenimiento de otro, se destinan a la Comisaría Central de los Mossos d'Esquadra. Facilita esta modalidad la Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente (derogada por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales). La regulación estatal, de aplicación común, es más limitada (arts. 1655 del Código Civil, y 287 y ss. Texto Refundido Ley del Suelo y Ordenación Urbana, 1992). En todo caso, este derecho es reconocible —en parte— en el artículo 98 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en este sentido, aunque crítico con la formulación legal, A. JIMÉNEZ-BLANCO, «Negocios jurídicos sobre la concesión», en C. CHINCHILLA MARÍN, *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 477 y 478).

tarios sean de titularidad pública es el resultado del largo y complejo proceso de publicación de la Seguridad Social<sup>19</sup>; del mismo modo lo es la presencia de un gran número de entidades privadas, normalmente sin ánimo de lucro, en la prestación de servicios sociales.

La primera explicación del peso de la gestión directa en la asistencia sanitaria pública radica en el «éxito» de la Seguridad Social española<sup>20</sup>. Y es que, en 1942, cuando la Ley crea el Seguro Obligatorio de Enfermedad, encargando su funcionamiento al Instituto Nacional de la Salud, esta entidad pública carecía tanto de profesionales como de centros y establecimientos propios. Este motivo explica que, inicialmente, la asistencia se prestara con medios ajenos mediante contratos de servicios suscritos con los centros sanitarios y hospitales de las entidades locales y privados. Esa norma se refería a conciertos con instituciones públicas y privadas, cajas de empresas, mutualidades e igualatorios (arts. 27 y 29). Sin embargo, las deficiencias de estos establecimientos, unidas a la gran cantidad de recursos económicos de que pronto dispuso la Seguridad Social, llevaron a la construcción de una red de centros hospitalarios y ambulatorios de titularidad pública —primero el plan de instalaciones, luego la red de residencias sanitarias—, atendidos por personal propio, el denominado personal estatutario. El declive de la red hospitalaria local y la expansión de la Seguridad Social convirtieron la red sanitaria pública en la más importante del país. El concierto como modalidad de colaboración privada subsiste (art. 209 del Texto Articulado de la Ley General de Seguridad Social, 1966), pero pasa a un segundo plano. Que pudo ser de otra manera lo evidencia la reducida red de centros propios en el caso de la prestación de asistencia social de la Seguridad Social, que se apoyó en los locales y privados ya existentes.

La segunda razón es ideológica. La más importante en cuanto al tema que se estudia. El rechazo a hacer dinero con la Seguridad Social y, en particular, con la salud. Este entendimiento se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, donde se decía que: *«Una de las causas que explica más satisfactoriamente, no sólo la gestión pública de la Seguridad Social, sino también la pervivencia y esplendor a través de los siglos del fenómeno de aseguramiento mutualista, incluso dentro de esquemas de Seguros Sociales obligatorios, es la inexistencia de ánimo de lucro como móvil de su actuación»*. Esta idea llevó a dar un paso

<sup>19</sup> Sobre esta cuestión, F. GARRIDO FALLA, «La administrativización de la gestión de la Seguridad Social», núm. 140 de esta REVISTA, 1996, págs. 7 a 24.

<sup>20</sup> En este sentido, J. VELARDE FUERTES, *El tercer viraje de la Seguridad Social en España. Aportaciones para una reforma desde la perspectiva del gasto*, Madrid, 1990, págs. 204 a 208.

más: «*la prohibición terminante de actuar en el terreno de la Seguridad Social, obteniendo o buscando un lucro mercantil*». Todo esto se tradujo en la base 1.<sup>a</sup>, 1.º, que dispuso lo siguiente: «*La ordenación de la Seguridad Social quedará articulada sobre una conjunta consideración de las contingencias y situaciones objeto de cobertura y en ningún caso podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil*». Lo repitió el artículo 3.4 del Texto Articulado de la Ley General de Seguridad Social de 1966. Esta premisa condiciona el alcance de la referencia legal a la posibilidad de concertar los servicios sanitarios con terceros (base 6.<sup>a</sup>, 26, de la citada Ley de Bases; art. 209 de la Ley General de Seguridad Social). Esta disposición no es la única que determina la gestión directa de los servicios sanitarios públicos; también contribuyeron a ello otras leyes sanitarias de la época (Ley de Bases de Sanidad Nacional, 1944, y Ley de Hospitales, de 1962) y, de un modo más general, otras normas, como las que excluían de la contratación pública los servicios sin contenido económico —la asistencia sanitaria, la enseñanza pública y los servicios sociales<sup>21</sup>—. Pero sí que expresa a las claras la posición del legislador.

Estos factores, aunque no son los únicos, llevaron la prestación de la asistencia sanitaria hacia la gestión directa, mediante establecimientos sin personalidad jurídica (hospitales, ambulatorios, luego centros de salud), y, simultáneamente, justifican que la colaboración privada se limitase a la prestación de servicios mediante conciertos<sup>22</sup>. Una colaboración privada que se pretende de carácter subsidiaria, provisional —no superior a 10 años—, limitada a actos médicos previamente delimitados por profesionales públicos —pruebas, tratamiento quirúrgico—, sin capacidad de diagnóstico, con el fin de evitar la selección de pacientes y de riesgos, con un régimen creciente

---

<sup>21</sup> Como es sabido, la gestión indirecta requiere que el servicio a prestar sea susceptible de explotación económica. Esta nota aparece en la base IX.2 de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado; la reitera el artículo 63 de la Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y el 198 de su Reglamento, y la mantiene el vigente artículo 155.2 del Texto Refundido Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este requisito es hijo de su tiempo. En los años sesenta, con esta expresión se quería hacer referencia a los servicios económicos, no a los asistenciales o benéficos, como tampoco a los que implicaran ejercicio de autoridad, quedando ambos fuera de esa modalidad de gestión. Así lo explicaba la mejor doctrina: M. CLAVERO ARÉVALO, *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, IEAL, 1952, pág. 132, y F. ALBI, *Tratado sobre los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, ob. cit., págs. 119 a 121. La evolución social, económica y jurídica posterior permite dar por superada esta distinción. Las actuales leyes sanitarias, sociales y educativas admiten la gestión indirecta de estos servicios. Sin embargo, su sentido original confirma lo que se explica.

<sup>22</sup> Sobre la idea de colaboración entre la Administración y los particulares mediante conciertos, con carácter general, la exposición de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 12.<sup>a</sup> ed., Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, págs. 680 y ss.

de incompatibilidades y, en todo caso, de carácter gratuito para los usuarios<sup>23</sup>. Dentro de esta concepción, la colaboración privada es un mal menor, inevitable, pero no deseable, del que, cuando menos formalmente, se pretende escapar a favor de los centros públicos —de hecho, lo común es que sólo se utilice para asistencia hospitalaria, no para atención primaria—. En el caso particular de la asistencia social pública, la prohibición de lucro mercantil llevó a la primacía, casi exclusiva, de la colaboración de centros y establecimientos sin ánimo de lucro —de entidades religiosas y de fundaciones privadas—.

A estos datos políticos y legales debe añadirse algo más que tiene que ver con la naturaleza de la prestación sanitaria y, en parte, también con la prestación social. La asistencia sanitaria es una obligación de medios, no de resultados, un deber de emplear cuantos conocimientos y técnicas sean precisos para recuperar la salud, pero sin garantía de lograrlo. La primera obligación de los profesionales y, por tanto, de la Administración sanitaria como prestadora es utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar en que se produce la atención (por todas, STS 1.<sup>a</sup> de 25 de abril de 1994, FJ 3.<sup>o</sup>)<sup>24</sup>. Siendo así, es posible ganar más dinero tan sólo con hacer más pruebas diagnósticas —cuantas más, mejor, se dirá—, alargando el tratamiento —las posibilidades de éxito serán mayores, nadie lo dudará—, ampliando la estancia en el centro hospitalario —lo que asegura más vigilancia y cuidados—. De igual forma, también se puede obtener lucro actuando del modo contrario, esto es, limitando las pruebas diagnósticas a las mínimas —o retra-

---

<sup>23</sup> En la expresión tradicional: «*aquel que se suscribe con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate*» —art. 66.1.3.<sup>a</sup> del derogado Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado de 1963, art. 201.3.<sup>o</sup> del derogado Reglamento de Contratos del Estado, repetido por el art. 156.c) del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el art. 181 del Reglamento de esta Ley y el art. 143 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales—. Es preciso que el contratista cuente con los medios adecuados para la prestación del servicio que se quiere contratar y que lo esté haciendo en el ámbito espacial de la Administración contratante. A esta formulación se refiere la legislación de seguridad social y sanitaria (art. 209 del derogado Texto Articulado de la Ley General de Seguridad Social, reproducido por el art. 209 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974 y el art. 90 de la Ley General de Sanidad). Sobre la problemática de estos contratos, además de las referencias en las obras que se ocupan de explicar el servicio público sanitario, de modo monográfico, M. GÓMEZ MARTÍN, *El concierto sanitario: antecedentes, concepto y régimen jurídico*, Tesis Doctoral, Universidad de La Laguna, 2005, 459 págs. (inédita). Para los servicios sociales, además de los análisis contenidos en las obras generales citadas, F. VILLAR ROJAS, «Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios», *Documentación Administrativa*, 271-272: *El Derecho Público de la Acción Social*, 2005, págs. 389 a 412.

<sup>24</sup> Para una explicación de esta clase de obligación, A. SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 109 a 131.

sando su realización hasta situaciones de urgencia—, imponiendo trabas burocráticas para acceder a las prestaciones, optando por tratamientos más baratos —aun cuando sean menos eficaces contra la enfermedad—, reduciendo las estancias —aun a costa de reingresos—. Tanto si se paga por tratamiento como si se paga por ahorrar, es posible ganar dinero, y esto puede resultar contrario a la necesidad asistencial y social de los ciudadanos.

En estas condiciones, ideológicas, legales, incluso técnicas, la concesión administrativa resultaba inadmisibles. El ánimo de lucro del concesionario («*riesgo y ventura*») choca con la protección de la salud; en concreto, con la exigencia de emplear todos los medios que sean necesarios para su recuperación o mantenimiento («*cueste lo que cueste*») <sup>25</sup> En realidad, ni siquiera se consideraba. Se trataba de una modalidad de colaboración privada prevista para los servicios públicos económicos, no para los servicios sociales, que carecían de contenido económico que los hiciera atractivos para el lucro mercantil, y en los que la financiación pública debía atender todas las necesidades <sup>26</sup>.

Las leyes posteriores, tanto Ley General de Sanidad, de 1986, como las leyes autonómicas sanitarias, resultan menos expresivas. Pero lo cierto es que se mantiene tanto la gestión directa de los servicios como la colaboración privada limitada a los conciertos, que siguen siendo subsidiarios —los conciertos sanitarios del artículo 90 de la citada Ley—, sólo excepcionalmente complementarios —los convenios singulares de vinculación de los artículos 66 y 67—, provisionales —máximo 10 años—, con prestaciones tasadas —básicamente, tratamiento quirúrgico no complejo— y con preferencia para la adjudicación a favor de los centros sin ánimo de lucro. En parte por la inercia propia de cualquier organización burocrática, en parte también porque subsiste la idea de que la sanidad no es un bien con el que pueda hacerse negocio y, si se hace, debe ser de forma controlada y limitada.

En cualquier caso, la realidad de la colaboración privada mediante concierto es paradójica. Pese a todas las reservas, legales, ideológicas y técnicas, esta forma contractual ha pervivido en el tiempo con un peso notable tanto en la asistencia sanitaria pública <sup>27</sup> como en

---

<sup>25</sup> La prestación de la sanidad pública se rige por el principio de necesidad asistencial del paciente antes que por cualquier otro relacionado con su coste; de ahí el debate abierto sobre la introducción de criterios científicos de coste-eficiencia sanitaria en la práctica médica. Aquel principio resulta de los artículos 1 de la Ley General de Sanidad, y 3 y 7 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

<sup>26</sup> Lo destacó A. MENÉNDEZ REXACH, «Formas de gestión de los servicios sanitarios», en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, ob. cit., págs. 90 y 91.

<sup>27</sup> Los números hablan por sí solos. En España, en 2004, el gasto sanitario representó el 7,8% del PIB, con una cantidad superior a los 50.000 millones de euros, siendo el gasto

los servicios sociales<sup>28</sup>; y ello pese a que, en tanto que contrato administrativo, el riesgo y ventura, y por tanto el ánimo de lucro, también es característico de este negocio jurídico (por todas, STS 3.<sup>a</sup> de 14 de mayo de 1999, Ar. 1209). La incapacidad pública de atender toda la demanda sanitaria y social explica esta dependencia<sup>29</sup>.

## 2.2. *El motivo de la huida hacia la concesión: demanda social de más servicios versus restricciones presupuestarias públicas*

El estudio de la evolución del gasto sanitario evidencia que cuanto más rica es una sociedad, más recursos dedica a la asistencia sanitaria. El desarrollo español de las últimas décadas lo confirma. Los ciudadanos demandan más y mejor asistencia sanitaria, y, como parte de la misma, una mayor cercanía de los centros y establecimientos

---

público el 5,7% y el gasto privado el 2,1%, aproximadamente. El gasto sanitario medio en la Unión Europea es del 8,5%. A su vez, dentro del gasto público consolidado, el 5,20% se destinó a pagar conciertos con entidades sanitarias privadas y el 24,47% lo absorbió la factura farmacéutica (la extrahospitalaria, las recetas en las farmacias, más prótesis). En términos de camas, el reparto es algo distinto. En 2005, el sistema sanitario disponía de 759 hospitales y 146.242 camas, repartidos del modo siguiente: 307 hospitales públicos, con 96.378 camas, y 452 hospitales privados, con 49.864 camas. Este número de camas privadas se explica por la suma del gasto sanitario privado más el porcentaje de concertación con el sector público. En cuanto a la atención primaria, existen 2.889 centros de salud, casi en su totalidad públicos. En suma, el sector público dedica una tercera parte de los recursos públicos de que dispone a pagar las prestaciones que se realizan con medios privados y, además, algo más de un tercio de las camas disponibles son de titularidad privada. Estos datos, en *Informe sobre Datos Básicos de la Salud y los Servicios Sanitarios en España 2003*, del Instituto de Información Sanitaria del Ministerio de Sanidad, y *Recursos económicos del Sistema Nacional de Salud. Datos y cifras 2004-2005*, Ministerio de Sanidad, ambos en la página [www.msc.es](http://www.msc.es).

<sup>28</sup> En 2003, el gasto público social representó el 20,2% del PIB español (2002), frente al 28,0% de la Unión Europea (UE-15). En términos reales, España dedica un total de 137.452 millones de euros a prestaciones sociales, de los que 96.396 lo son en dinero (económicas) y 41.056 en especie (técnicas, normalmente en centros especializados). En cuanto a la colaboración privada, ese año operaban 17.638 establecimientos prestadores de servicios sociales en sus muy diversas vertientes; de ellos, unos 3.000 eran públicos (Ayuntamientos: 2.848), mientras que alrededor de 14.500 eran de titularidad privada, la mayoría sin ánimo de lucro; tan sólo se contabilizan 2.800 entidades con ánimo de lucro (*Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales 2004*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, página [www.mtas.es](http://www.mtas.es)). Dentro de este bloque, el total de centros residenciales para personas mayores (centros sociosanitarios) ascendía a 4.888, con un total de 266.000 plazas, de los que 1.002 de titularidad pública y 3.886 de titularidad privada, correspondiendo 113.842 plazas públicas y privadas-concertadas y 138.354 plazas privadas en sentido estricto. Sin perjuicio de otras consideraciones, esta realidad permite afirmar que el servicio público de servicios sociales depende críticamente de la colaboración y gestión privada; sin ella no sería viable —*Informe 2004 (Las personas mayores en España)*, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, IMSERSO, 2005—.

<sup>29</sup> Esta necesidad de lo privado como garantía de viabilidad de la prestación pública es una de las razones que subyacen en la idea de «servicio público compartido» propuesta por J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 134 a 136, 150 y 151.

sanitarios; dicho de otro modo, la construcción de centros más cercanos a los lugares de residencia (una parte de los hospitales a construir mediante concesiones son comarcales, el número de camas lo indica). En el caso de los servicios sociales, el envejecimiento de la población explica la necesidad de más centros sociosanitarios.

A esta demanda han respondido las Administraciones sanitarias autonómicas con planes de construcción de infraestructuras hospitalarias por importe en torno a 10.000 millones de euros en los próximos años (a modo de ejemplo: Madrid, 2004-2007: 1.200 millones; Valencia, 2005-2008: 1.100 millones; Cataluña, 2004-2012: 3.300 millones). El problema se encuentra en cómo financiar y construir estos nuevos centros sanitarios y sociosanitarios<sup>30</sup>.

La vía ordinaria y tradicional es la ejecución mediante contrato administrativo de obras con cargo a fondos públicos presupuestarios, en su caso, con incremento de la deuda pública, sin aumento expreso de la carga tributaria sobre los ciudadanos. De hecho, en paralelo con las concesiones, algunas Comunidades Autónomas han puesto en marcha la construcción de hospitales en la forma tradicional (Hospitales Norte y Sur de Tenerife, Canarias; Hospital de Mollat, Cataluña). Lo cierto es que ahora, para seguir este camino, es preciso hacer frente a algunas exigencias que, en algún caso, son insalvables. Esas exigencias son las limitaciones legales sobre el gasto público y, en especial, sobre el nivel de déficit público y de endeudamiento de las Administraciones.

La clave se encuentra en el artículo 104 del Tratado de la Unión Europea: «*Los Estados miembros evitarán déficit públicos excesivos*». En relación con este mandato, el apartado 2 del mismo artículo en relación con el protocolo 20 del Tratado fijó la proporción entre producto interior bruto y déficit público en el 3% y, además, la relación entre la deuda pública y el producto interior bruto en el 60%. Éstos son los

---

<sup>30</sup> El problema de financiar infraestructuras públicas ha dado lugar a una amplia bibliografía. Los estudios incluidos en los libros sobre la concesión de obra pública, citados. También, F. AZOFRA VEGAS, «La financiación privada de infraestructuras públicas», *REDA*, 96, 1997, págs. 549 a 576; JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, 1998, págs. 208 a 294; J. L. VILLAR EZCURRA, «La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos», *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, 10, 2001, en concreto págs. 102 a 111, y S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 1292 a 1316. En particular, de especial interés para el tema que se trata, el trabajo de A. RUIZ OJEDA, «Aplicaciones recientes en materia de financiación privada de infraestructuras en España: entre la financiación presupuestaria diferida y las fórmulas concesionales», en A. RUIZ OJEDA, G. MARCOU y J. GOH, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Instituto de Estudios Económicos y Civitas, Madrid, 2000, págs. 133 a 211. También de A. RUIZ OJEDA, con mayor detalle, el sugerente trabajo *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 810 págs.

parámetros de estabilidad presupuestaria para los Estados miembros<sup>31</sup>. La construcción y financiación de nuevas obras públicas debe ser valorada en relación con las limitaciones de endeudamiento que resulten de aplicación, teniendo en cuenta que la construcción mediante contrato de obra es una inversión con recursos públicos que constituye deuda para la Administración pública. En consecuencia, si, pese a todo, el límite de endeudamiento no es superado, la ejecución es viable; pero si, por el contrario, lo supera, entonces la obra no puede ser abordada; y o bien se olvida o bien se buscan formas de financiación que no computen como deuda de la Administración —si es que existen—.

Éste y no otro es el motivo del descubrimiento de las técnicas concesionales por los responsables de los servicios sanitario y social públicos. Es posible, también, añadir una cierta convicción ideológica en las virtudes de lo privado frente a lo público, reconocible a lo largo de la historia de la concesión de obra pública<sup>32</sup>; pero no es el factor determinante de la aceptación de la concesión como modalidad de colaboración privada en estos servicios, pese al ánimo de lucro que trae consigo.

### 3. PROS Y CONTRAS DE LA CONCESIÓN EN LOS SERVICIOS SANITARIOS Y SOCIALES

#### 3.1. *Naturaleza jurídico-comunitaria de las concesiones sanitarias y sociosanitarias*

##### A) *La concesión: obra o servicio con pago de tarifas por los usuarios.*

Hablar de concesiones en el Derecho comunitario es hablar de un contrato, oneroso, escrito y normalmente de larga duración, que se

<sup>31</sup> En desarrollo de estos preceptos, en orden a fijar conceptos y criterios contables uniformes, el Consejo aprobó varias disposiciones normativas; en concreto, los Reglamentos (CEE) 3605/93, sobre el procedimiento de aplicación del protocolo en caso de déficit excesivo; 2223/96, sobre el sistema de cuentas nacionales y regionales (también conocido como Reglamento SEC-95); 1466/97, sobre aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, y 1467/97, de supervisión de situaciones presupuestarias y programas de estabilidad y planes de convergencia. De esta regulación trae causa en España la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior.

<sup>32</sup> Como es conocido, a lo largo de la historia se repiten tres argumentos a favor de la construcción de obras por particulares, en especial mediante concesión de empresa: el rechazo a la iniciativa pública —el Estado es mal gestor—, la necesidad de potenciar la iniciativa privada y la insuficiencia de recursos públicos —dificultad de incrementar la carga tributaria, como de detraer fondos de otras actividades públicas—. Esta realidad se enmarca en el proceso más general que lleva a la Administración a abandonar a la iniciativa privada la organización y prestación de nuevos medios técnicos (servicios), sobre el que llamé la atención E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil de los municipios», núm. 17 de esta REVISTA, 1955, págs. 92 y 93.

caracteriza porque la retribución del contratista consiste bien en la explotación de la obra o en la prestación del servicio —o del servicio público en sentido estricto—, o bien en este derecho acompañado de un precio (subvención-dotación). La clave es el derecho de explotación otorgado al concesionario. Este derecho permite trasladar al concesionario todo o la mayor parte del riesgo inherente a la explotación, en la medida que su beneficio y la recuperación de la inversión dependen de la demanda y pago por los usuarios. Sin explotación, entendida en el sentido expuesto, no es posible hablar de concesión, tampoco de asunción de riesgo por el empresario<sup>33</sup>.

Este criterio es pacífico. No lo es tanto la distinción de las concesiones según su objeto, ni menos aún el concepto de concesión de servicio público<sup>34</sup>. Pero la identificación de la concesión con el derecho de explotación en orden a diferenciarla de los contratos públicos es algo claro e indiscutido. Así lo recogen la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (2000/C 121/02)*<sup>35</sup> y, más tarde, el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (COM, 2004, 327 final)*<sup>36</sup>. Así lo repite la vigente Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Esta norma define la concesión de obra pública y de servicio con los mismos términos: «*un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras (o de servicios), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de precio*» (arts. 1.3 y 1.4)<sup>37</sup>. La diferencia se encuentra

<sup>33</sup> La explotación, de igual modo que la puesta a disposición, tanto de bienes como servicios, significa «hacerlo funcionar». Así resulta de la jurisprudencia interpretativa de la normativa sobre contratación de los sectores excluidos (STJUE de 17 de septiembre de 2002, C-513/99, en especial conclusiones del Abogado General, de 13 de diciembre de 2001, apartados 44 a 49; también, STJUE de 16 de junio de 2005, C-462 y 463/03). En el caso que se estudia se da un paso más: la concesión requiere explotación, por tanto hacer funcionar el bien o el servicio; pero, además, su uso por terceros que pagan por ello.

<sup>34</sup> Da cuenta de esta tensión J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Thompson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 151 a 180.

<sup>35</sup> En este documento se concluye lo siguiente: «*la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma, o bien en dicho derecho acompañado de un precio*» (apartado 2.1.1).

<sup>36</sup> El apartado 2.22 dice: «*el modelo de concesión se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población en lugar del socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completa en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos*».

<sup>37</sup> Se cita la Directiva 2004/18/CE por cuanto si bien su trasposición sigue pendiente, el plazo para hacerlo ya está vencido (lo hacía el 31 de enero de 2006, de acuerdo con su

en el objeto (lo que sea obra pública y lo que sea servicio), pero la misma no es determinante de la condición de concesión. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comparte este entendimiento. Lo expresa con claridad la sentencia de 13 de octubre de 2005, C-458/03: «Un contrato público de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios. En cambio, [cuando] la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros [para el uso del aparcamiento]. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es característica de la concesión de servicios públicos» (apartado 41)<sup>38</sup>. La explotación se identifica con la percepción de tarifas de los usuarios finales de la obra o del servicio<sup>39</sup>. No afecta a esta conclusión la exclusión de las concesiones de servicio público del ámbito de las Directivas comunitarias sobre contratación pública<sup>40</sup>.

La aplicación de estos criterios sobre las concesiones para construir centros sanitarios públicos en España permite concluir que, diga lo que diga la legislación nacional<sup>41</sup>, ninguna de ellas es concesión de acuerdo con el Derecho comunitario. Y no lo son porque ni en las de gestión de servicios hospitalarios (Alcira, Valdemoro), ni en las de explotación de obra pública sanitaria (Coslada, Son Dureta, Burgos), ni siquiera en aquellas que se articulan a través de sociedades públicas interpuestas, en ninguna de ellas el concesionario «explota» la obra o el servicio, puesto que no percibe tarifas de los usuarios. La consecuencia de lo que acaba de concluirse es que todos

---

art. 80.1) y, con ello, adquirió eficacia plena el artículo 82 de la misma, que derogó la Directiva 92/50/CEE, excepto su artículo 41, sobre el contrato de servicios, y las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, sobre los contratos de obras públicas. No obstante, se encuentra en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que pretende cumplir ese mandato, además de reordenar la contratación pública (publicado en BOCG 95, 8 de septiembre de 2006).

<sup>38</sup> Con anterioridad, insistiendo en la misma característica, las SSTJUE de 10 de noviembre de 1998, C-360/96, apartado 25, y de 7 de diciembre de 2000, C-324/98, apartado 43.

<sup>39</sup> La diferencia en cuanto al régimen de retribución determina, a su vez, un régimen regulador distinto. El contrato público de obras, como el contrato público de servicios, se somete a la Directiva 2004/18/CE en plenitud (arts. 7 y ss.). En cambio, la concesión de obra, como la de servicios, sólo se somete a las reglas que contiene el título III de la citada Directiva (arts. 56 y ss.).

<sup>40</sup> Exclusión que se repite en la jurisprudencia: por todas, SSTJUE de 21 de julio de 2005, C-213/03, apartados 15 y 16, y de 6 de abril de 2006, C-410/04, apartados 17 y 18. No obstante, el Tribunal recuerda que la adjudicación de estos contratos «excluidos» debe respetar las libertades fundamentales, básicamente los artículos 43, sobre la libertad de establecimiento, y 49 y siguientes, sobre la libre prestación de servicios, del Tratado de la Unión Europea. Ello se traduce en la necesidad de cumplir los principios de no discriminación por razón de nacionalidad, objetividad en la fijación de criterios de selección, transparencia y publicidad.

<sup>41</sup> El artículo 246.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé que la retribución de un concesionario de obra pública pueda ser abonada en su totalidad, de forma exclusiva, por la Administración contratante.

esos contratos quedan sujetos a las normas comunitarias sobre contratación pública. En el caso de las concesiones de obra pública sanitaria (Hospitales de Coslada, Son Dureta y Burgos), en tanto que contratos públicos de obras<sup>42</sup>. En el de las concesiones de gestión de servicio público (Hospitales de Alcira y Manises), como contratos públicos de servicios<sup>43</sup>. Esta última es la calificación que merecen los conciertos sanitarios tradicionales de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>44</sup>.

En cambio, a diferencia de lo expuesto, las concesiones de centros sociosanitarios para mayores sí que merecen la calificación de concesiones, en sentido comunitario, en tanto que la fuente principal de ingresos son las tarifas a percibir de los usuarios de las plazas que ofertan, sin que esto resulte alterado porque sean tarifas (precios administrativos) y no precios de mercado.

B) *La concesión de obras y servicios sanitarios: asociación público-privada (concesión «gratuita»).*

En el argot comunitario, estas fórmulas contractuales son una más de las modalidades de colaboración público-privada, a largo plazo, conocidas en los ordenamientos estatales. En concreto, las autoridades comunitarias establecen la siguiente clasificación a efectos de contabilidad pública<sup>45</sup>:

a) *Compra regular de servicios: la Administración se compromete a adquirir servicios durante un periodo de tiempo, sin fijar requerimientos específicos de los generales del mercado (en España, contratos de suministros o de servicios de larga duración; entre éstos, los contratos de autovías).*

---

<sup>42</sup> Esta conclusión para todos los casos de peaje en sombra, en R. GÓMEZ FERRER-MORANT, «El contrato de concesión de obras públicas: disposiciones generales», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 1105 y 1106.

<sup>43</sup> Esto abarca los contratos de servicios a que se refieren los artículos 196 y ss. de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, además, todas las formas del contrato de gestión de servicios públicos (art. 156), cuando no supongan pago directo de tarifas por los usuarios.

<sup>44</sup> Por todas, la STJUE de 27 de octubre de 2005, C-158/03, apartado 32, sobre la licitación de un concierto convocado por el Instituto Nacional de la Salud para la prestación de servicios de terapia respiratoria a domicilio.

<sup>45</sup> Se sigue la clasificación del documento *Long term contracts between government units and non government partners (public-private partnerships)*, Comisión Europea, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2004, 26 págs., en concreto págs. 4 a 6, que, aun publicado de forma separada, es el apartado 4.2 del *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*, 2.ª ed., Eurostat, 2002, del que se hablará en el siguiente epígrafe.

b) Participación en el capital de una sociedad mediante la titularidad de parte de sus acciones. La condición pública o privada depende de si la Administración ejerce el control efectivo de la entidad o no (en España, las empresas mixtas).

c) Garantía pública (avales) de deudas de empresas privadas.

d) Contratos de obra «llave en mano», sea con pago único, sea con pago diferido en el tiempo.

e) Contratos de arrendamiento de bienes que son propiedad del socio privado (el problema es la consideración como arrendamiento operativo o financiero).

f) Concesiones en las que la Administración encarga la construcción, financiación y explotación de una obra, por cuyo uso se cobra al usuario final, que no es Administración, y en las que lo común es el traspaso de la propiedad del bien al finalizar el contrato.

g) Asociaciones público-privadas (PPPs), en sentido estricto, en las que el empresario construye y financia un inmueble diseñado para la provisión de servicios a la Administración según unos estándares y volumen especificados por aquélla en el contrato. Se caracterizan por la forma de retribución: el principal pagador es la Administración (lo ordinario es que sea el único); porque los bienes son nuevos, renovados, ampliados o rehabilitados, no sólo existentes; y porque están diseñados para ser utilizados exclusivamente para el fin para el que se crearon, sin que el empresario pueda disponer libremente de los mismos para otros usos, ni para otros usuarios distintos de la Administración. La primera nota las diferencia de las concesiones. La segunda, bienes nuevos o renovados, de los arrendamientos.

Con independencia de lo discutible, por imprecisa, de esta clasificación, lo cierto es que la separación entre concesiones y asociaciones público-privadas se formula con claridad a partir de la diferente modalidad de retribución del contratista. Esto permite ya calificar las concesiones sanitarias, tanto de obra como de servicio público, que se vienen estudiando: son supuestos contractuales de asociación público-privada. Ahora bien, en este punto, es inevitable indagar, siquiera sea brevemente, lo que sean estos contratos, que no son concesiones.

De acuerdo con los documentos comunitarios, el ejemplo de referencia de estas asociaciones es el programa *Project Finance Initiative* (PFI). En esta modalidad de contrato, la tarea del socio privado consiste en construir y gestionar una infraestructura para la Administración pública, en la que la remuneración del empresario consiste en pagos periódicos realizados por el socio público; pagos

que pueden ser fijos, pero que también pueden ser variables calculados en función de la disponibilidad de la obra, de los servicios o de la demanda, pagos que incluyen la amortización de la inversión inicial<sup>46</sup>. Este segundo caso es la forma contractual y financiera conocida como «*peaje en sombra*» (los usuarios del bien no pagan por utilizarlo, pero la Administración retribuye al concesionario en función del número de usuarios). No se trata de ninguna novedad. Casi todos los Estados miembros conocen de estas fórmulas de colaboración público-privada, de larga duración, con pago por la Administración<sup>47</sup>.

En el caso de España se trata de las denominadas «*concesiones gratuitas*». El fundamento de esta modalidad se encontraba, y lo sigue estando, en el artículo 129 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, donde se dice: «*1. El concesionario percibirá como retribución: a) las contribuciones especiales que se devengaren por el establecimiento del servicio, salvo cláusula en contrario, y b) las tasas a cargo de los usuarios, con arreglo a tarifa aprobada en la forma dispuesta por el artículo 179 de la Ley. 2. También podrá consistir la retribución, juntamente con alguno de los conceptos anteriores, o exclusivamente, si el servicio hubiere de prestarse gratuitamente, en subvención a cargo de los fondos de la Corporación*». En otras palabras, el concesionario puede obtener su retribución de tres fuentes distintas: *a)* de las tarifas que cobre a los usuarios; *b)* de las tarifas más una subvención compensatoria (tarifas o precios «políticos», entre nosotros; «sociales», en la terminología comunitaria); y *c)* exclusivamente de una subvención con cargo a fondos públicos (que no puede revestir forma alguna que estimule los gastos de explotación, art. 129.4 del citado Reglamento). Este último caso son las concesiones gratuitas; por ejemplo, el alumbrado público y la limpieza viaria (art. 21 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, 2000).

Esta regulación siempre fue controvertida en la medida que el concesionario no cobra tarifas a los usuarios de los servicios que presta, sino que recibe un precio de la Administración concesionaria, lo que sin duda disminuye el riesgo y ventura propio de esta forma de contrato, vinculado a la capacidad de cobro a los usuarios. La conclusión no cambia cuando el precio a abonar se vincu-

---

<sup>46</sup> Así lo define el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, COM (2004), 327 final, apartado 23.

<sup>47</sup> Un resumen de la regulación en varios países europeos (Italia, Reino Unido, Francia, Alemania, Bélgica, Portugal y Hungría) se contiene en el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (COM/2004, 327 final, 2005/C120/18).

la con determinadas exigencias de calidad, disponibilidad o volumen; lo relevante es que los usuarios finales no pagan por el uso del servicio (es el caso de vincular el pago a un concesionario de recogida de basuras con el volumen de residuos recogidos)<sup>48</sup>. De ahí la denominación doctrinal de «*concesiones impropias o desnaturalizadas*»<sup>49</sup>. Pero lo cierto es que son concesiones, y que esta regulación sigue vigente. Su razón de ser no es otra que proyectar sobre estos contratos el régimen jurídico de la concesión tradicional (facultades delegadas, privilegios, vecindad, equilibrio económico-financiero) ante las limitaciones con que tropezaban otras modalidades de gestión indirecta (fuera el arrendamiento, fuera el concierto). La legislación básica posterior ha insistido en este planteamiento: el artículo 162 en relación con el 161.a), sobre el contrato de gestión de servicios públicos, y los artículos 242.a), 243.c) y 246.2 y 4, sobre el contrato de concesión de obra pública, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 admiten todas aquellas modalidades de pago.

En suma, estas concesiones gratuitas tradicionales son equivalentes a los contratos PFI; cierto que los sectores de aplicación son distintos, pero no así la naturaleza y caracteres del negocio jurídico. El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado cuenta con este precedente<sup>50</sup>. El mismo esquema en el Reino

<sup>48</sup> En este sentido, STS de 20 de mayo de 1974, donde se señala que la vinculación de la retribución con el volumen de basura retirada es sólo una forma de calcular el precio o subvención a que tiene derecho el concesionario.

<sup>49</sup> En su día, ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, ob. cit., consideró «un voluminoso error de enfoque: la posibilidad de una concesión en la que falte en absoluto la percepción de tasas a los usuarios, siendo sustituida por una subvención a favor del concesionario que cubra totalmente la remuneración del mismo» (pág. 561). En Francia, esta modalidad es el contrato *marché d'entreprise de travaux publics* (METP), del que da cuenta G. MARCOU, «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», ob. cit., págs. 50 a 58.

<sup>50</sup> El artículo 11 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público lo define como: «1. Aquellos [contratos] en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actualización global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado. (...) 3. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento».

Unido, mediante los *Project Finance Initiative*<sup>51</sup>; en Francia, a través del «*contrato del partenariado*»<sup>52</sup>.

### 3.2. Valoración a la luz de la normativa presupuestaria: ¿riesgo?, ¿qué riesgo?

#### A) Apunte obligado sobre el alcance de la normativa europea sobre la deuda y el déficit público.

Como se ha dicho, la decisión sobre la modalidad de construcción y financiación de nuevos centros sanitarios y sociosanitarios para acercar los servicios a los ciudadanos pasa por una valoración de su impacto en las cuentas y en el balance de la Administración promotora, que debe realizarse de acuerdo con los mandatos contenidos en las normas comunitarias sobre cuentas públicas. En concreto, el concepto clave es el de deuda pública y, a su vez, las obligaciones que deben calificarse como tal.

Según la normativa comunitaria, los conceptos son los siguientes:

a) La deuda pública es el valor nominal total de las obligaciones brutas del sector Administraciones públicas pendientes a final de año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector Administraciones (art. 1.5 del Reglamento 3605/93).

b) La deuda pública está integrada por las obligaciones de las Administraciones en las siguientes categorías: 1) efectivo y depósitos (AF.2); 2) títulos que no sean acciones, con exclusión de productos financieros derivados (AF.33), y préstamos (AF.4), conforme a las definiciones del SEC-95 (art. 1.5, citado en relación con el Reglamento 2223/1996, conocido como SEC-95).

c) Los préstamos son activos financieros creados cuando los

<sup>51</sup> Sobre estas formas de colaboración, *The Private Finance Initiative (PFI)*, House of Commons Library, Research Paper 01/117, 18 de diciembre de 2001, 46 págs. En la doctrina, el trabajo de J. GOH, «Avances en la colaboración de los sectores público y privado para la provisión de dotaciones y servicios en el Reino Unido. El Private Finance Initiative y su régimen jurídico», en RUIZ OJEDA, MARCOU y GOH, *La participación del sector privado en la financiación...*, ob. cit., págs. 95 a 132. Más reciente, E. NIETO GARRIDO, «La financiación de obras y servicios públicos en el Reino Unido (De private finance initiative a public private partnership)», núm. 164 de esta REVISTA, 2004, págs. 389 a 406.

<sup>52</sup> En Francia, la figura equivalente a los PFI es el «*contrato del partenariado*», regulado por la Ordenanza 2004-559, de 17 de junio de 2004 (*JO* de 19 de junio de 2004, págs. 10994 y ss.). Su explicación, en el documento *Les contrats de partenariat. Principes y méthodes*, Ministère de l'Économie des Finances et de l'Industrie, 2005, 118 págs. La sanidad es también uno de los campos de actuación (Plan Hospitales, 2007).

acreedores prestan a los deudores, bien directamente, bien a través de agente, que no están materializados en documentos no negociables o no están materializados en documento alguno, que se caracterizan porque las condiciones las fijan instituciones financieras o se negocian con ellas, la iniciativa de realizar el préstamo la toma el prestatario, y el préstamo es una deuda incondicional para el acreedor que debe reembolsar a su vencimiento y que devenga intereses (AF.4, apartados 5.69 y 5.70, Reglamento 2223/96).

d) Dentro de la categoría de los préstamos se incluyen los acuerdos de arrendamiento financiero —no el arrendamiento operativo— y de compras a plazos (AF.4, apartado 5.81, letra g), Reglamento 2223/96).

e) El arrendamiento financiero es aquella modalidad en la que el arrendador compra el bien y el arrendatario le paga un alquiler con el que aquél recupera la totalidad, o la práctica totalidad, de los costes e intereses, siendo superior el reembolso del préstamo que el valor de los servicios prestados (alquiler), con lo que se entiende que el arrendador le concede un préstamo al arrendatario igual al valor de adquisición del activo, que debe ser contabilizado desde el primer momento. En cambio, el arrendamiento operativo de bienes, que se mide por el valor del alquiler por el uso, no es un sistema de financiar la adquisición de un activo, de modo que sólo se contabilizan los pagos, no el valor del bien. Lo ordinario, además, en esta segunda modalidad es que el arrendador asuma la responsabilidad de las reparaciones y el mantenimiento, algo que no ocurre en la primera (Anexo II, Definiciones, del Reglamento 2223/96).

Lo relevante, más allá de los conceptos expuestos, es que la naturaleza de los acuerdos y operaciones de cesión y alquiler de bienes determina su cómputo o no como deuda pública. Si es arrendamiento financiero se incluye; en cambio, si merece la calificación de arrendamiento operativo no se computa. Como tantos otros conceptos y categorías comunitarios (organismo público, poder adjudicador), esta calificación es funcional o material, no formal ni subjetiva (Introducción del Reglamento 2223/96)<sup>53</sup>.

El carácter material, unido a la propia complejidad de los contratos de financiación y explotación de infraestructuras públicas, han

---

<sup>53</sup> Por esta razón, carece de valor que el Convenio-marco de colaboración entre la Comunidad Autónoma de Murcia y la empresa pública Gestora de Infraestructuras Sanitarias de la Comunidad de Murcia, de bases para la construcción del nuevo Hospital de Cartagena, califique a priori este contrato como «arrendamiento operativo». Cláusula segunda de la Addenda del Convenio, publicado en el *Boletín Oficial de Murcia* 65, de 18 de marzo de 2006.

llevado a que la Comisión Europea (Eurostat) explicara los criterios de aplicación de esta normativa en el Anexo IV del denominado *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*<sup>54</sup>. A los limitados efectos de estas líneas, interesa destacar que ese documento diferencia dos situaciones.

La primera es aquella en la que el coste de la obra se financia íntegramente con cargo a tarifas pagadas por los usuarios (sea por el uso, sea por la explotación de los servicios comerciales). En este caso, la obra no tiene que computarse en el balance de la Administración porque no tiene impacto ni en el déficit ni en el endeudamiento. Y ello aunque pueda haber un compromiso, incluso una obligación, de la Administración pública de hacerse con el bien al concluir el contrato (la cláusula reversional), siempre que lo sea de modo gratuito o a precio de mercado (retribuir la amortización pendiente).

La segunda es aquella en la que el concesionario construye y explota el bien y, a cambio, recibe pagos de la Administración concesionaria, incluso cuando ésta presta los servicios fundamentales y el empresario se encarga de los complementarios y comerciales. En este caso, la valoración de la operación depende de quien asuma el riesgo derivado de la propiedad del bien y en qué grado. Si lo asume el concesionario, no se genera déficit a la Administración, siempre que los pagos no sean fijos ni estén garantizados a priori, de modo que el «riesgo y ventura» recaiga sobre el empresario, mientras la Administración sólo paga por lo que efectivamente recibe en las condiciones convencionales (se trataría de un arrendamiento operativo). De lo contrario, si el riesgo lo asume la Administración, el importe de la obra debe computarse como deuda de la misma —incluirse en su balance— y, por tanto, genera déficit público (se trataría de un arrendamiento financiero). El elemento que determina la inclinación de la balanza es el riesgo.

El concepto riesgo es de difícil concreción, mucho más para establecer reglas o principios generales<sup>55</sup>. Aun así, la Comisión Europea

---

<sup>54</sup> *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*, Eurostat, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2.ª ed., 2002 (1.ª, 2000, 156 págs.), 249 págs.; parte IV, págs. 163 a 200. Con posterioridad, el apartado 4.2 fue objeto de nueva redacción a raíz de la Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004, en la que se fijan los principios sobre la financiación de inversiones en los supuestos de colaboración público-privada, del que resultó el documento titulado *Long term contracts between government units and non government partners (public-private partnerships)*, ya citado.

<sup>55</sup> Una exposición sintética de la evolución y significado del riesgo y ventura en la contratación española, con repaso a diversas posiciones doctrinales, en J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, «Artículo 98. Principio de riesgo y ventura», en G. ARIÑO ORTIZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. III, Comares, Granada, 2005, págs. 693 a 732.

(Eurostat) ha formulado una definición que identifica tres clases de riesgo<sup>56</sup>:

- 1) Riesgo de construcción, que abarca la inversión en la obra y su coste financiero —variación mercados capitales—, los retrasos en la entrega, riesgos medioambientales, deficiencias técnicas de proyecto o de ejecución, existencia o no de cláusulas penales por demora, responsabilidad por daños a terceros.
- 2) Riesgo de disponibilidad, que se refiere a la calidad del servicio, y que incluye la no entrega de las instalaciones o de la calidad contratada, el incumplimiento de parámetros o requerimientos que hayan sido contratados, el ofrecimiento de menos servicios o de capacidad de prestación de los contratados.
- 3) Riesgo de demanda o frecuentación, que alude a la variabilidad de la demanda, tanto del número de usuarios como de los servicios demandados, o de ambos.

Con carácter general, los bienes a que se refieran los contratos merecen la consideración de activos privados cuando el contratista o concesionario asuma el riesgo de construcción y, al menos, otro de los riesgos mencionados, el de disponibilidad o el de demanda. En caso contrario, el activo debe ser contabilizado como bien público, con independencia de su situación jurídico-formal. Un aspecto a considerar es la capacidad de la Administración de sancionar los incumplimientos con cuantías que tengan efecto significativo sobre los ingresos/beneficios del operador privado, no aquellas que sean meramente simbólicas. En particular, en el caso de los arrendamientos, la ponderación de los riesgos expuestos se completa con dos precisiones. Si el plazo de duración del arrendamiento cubre todo o la mayor parte de la vida económica del bien, sin que, una vez terminado, el arrendador esté en condiciones de arrendarlo a otro operador, el contrato es arrendamiento financiero. En cambio, cuando la empresa ha tomado las decisiones sobre el diseño, caracteres y construcción del inmueble, asume su mantenimiento y reparación, y el plazo no se corresponde con la vida ordinaria de aquél, el negocio es arrendamiento operativo.

Por otra parte, en el caso de que la operación se realice a través de ente interpuesto, tenga personalidad pública o privada, como ocurre con la construcción de algunos hospitales, las reglas de valoración requieren, como paso previo, establecer la naturaleza de esa en-

---

<sup>56</sup> El concepto de riesgo es la principal aportación de la modificación del apartado 4.2 del *Manual del SEC-95*, realizada en agosto de 2004 (págs. 8 a 10, 14 a 16).

tividad. Es preciso establecer si, pese a su apariencia, es una unidad institucional pública —sector Administraciones— o bien, por el contrario, merece la consideración de unidad (productor) de mercado —sector sociedades—, con la consecuencia contable correspondiente. La distinción depende de si los precios que percibe son económicamente significativos o no. A estos efectos, el parámetro determinante es la norma del 50%, es decir, analizar si las ventas (a precios económicamente significativos) cubren o no el 50% de los costes de producción. Cuando los ingresos proceden de la Administración, lo hacen en cuantías que no se corresponden con los del mercado —que no serían aceptados por un operador en libre competencia, y no lo serían aquellos vinculados sólo a costes, menos aún fuera de mercado—, y aquélla es la única —o casi— consumidora, la empresa pública merece la consideración de Administración pública a los efectos que se estudian<sup>57</sup>.

En última instancia, la calificación definitiva depende del análisis de reparto de riesgos de cada contrato en particular. La realidad contractual se impone sobre cualquier consideración predeterminada.

#### B) *Delimitación de riesgos en las concesiones sanitarias españolas: deuda pública disfrazada.*

Las tres modalidades de concesión utilizadas para la construcción de los centros sanitarios (gestión de servicios públicos, obra pública y ente interpuesto) comparten elementos comunes y otros que obligan a una valoración separada en cuanto a su calificación a la luz de la normativa comunitaria sobre deuda y déficit público.

En relación con las dos formas de colaboración público-privada, delimitadas en función de quién sea el pagador, todos los supuestos estudiados encajan en la segunda modalidad. El pagador principal, incluso único, es la Administración pública, normalmente la sanitaria, sin que los usuarios-pacientes abonen cantidad alguna por las prestaciones que reciben, más allá de lo que abonen por los servicios comerciales y complementarios, tales como cafeterías, revistas o aparcamiento. En este aspecto, la variedad de formas concesionales utilizadas es irrelevante.

En cuanto al riesgo de inversión —de construcción—, en los tres casos presenta los mismos caracteres. No se producen pagos hasta la entrega de la obra; por lo tanto, se asumen los riesgos inherentes al coste de la financiación privada de la misma y los que puedan deri-

---

<sup>57</sup> *Manual del SEC-95...*, parte I, págs. 9 a 18.

var de la mora en la ejecución, de las deficiencias técnicas del proyecto y ejecución, y de los daños que puedan causarse a terceros. No obstante, como en cualquier contrato de obras públicas, el contratista tiene derecho al equilibrio económico-financiero, ordinario, a través de la revisión de precios y, de modo excepcional, en los casos de fuerza mayor. En el caso de las concesiones de obra pública, se suma la posibilidad de obtener financiación sobre los derechos de cobro futuros. A todo esto debe añadirse que, aun antes de su conclusión, el bien a construir se encuentra afecto al servicio público al que se destinará. Y, además, en todos los supuestos, los bienes revertirán a la Administración. Pese a todo, esta clase de riesgo concurre.

Ahora bien, esto no es suficiente. Es necesario que también concorra otra de las modalidades de riesgo —sea disponibilidad, sea demanda—. En este punto, la valoración requiere separar las distintas modalidades concesionales que vienen siendo estudiadas.

En el caso de la concesión de gestión de servicio público sanitario, el riesgo de disponibilidad y de demanda es limitado; mejor, es equivalente al que pueda existir en cualquier contrato público de servicios, como cualquier concierto sanitario. Una vez construido, el inmueble es recibido por la Administración y se incorpora al patrimonio público, si bien, en virtud del contrato, se otorga su uso y el de sus instalaciones al concesionario. A partir de entonces, el empresario cobra una cantidad capitativa por cada uno de los habitantes a los que debe atender (población protegida), cantidad a la que se suma el importe de los servicios prestados a otros pacientes por motivos de urgencia y de la que se detrae la atención prestada por otros centros sanitarios públicos, por esa misma razón, a pacientes que integran su ámbito de protección. En orden a garantizar tanto la estabilidad del concesionario como evitar una desinversión que perjudique a esta población con respecto a la atendida en los centros de titularidad pública, los pliegos aseguran la revisión de precios con carácter ordinario y el restablecimiento del equilibrio económico-financiero en los casos en que se produzcan cambios en el contenido de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud o en las complementarias ofrecidas por el Servicio autonómico de Salud. Nada se dice en cuanto a una disminución drástica del número de pacientes atendidos, pero parece razonable considerar aplicable la teoría del riesgo imprevisible; a fin de cuentas, tanto la cantidad anual per cápita como el número de años de concesión se calculan sobre una población protegida determinada, obligada a acudir a ese centro (arts. 15 y 17 Ley General de Sanidad, y 9 de la Ley de Cohesión y Calidad). Por otra parte, se establecen penalidades por incumplimiento de la calidad concesional, lo que sin duda representa un

riesgo para el concesionario; pero no es especialmente relevante, en la medida que el número de pacientes, que es la clave determinante del precio, está garantizado. En resumen, los contratos de concesión de servicio público sanitario son una forma de construcción, financiación y gestión de centros asistenciales en los que el precio de la edificación se difiere a lo largo de varios años, integrado en los pagos por prestación de los servicios asistenciales (un contrato de obra seguido de un concierto sanitario).

En cuanto a los contratos de concesión de obra pública sanitaria, la delimitación de los derechos y deberes resulta de más difícil calificación por su complejidad. En relación con el riesgo de disponibilidad, las cláusulas penales trasladan una parte de riesgo al concesionario, que queda obligado a asegurar la calidad de las instalaciones y servicios no sanitarios que ofrece a la Administración. De igual modo, el riesgo de demanda existe, en la medida que el número de usuarios no se garantiza, como tampoco la eventual apertura de otros centros y establecimientos que «compitan» en prestaciones; en este sentido, la diferencia con el pago capitativo de las concesiones de servicio público es patente. Ahora bien, en modo alguno puede desconocerse que, en todos los casos, existe un pago garantizado, alrededor del 40% del precio del contrato, que, siguiendo la experiencia anglosajona<sup>58</sup>, se corresponde con la inversión realizada, mientras que la cantidad restante tiene que ver con los servicios prestados. Asimismo, en todos estos contratos se fijan unos umbrales mínimo y máximo de ingresos, que moderan el riesgo de baja frecuentación o uso del centro y de sus servicios. En última instancia, la falta de garantía de demanda es formal: todas las convocatorias y pliegos se refieren a una población protegida —con tarjeta sanitaria— que será atendida. En consecuencia, el riesgo de disponibilidad y frecuentación es limitado, y, en todo caso, la inversión se encuentra garantizada a través de los pagos diferidos a lo largo de los años. La prestación de servicios no sanitarios, como la carga del mantenimiento, conservación y renovación de los inmuebles y, en algún caso, de los equipamientos, se compensa con la parte restante de la retribución pactada; en lo que no es sino un contrato de prestación de servicios a la Administración, con la singularidad, frente a otras épocas, que, en lugar de ser prestados por diversos empresarios (la vigilancia, la limpieza y la cafetería, por ejemplo), todos ellos se otorgan

---

<sup>58</sup> El Tesoro británico calcula que del precio total, entre el 40 y el 50% retribuye los servicios; el resto, entre el 50 y el 60%, la inversión realizada (*PFI: strengthening long-term partnerships*, HM Treasury, marzo de 2006, 122 págs., en particular pág. 22). Recuérdese que en el contrato de concesión del Hospital de Coslada la cantidad fija anual asciende al 40% de la retribución total.

a un único prestador que es el concesionario. El riesgo es el propio de esta clase de contratos.

En relación con el tercero de los supuestos estudiados, la construcción de hospitales y centros sanitarios por sociedades públicas que, una vez concluidos, los arriendan a la Administración sanitaria para su utilización, la calificación es más sencilla. Con independencia de otras consideraciones, la técnica del levantamiento del velo pone de manifiesto el carácter público de estas entidades. Ni desde la perspectiva contable —que exigiría que, al menos, el 50% de los ingresos de estas sociedades procedieran del mercado, no de transferencias de la Administración— ni, por supuesto, del carácter instrumental del vínculo es posible mantener que esta relación sea un arrendamiento, menos aún que los bienes pertenecen a una entidad pública distinta y que, realmente, se produzca un arrendamiento operativo<sup>59</sup>. El carácter instrumental se impone<sup>60</sup>. Se trata de un nuevo ejemplo de «*medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración*»<sup>61</sup>.

Más allá del criterio contable, atendiendo al criterio material o funcional característico del Derecho comunitario, no puede desconocerse que todos y cada uno de estos hospitales y centros de atención primaria se incorporan a una planificación territorial de los servicios sanitarios —tantas camas por tantos pacientes, tantos médicos por tantas tarjetas sanitarias—, como evidencia la asignación de grupos de población protegida a cada nuevo hospital, lo que asegura un notable grado de estabilidad en la ocupación. A fin de cuentas, no existe la libertad de elección de centro sanitario. En esta situación, es

---

<sup>59</sup> Lo confirma el apartado 4.3, *Arrendamiento-venta*, del *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*, *ob. cit.* Estas sociedades pertenecen al sector institucional: Administraciones públicas.

<sup>60</sup> El caso de MINTRA ejemplifica lo que se dice. Se trata de la empresa pública que se encarga de la ampliación de la infraestructura del Metro de Madrid. Eurostat la calificó de empresa pública, no mercantil, con la consecuencia de su inclusión en el cálculo del déficit de la Comunidad de Madrid, por tres motivos fundamentales: tener un único cliente —el Metro de Madrid—, que es su casi exclusiva fuente de ingresos; carecer de ingresos comerciales o de mercado en cantidad significativa —no lo son las máquinas de venta de bebidas y chocolatinas—, y, a su vez, proceder la financiación de una subvención concedida por el Consorcio de Transportes de Madrid, que son fondos públicos presupuestarios (*Expansión*, 9 de febrero de 2005). Su análisis en detalle, en J. MARTÍNEZ CALVO, «Hacia la construcción de un Derecho Administrativo Financiable. Crónica del caso Mintra», núm. 167 de esta *REVISTA*, 2005, págs. 369 a 402.

<sup>61</sup> Sobre este mecanismo, con resumen de posiciones, F. SOSA WAGNER, «El empleo de los recursos propios por las Administraciones Locales», en *Libro homenaje a S. Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 1309 a 1341. La posibilidad se ha recogido de forma expresa en la letra *l*) del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Un primer comentario, en GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea...*, *ob. cit.*, págs. 137 a 151. Igualmente, esta posibilidad ha sido admitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, sentencia de 6 de abril de 2006, C-410/04).

inimaginable que la Administración sanitaria «abandone» cualquiera de estos centros por «incumplimiento de los estándares de calidad»; en el peor de los casos, acudirá al secuestro y, en su caso, a la resolución con asunción de la gestión (el ejemplo del Hospital de Alcira es elocuente). En última instancia, como ha recordado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Administración sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado a los usuarios-pacientes por una eventual irregularidad en la prestación del servicio sanitario<sup>62</sup> —del que forman parte los bienes<sup>63</sup>—, lo que implica la inexistencia de transmisión de riesgos al concesionario.

En resumen, el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien diferido en el tiempo. La inversión se encuentra garantizada, por mucho que se encuentre escondida en el precio total. No existe mercado de usuarios pues la población a atender se encuentra asegurada. La responsable única ante el usuario es la Administración. La obra revierte, incorporándose al patrimonio público —si no lo estaba ya—. Es cierto que el concesionario asume algunos riesgos en cuanto al mantenimiento de las instalaciones y a la calidad de los servicios que presta, pero esto no es más que un contrato de servicios con una modalidad de pago vinculada con el cumplimiento de unos estándares. Poco o ningún riesgo concurre en estas concesiones, ninguno a los efectos de poder desplazar la inversión hacia la contabilidad del empresario. Lo que se describe se corresponde con un arrendamiento financiero, un préstamo del concesionario a la Administración; y, en tanto no recibe este tratamiento contable, se trata de deuda pública disfrazada<sup>64</sup>. Se podrá discutir sobre los límites de la deuda y el déficit público fijados por las autoridades comunitarias, incluso sobre las ventajas e inconvenientes del gasto público para promover el crecimiento económico; pero, mientras éstas sean las reglas, lo que se describe no es más que una huida del Derecho presupuestario vigente, que es de obligado cumplimiento por las Administraciones públicas, entre ellas la sanitaria y la social.

La consecuencia de incumplir esa normativa es la obligación de los Estados miembros afectados de aprobar y ejecutar un plan económico-financiero de saneamiento dirigido a corregir la situación deficitaria creada<sup>65</sup>. No es previsible, en cambio, que los contratos

<sup>62</sup> STJUE de 27 de octubre de 2005, apartado 32.

<sup>63</sup> Tiene dicho el Tribunal Supremo que las instalaciones, bienes y edificios donde se prestan los servicios públicos integran estos servicios a los efectos de establecer la responsabilidad por daños (por todas, STS 3.<sup>a</sup> de 22 de marzo de 1999, Ar. 3159).

<sup>64</sup> La expresión «deuda disfrazada», en G. MARCOU, «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», *ob. cit.*, pág. 57.

<sup>65</sup> Reglamento (CE) 1467/97 del Consejo, de 7 de julio, relativo a la aceleración y clari-

suscritos sean resueltos, aunque sólo sea por lo que puede representar la indemnización de daños y perjuicios. Siendo así, parece necesario evaluar las ventajas y los inconvenientes que estas formas de colaboración privada traen consigo; si bien, dado que la mayor parte de estas iniciativas se encuentran en fase de construcción, este enjuiciamiento se realizará contrastando lo que disponen los pliegos con los problemas que, a lo largo de los años, han suscitado los conciertos sanitarios en España y con los que esta misma clase de iniciativas ha suscitado durante los casi quince años de utilización por las autoridades británicas para la construcción de centros sanitarios<sup>66</sup>.

### 3.3. *Valoración como modalidad de colaboración privada en los servicios públicos sanitario y social*

#### A) *Los pros: nuevos establecimientos, tiempo y coste de construcción ajustados.*

La experiencia británica pone de manifiesto tres ventajas derivadas de la utilización de contratos bajo la fórmula PFI, admitidas tanto por los críticos como por los defensores de esta técnica.

La primera, la construcción de un conjunto de centros sanitarios —hospitalarios— que de otro modo nunca se hubieran ejecutado, o, cuando menos, no en las mismas condiciones ni en el mismo número. Esta modalidad de colaboración público-privada ha servido para atender la demanda de más servicios sanitarios y, en particular, la de su aproximación a los ciudadanos —lo normal es que sean hospitales comarcales, de tecnología media—. La segunda, la ejecución material de la obra, desde la aprobación del proyecto hasta la puesta a

---

ficación del procedimiento de déficit excesivo. En España, artículo 14 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

<sup>66</sup> El Gobierno británico viene utilizando el programa *Project Finance Initiative*, desde 1992, para la construcción de nuevos centros sanitarios (primero, hospitales; más tarde, también centros de atención primaria). Entre 1992 y 2005, el Departamento de Sanidad británico ha puesto en marcha un total de 146 proyectos hospitalarios y de asistencia primaria, con una inversión de 6.000 millones de libras; para el año 2010, la previsión es de 60 establecimientos más, con una inversión total entonces alrededor de 9.000 millones de libras. El empuje definitivo lo dio la *National Health Service (Private Finance) Act*, de 1997, superando algunas dudas sobre el marco jurídico de esta iniciativa. Del total de centros construidos mediante proyectos PFI, 64 son hospitales, bien nuevos o bien objeto de renovación completa. Por otra parte, en orden a la construcción de pequeños establecimientos sanitarios locales, el Gobierno británico ha impulsado el programa *Local Improvement Finance Trust (LIFT)*, que implica la constitución de entidades mixtas —con participación local y privada, que recuerda a los consorcios— a las que se concede la exclusividad para la construcción y explotación de centros sanitarios (estos datos se toman del documento *PFI: strengthening long-term partnerships*, HM Treasury, marzo de 2006, 122 págs., en especial págs. 16 a 20, 22 y 41).

disposición de la Administración se ajustan a los plazos establecidos en los pliegos, sin que, salvo excepciones, se produzcan las demoras típicas de la ejecución mediante contrato de obra pública y pago contra certificaciones. Y la tercera es que, en línea con el cumplimiento de los plazos de edificación, el coste real de la obra se ajusta al presupuestado, sin desviaciones relevantes, lo que ofrece la seguridad (precio cierto y cerrado) buscada tradicionalmente por la Hacienda pública. Además, la forma de retribución, conectada con la gestión o explotación posterior, permite anticipar el coste de los servicios a prestar a lo largo de los años de duración del contrato, lo que ofrece, por segunda vez, certeza sobre los compromisos económicos adquiridos.

La explicación de estas dos últimas notas se encuentra en que, en estos contratos, el primer pago se demora hasta la finalización y puesta a disposición de la obra. Y ello con independencia de las modalidades de financiación privada a que haya acudido el contratista. También se añade que el mayor coste del crédito que el concesionario debe buscar en el mercado privado de capitales, frente al menor coste si la financiación la obtuviera la Administración pública, queda compensado con el ahorro que representa cumplir los plazos y ajustarse al presupuesto. Es razonable pensar que estas ventajas se reproducirán en los establecimientos puestos en marcha en España.

Por otra parte, ya en relación con los conciertos sanitarios tradicionales, debe considerarse un avance indudable la convocatoria pública de concursos para la adjudicación de estos contratos. Y esto es así porque uno de los problemas clásicos ha sido la tendencia hacia la adjudicación directa sin concurrencia pública. Una realidad que evidencian las sucesivas órdenes de revisión de tarifas de los conciertos suscritos por el Instituto Nacional de la Salud en las que, con un juego nominalista, se exceptuaban determinadas contrataciones de la legislación de contratación administrativa<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Durante décadas, la adjudicación de los conciertos sanitarios se realizó al margen de la legislación de contratos del Estado, de la que estaba excluida la Seguridad Social, y, además, de modo directo, sin concurrencia pública. La primera regulación completa de este contrato, la Circular 2/1979, de 14 de noviembre, del Instituto Nacional de la Salud, estableció dos modalidades: los conciertos suscritos previa solicitud del hospital privado y aquellos otros que resultarían de la iniciativa pública por insuficiencia de medios, propios o concertados, con previa negociación con el centro privado y adjudicación directa. Las reglamentaciones posteriores reflejan la pugna por excluir estos conciertos de las normas sobre publicidad y concurrencia de la contratación pública; en particular, esta pelea resulta más patente una vez que el artículo 83 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985 determinó la sujeción de los contratos de la Seguridad Social a la Ley de Contratos del Estado, algo en lo que volvió a insistir la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989. Esto explica que, en los años sucesivos, las órdenes de revisión de tarifas de los conciertos formulen conceptos diferentes para huir de aquellas normas: conciertos singula-

B) *Los contras: sin evaluar la alternativa pública, larga duración, la congelación de la infraestructura.*

La primera crítica a la utilización de estas formas concesionales en la sanidad y los servicios sociales es la falta de cualquier valoración previa de otras alternativas. Como todo contrato administrativo, se inicia con el expediente de contratación en el que deberá justificarse su necesidad (art. 67 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Una previsión que, en el caso de los servicios sanitarios y sociales, se completa con la obligación de acreditar la utilización óptima de los recursos públicos (art. 90.2 Ley General de Sanidad, 1986). Nada más se dice. No existe mandato legal que imponga una evaluación previa de las alternativas de construcción y financiación de los establecimientos públicos; una evaluación que nada tiene que ver con el estudio de viabilidad que debe preceder al contrato de concesión de obra pública (art. 227 del citado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Con los condicionantes apuntados, el principio general es la discrecionalidad en la elección de la forma de ejecución y financiación de la obra.

La importancia de esta evaluación ha sido puesta sobre la mesa por la experiencia anglosajona. Antes de optar por una u otra forma de construcción y financiación, la Administración debe evaluar todas las alternativas, las públicas y las privadas, en orden a decidir cuándo es mejor acudir a una fórmula de colaboración público-privada y cuándo, por el contrario, sería más adecuado afrontar un contrato de obras ordinario. El número de proyectos ejecutados les ha permitido identificar algunos supuestos en los que la fórmula *Project Finance Initiative* no es apropiada: a) cuando la Administración precise flexibilidad para la gestión del contrato debido a la rapidez de los cambios tecnológicos en el sector de que se trate (el caso de las tec-

---

res (1990), conciertos singulares sustitutorios (1994), contratos-marco (1997), contratos-programa (1998), convenio singular (2000), todos ellos ajenos a aquellas reglas. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 zanjó definitivamente el debate, al menos el subjetivo; si bien, al año siguiente, la Ley de Medidas Tributarias, Administrativas y del Orden Social modificó los supuestos de procedimiento negociado para admitir la adjudicación directa de los contratos de servicios sanitarios que hubieran sido precedidos de la adjudicación de un contrato-marco. Esto último no cerró la controversia, sino que la reabrió. Las Administraciones sanitarias convocan concursos de adjudicación de contratos-marco a favor de varios empresarios, eligiendo después entre ellos con quien suscribir el contrato negociado (con ello, el contrato-marco se convierte en una suerte de selección de proveedores entre los que se elige libremente). Sobre la evolución del régimen contractual de la Seguridad Social, M. BASSOLS COMA, «La contratación administrativa en el ámbito de la Seguridad Social», en *Libro homenaje a J. González Pérez*, T. III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 1756 a 1766.

nologías de la información), y *b*) cuando el presupuesto de la obra sea inferior a 20 millones de libras (en que el coste de gestión no se corresponde con una mayor eficiencia)<sup>68</sup>. En todo caso, lo destacable es la necesidad de estudiar, evaluar y elegir la mejor alternativa posible entre las formas privadas y las públicas de construcción y financiación; bien es cierto que cuando lo que se busca es escapar de las normas sobre la deuda pública, esta evaluación resulta irrelevante, puede que incluso resulte contraproducente<sup>69</sup>.

El segundo bloque de problemas se refiere a la duración de estos contratos: a la cifra mágica de 30 años. El primero es la generalización de un plazo en contra de su propia naturaleza. Ese término se debe fijar en función del tiempo de amortización de la inversión, tal y como dice expresamente la regulación francesa (art. 1 de la Ordenanza 2004-559); y no será lo mismo un hospital de 740 camas (Puerta de Hierro) que otro de 200 (Coslada). El riesgo de enriquecimiento injusto, en uno u otro sentido, es patente. La otra crítica tiene que ver con la «congelación» de la infraestructura sanitaria y social, que habrá de mantenerse durante todo ese tiempo hasta que se concluya el pago. El problema es que la asistencia sanitaria se encuentra inmersa en un proceso de cambio, de imprevisible evolución, mucho menos para un periodo tan largo. Se está produciendo una renovación tecnológica, pero también organizativa, de la que la «deshospitalización» es una de sus manifestaciones más significativas. El concepto de hospital está en cuestión, se potencia la cirugía mayor y menor ambulatoria, se incentivan la atención domiciliaria y los centros de atención de día, lo cual demanda estructuras lo más flexibles posible. Sin duda, es más fácil la adaptación a la baja de los centros públicos que el reacomodo, con pérdida de servicios de los centros privados, que deberán ser compensados por la obra y por los servicios que se dejaron de prestar<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> *PFI: strengthening long-term partnerships, ob. cit.*, pág. 32.

<sup>69</sup> La ausencia en la legislación española de este mecanismo previo de evaluación impide compartir la defensa de estas formas de «desconsolidación» de la deuda como un mecanismo que hace más eficiente el gasto público. Es imposible comprobarlo. Lo defiende MARTÍNEZ CALVO, «Hacia la construcción de un Derecho Administrativo Financiable», *ob. cit.*, págs. 392 y 393.

<sup>70</sup> Esta preocupación por el asentamiento de una estructura hospitalaria poco flexible, en «High anxiety. The NHS's financial difficulties», *The Economist*, 24 de diciembre de 2005, págs. 47 y 48.

C) *Los contras propios de las concesiones de servicios hospitalarios: riesgo de «selección pacientes», cláusula de progreso, continuidad servicio.*

En los contratos de concesión de servicios hospitalarios, el gran problema es el riesgo de que el empresario seleccione a los pacientes más allá de su obligación de atender a un colectivo determinado. No se trata de nada novedoso. Este riesgo explica determinadas limitaciones o condiciones que, de siempre, gravan los conciertos sanitarios, aunque no sean imposiciones legales expresas. Estas restricciones se refieren al objeto y al precio del concierto.

En cuanto a lo que se concierta, la legislación no contiene limitaciones (art. 66 Ley General de Sanidad), pero la experiencia las pone de manifiesto. Lo ordinario es contratar la realización de tratamientos —actos médicos bien definidos; por ejemplo, operación de cataratas—, en algún caso pruebas diagnósticas precisas —radiología, análisis—, pero siempre previo diagnóstico en centro y por profesionales públicos. En este aspecto, el carácter subsidiario se pone de manifiesto. Menos habitual es que se concierte la asistencia sanitaria, incluyendo el diagnóstico, y lo es menos porque en el diagnóstico se encuentra el coste real del servicio, en la necesidad de realizar más o menos pruebas para establecer la enfermedad y en el tipo de tratamiento que se aconseje. Ésta es la razón por la cual, de utilizarse esta modalidad, el concierto se suscribe con establecimientos públicos (históricamente, los hospitales de las Diputaciones Provinciales) o privados sin ánimo de lucro.

De excepcional puede considerarse el concierto con un centro privado para que funcione como alternativa de la red pública no sólo con facultades de diagnóstico y tratamiento, sino también con servicio de urgencias. En este caso, el riesgo es que el centro concertado seleccione los pacientes que atiende —los traumatismos, los jóvenes— y derive el resto —los crónicos, los irrecuperables— hacia un centro hospitalario público. La condición de la asistencia sanitaria pública como obligación de medios se impone. El objeto del concierto —como ahora de las concesiones de servicio público— exige adoptar medidas para evitar que el contratista seleccione pacientes y riesgos en detrimento de los pacientes y de las cuentas públicas.

El precio del concierto, la retribución del contratista, suscita otro problema de gran complejidad: cómo pagar, qué retribuir, sin producir efectos perversos<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Sobre el precio del contrato administrativo, por todos, J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, «Artículo 14. Precio de los contratos», en ARIÑO ORTIZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos...*, ob. cit., págs. 726 a 744.

Lo más sencillo es pagar por acto médico, una cantidad (tarifa) por cada acto médico realizado. Pero sólo lo es en apariencia. De optar por esta fórmula, es imprescindible vigilar que la asistencia prestada sea sólo la necesaria y no más. Las pruebas diagnósticas, las recomendadas, no otras; el tiempo de estancia u hospitalización, el adecuado, no más (lo que favorece cuando se paga por días de estancia). De lo contrario, el gasto sanitario puede dispararse. De aquí la búsqueda de formas de pago más o menos estandarizadas, bien por estancia, bien por proceso asistencial completo, bien por tipos de pacientes y patologías, siempre con parámetros correctores. El objetivo es pagar por la asistencia sanitaria que, en condiciones normales, resulta necesaria de acuerdo con la *lex artis* y el estado de los conocimientos científicos.

La otra fórmula, más compleja, es aquella en que se paga una cantidad por la atención sanitaria, sea cual sea la que se demande. Es el pago per cápita utilizado en las concesiones de los Hospitales de Alcira y de Valdemoro. Tampoco es una panacea. Ahora, el riesgo es que la asistencia se demore hasta la urgencia, que se evite la asistencia a determinados pacientes, que se deriven hacia otros establecimientos sanitarios, normalmente públicos, que son centros de referencia —no se olvide que lo normal es que los centros privados concertados o concesionados sean comarcales, situados entre los centros de primaria y los hospitales generales de referencia—. Esta realidad quiere ser mitigada incorporando al contrato la asistencia primaria, de modo que el contratista sea responsable de la necesidad asistencial, de medicina general y especializada, de toda la población protegida a su cargo. La inspección es clave para supervisar el traslado de pacientes hacia los establecimientos públicos de referencia.

En consecuencia, el modo de pago, sea por acto médico, sea por proceso, sea capitativo, exige el control de la Administración para evitar los efectos perversos que cualquiera de estas formas lleva consigo. La legislación confiere potestades suficientes como para controlar y, en su caso, corregir estas desviaciones<sup>72</sup>. La cuestión es que deben ser utilizadas con especial rigor. No cabe esperar, como en la obra pública, a que el edificio muestre sus grietas.

El tercer conflicto en torno a estas concesiones sanitarias tiene que ver con la calidad del servicio y su adaptación a la evolución tecnológica. En el caso de la obra pública, el legislador impone la cláusula de progreso, de forma que esa adaptación es imperativa, aunque no gra-

---

<sup>72</sup> Las generales de toda Administración como contratista (arts. 156.3, 164 y 249 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) más las recogidas por el legislador sanitario (arts. 67.5 y 94 de la Ley General de Sanidad), a las que se añaden las garantías públicas de todas las prestaciones sanitarias (arts. 23 a 29 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

tuita, bien es cierto que lo es a las medidas legales —accesibilidad, medio ambiente— que vayan surgiendo<sup>73</sup>. En cambio, en los supuestos de gestión de servicio público, la adaptación e incorporación de nuevas técnicas, tratamientos y prestaciones queda abierta: estos centros ofrecerán las prestaciones que conformen el catálogo público. Nada más.

En este aspecto, conviene recordar la solución adoptada con los conciertos sanitarios. Más allá de la afirmación de que la obligación de estar al día existe, la realidad de los conciertos sanitarios es que la actualización tecnológica de los centros concertados ha sido costeada durante décadas por la Administración sanitaria. ¿Cómo? Mediante la combinación de dos medidas: la primera, una clasificación de los centros sanitarios según el tipo de servicios que son capaces de prestar (desde la Resolución de 11 de abril de 1980 de la Secretaría de Estado para Sanidad); la segunda, la revisión periódica de las tarifas por cada uno de esos servicios, que son distintas en función de la clasificación del centro (las órdenes anuales sobre condiciones económicas de servicios prestados con medios ajenos). De este modo, los hospitales se han ido actualizando en la certeza de que, con un determinado nivel de inversión en nuevos medios y servicios, se obtendría la recalificación del centro y, con ella, una retribución superior que compensa ese esfuerzo económico. En las nuevas concesiones sanitarias, esta necesidad puede canalizarse a través del ejercicio del *ius variandi*, si bien es preciso tener en cuenta los límites de esta potestad administrativa, en la medida que, por esta vía, no se evite convocar nuevos concursos públicos para lo que, realmente, son nuevos contratos de prestación de asistencia.

En última instancia, en cuanto a la extinción, es preciso recordar que la devolución de las historias clínicas, cualquiera sea su formato de archivo, es parte esencial de los bienes que deben revertir a la Administración sanitaria. Es uno de los medios fundamentales para garantizar la continuidad de la asistencia sanitaria pública<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Sobre la cláusula de progreso en la concesión de obras públicas —arts. 221.c) y d), y 244.4 y 5 del Texto Refundido—, J. TORNOS, «Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente», en GÓMEZ FERRER-MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 1244 y 1245. En general, el trabajo clásico de J. L. MEILÁN GIL, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, 264 págs. También, T. QUINTANA LÓPEZ, «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 131, 2006, págs. 421 a 444.

<sup>74</sup> La experiencia británica con los hospitales construidos mediante el programa PFI muestra otros problemas y preocupaciones. Las dificultades financieras de los concesionarios, que pueden llevar a la intervención del Gobierno con ayudas —que deben ser enjuiciadas según el régimen legal de las ayudas de Estado—; la refinanciación de las condiciones pactadas cuando se produce una baja de los tipos de interés que reduce el coste de la obra para evitar el enriquecimiento injusto del contratista, y la evidencia de igual calidad de los servicios no sanitarios con los prestados por el sector público, sin que los estándares y cláusulas de penalización de los pliegos los hayan elevado.

#### 4. EN PARTICULAR, LA PRIMACÍA DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS SOBRE LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS SANITARIAS Y SOCIALES

La utilización de diversas formas concesionales y paraconcesionales<sup>75</sup> obliga a preguntarse si se trata de fórmulas alternativas, igualmente válidas, o si, por el contrario, alguna tiene preferencia sobre la otra. El interrogante trae causa del diferente régimen jurídico de cada una de ellas, por más que es innegable la relación entre las distintas modalidades, con aproximación de regímenes y solapamientos a lo largo de la historia<sup>76</sup>.

De poco sirve acudir al artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: la prestación que tenga más valor desde el punto de vista económico. En cualquiera de estas formas de concesión, la gestión o la explotación debe ser como mínimo de valor equivalente a la obra construida; de otro modo se incurriría en enriquecimiento injusto. Es obligado buscar otro criterio.

A los efectos de la legislación española, tanto la asistencia sanitaria pública como los servicios sociales merecen la calificación de servicios públicos. Dejando de lado los debates doctrinales sobre esta categoría jurídico-pública<sup>77</sup>, lo cierto es que ambos cumplen sus presupuestos esenciales. De una parte, su objeto material es un servicio en sentido técnico, esto es, una prestación de dar o hacer a favor de un tercero, que puede o no implicar la utilización de bienes, pero que no se limita a permitir el uso por un tercero, incluso aunque sea preciso mantener el bien en condiciones de ser utilizado<sup>78</sup>. El servicio se identifica con prestaciones, con obligaciones de hacer; en este caso las sanita-

<sup>75</sup> La expresión «paraconcesional», en RUIZ OJEDA, *ob. cit.*, pág. 179.

<sup>76</sup> Por todos, G. ARIÑO ORTIZ, «Contrato de obra, concesión de obra, contrato de gestión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?», *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, 22, 2005, págs. 57 a 84. También sobre esta relación, A. GONZÁLEZ SANFIEL, *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid, 2000, págs. 87 y ss. Antes, A. GALLEGO ANABITARTE y otros, *Derecho de Aguas en España*, 2 tomos, Madrid, 1986, págs. 353 y ss.

<sup>77</sup> Sobre el servicio público, lo que fue y lo que parece ser, las explicaciones de G. ARIÑO ORTIZ (dir.), *Principios de Derecho Público Económico*, 3.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2004, págs. 533 a 669; con otro planteamiento, S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y Mercado*, I, Civitas, Madrid, 1998, 324 págs.

<sup>78</sup> La construcción y explotación de un aparcamiento municipal no puede ser el objeto de una concesión de servicio público (en contra, STS 3.<sup>a</sup> de 6 de mayo de 1993, Ar. 4300, con cita de otras anteriores). ¿Cuál es la prestación, en qué consiste el servicio? ¿La obligación que recae sobre la Administración municipal es de hacer? En realidad, el aparcamiento público es una obra pública mientras se construye y, una vez que se pone a disposición de los ciudadanos, un bien de dominio público por afectación a un uso público. No hay ninguna prestación en favor de los usuarios.

rias<sup>79</sup> y las sociales<sup>80</sup>. De otra, ese servicio es público, esto es, de competencia de la Administración pública por mandato legal, con independencia de que no lo sea en régimen de exclusividad. Esto es lo común. A su vez, estos dos servicios son singulares porque sus prestaciones se caracterizan por ser obligaciones de medios, no de resultado; de utilización de cuantos medios, materiales y personales, sean necesarios para restablecer la salud y, en su caso, el bienestar personal, sin que pueda asegurarse este resultado. Esto explica que los medios personales primen sobre los materiales, y es que sin los conocimientos y pericia de los profesionales sanitarios y sociales, las dotaciones, equipamientos e infraestructuras sanitarias, sociosanitarias y sociales devienen inútiles.

En cuanto al concepto de obra pública, a los limitados efectos apuntados, identifica una obra de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por sí misma una función económica —art. 1.2.b) de la Directiva 2004/18/CE, art. 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas—, que es necesaria para la realización de una competencia administrativa atribuida como propia (art. 220.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos); obra que puede o no ser dominio público —arts. 241 y 242.d) del mismo Texto Refundido—<sup>81</sup>. En suma, las obras públicas lo son por

<sup>79</sup> Las prestaciones reguladas por los artículos 7 y 11 a 19 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, desarrolladas por el RD 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 —que sustituye al RD 63/1995, de 20 de enero—. Sobre esta regulación, J. PEMÁN GAVÍN, «La nueva configuración del Sistema Nacional de Salud tras la Ley de Cohesión y Calidad (Ley 16/2003, de 28 de mayo)», incluido en su libro *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, ob. cit., en particular págs. 235 a 244. Con carácter de reflexión general, las aportaciones de M. ALONSO OLEA, *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1994, 112 págs., y J. L. VILLAR PALASÍ, «Prestaciones sanitarias: catálogos, problemas de su configuración normativa», en *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos. Actas del Tercer Congreso Derecho y Salud*, Pamplona, 1994, págs. 125 a 183.

<sup>80</sup> Aquellas actuaciones y medios que se ofrecen a las personas o grupos en los que se integran para alcanzar o restablecer su bienestar —normalmente, prestaciones técnicas (que son actos de profesionales), económicas, entregas de fondos públicos y materiales, atención en centros especializados—. Se toma como referencia la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Madrid, artículos 14 a 19. La aproximación a estos servicios a través de las prestaciones, inicialmente, en BELTRÁN AGUIRRE, *El régimen jurídico de la acción social pública*, ob. cit., págs. 263 a 267.

<sup>81</sup> El concepto de obra pública presenta caracteres que lo hacen bastante más complejo de lo expuesto. Entre otros, con enfoques diversos, es obligada la cita de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Tecnos, Madrid, 1966; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Las obras públicas», núms. 100-102, vol. III, de esta REVISTA, 1983, págs. 2467 a 2569; A. MENÉNDEZ REXACH, «Prólogo» al libro de JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Obras públicas e iniciativa privada*, ob. cit., págs. 15 a 33; el propio JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Obras públicas e iniciativa privada*, ob. cit., págs. 75 y ss.; A. GALLEGO ANABITARTE, «Caso, regulación y sistemática jurídica. Concesión de obra pública y dominio público. Un apunte», Estudio Preliminar del libro de JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ, *Obra pública y medio ambiente*, Marcial Pons, 2002, págs. 11 a 47; R. GÓMEZ FERRER-MORANT, «El contrato de obras. La concesión de obras públicas como contrato», en *Comentario a la Ley de Contratos...*, ob. cit., págs. 752 a 791.

su destino público y por ser de la competencia administrativa<sup>82</sup>. En este sentido, es claro que la construcción del inmueble destinado a la prestación de asistencia hospitalaria o primaria, como de servicios sociales, es una obra en el sentido expuesto. Una obra o inmueble que puede ser utilizado como soporte de un servicio público, pero que por sí solo no es servicio público. El edificio, más los equipamientos sanitarios, más el personal especializado, conforman un hospital: un establecimiento prestador de servicios de atención especializada. En cambio, el mismo inmueble sin esos complementos no merece esa calificación, ni siquiera con equipamiento en disposición de ser utilizado; sin prestación —trabajo de los profesionales sanitarios—, ese edificio no es hospital<sup>83</sup>. Esta distinción es relevante porque se puede «explotar» un inmueble destinado a ser usado como centro hospitalario o residencia de la tercera edad, lo que abarca su arrendamiento, incluso la prestación de servicios de mantenimiento para el arrendador, pero no se puede «explotar» un hospital, entendido en el sentido apuntado; en este caso, sólo cabe su gestión.

El interrogante es cuándo acudir a una fórmula y cuándo a otra. Lo apuntado más atrás sobre la relación de estos servicios con la actividad propia de determinados profesionales, normalmente titulados o habilitados (en el caso de la sanidad, los «profesionales sanitarios»<sup>84</sup>), permite contestar esa pregunta. Cuando su intervención es preceptiva, el régimen del servicio público se impone. La preferencia legal del régimen del servicio sobre las normas reguladoras de los bienes explica este planteamiento (art. 74 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, art. 87 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y art. 158.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

El caso sanitario es el más claro. Ni la recogida de desechos, ni la limpieza de los centros, ni la seguridad, probablemente ni siquiera el archivo de documentación, tienen carácter sanitario ni de ellos de-

---

<sup>82</sup> Por esta razón, falta de competencia, las convocatorias de concursos públicos para la construcción y explotación de centros sanitarios hospitalarios realizadas por algunos municipios españoles quedan fuera del régimen legal y financiero propio de las obras públicas. Tras la aprobación de la Ley General de Sanidad de 1986, las entidades locales carecen de competencia en asistencia sanitaria pública (cfr. arts. 25 y 26 Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local). Sobre las obras públicas locales, el trabajo de F. LÓPEZ RAMÓN, «Las obras municipales», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, II, 1.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1988, págs. 1207 a 1222.

<sup>83</sup> El concepto legal de hospital confirma lo que se dice: «*Son hospitales, cualquiera que sea la denominación que ostenten, los establecimientos destinados a proporcionar una asistencia médico-clínica, sin perjuicio de que pueda realizarse en ellos, además de la medida que se estime conveniente, medicina preventiva y de recuperación, y tratamientos ambulatorios*» (art. 1.1 de la Ley 37/1962, de 21 de julio, de Hospitales).

<sup>84</sup> Según la definición contenida en los artículos 2, 3 y 7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

pende prestación asistencial alguna. La concesión de obra pública con servicios no sanitarios es una fórmula válida. Sin embargo, la asistencia médica, como los cuidados de enfermería, como el personal de apoyo (con formación especializada) a los dos colectivos anteriores, sí que resultan determinantes de la prestación. Cuando es así, el servicio se impone sobre la obra —el edificio, sus equipamientos, incluso los servicios no sanitarios— y la forma concesional de obra da paso a la de servicio público. En consecuencia, concesión de servicio y concesión de obra no son formas alternativas. El objeto del contrato condiciona las posibilidades de utilización de una u otra modalidad por la Administración pública.

La conclusión alcanzada obliga a volver sobre las concesiones de obra pública sociosanitarias —de residencias para la tercera edad—. Como se expuso, en estos contratos el concesionario no se limita a poner a disposición de la Administración un inmueble y unos servicios más o menos auxiliares o secundarios, sino que, de acuerdo con los pliegos estudiados, ese empresario prestará servicios asistenciales (prestaciones técnicas y materiales) a los usuarios —los mayores— a cambio del pago de una tarifa. Por tanto, el objeto de esas convocatorias es la gestión de servicios sociales públicos. Dos son las consecuencias más importantes. Para los usuarios, las tarifas que deben abonar pasan a ser tasadas, con las bonificaciones y descuentos que en su caso fije la Administración, y no, como resulta del régimen legal de la concesión de obras, máximas, susceptibles de descuentos libres por el concesionario (art. 159.1 *versus* art. 246.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Para el concesionario, el principio de remuneración suficiente se impone como garantía de su equilibrio económico-administrativo, desapareciendo cualquier duda sobre la aplicación de ese principio en los contratos de concesión de obra pública (art. 163 en relación con los arts. 128 y 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, frente al art. 248 de la Ley de Contratos). No parece, por el contrario, que este cambio determine una modificación de su naturaleza contable; a fin de cuentas, el bien revierte a la Administración al finalizar el plazo concesional, pero, mientras tanto, la retribución del concesionario procede en exclusiva de los usuarios.

## 5. REFLEXIÓN FINAL: SÓLO MÁS CARGAS FINANCIERAS PARA LA SANIDAD Y LOS SERVICIOS SOCIALES

Nada de lo expuesto tiene que ver con los problemas de fondo de la sanidad pública, tampoco con los que suscita el envejecimiento y

la necesidad de respuesta sociosanitaria, tanto en España como en Europa.

Las autoridades comunitarias identifican como amenazas de los sistemas nacionales sanitarios y sociales las innovaciones tecnológicas y terapéuticas, la demanda de más bienestar y la información de los pacientes, el envejecimiento demográfico, el envejecimiento de los profesionales sanitarios y la mayor movilidad de la población comunitaria. A tal efecto se propone adoptar medidas para la consecución de tres grandes objetivos:

1) La disponibilidad de la asistencia sanitaria y de la asistencia de larga duración (sociosanitaria), garantizando el acceso a la asistencia sobre parámetros de universalidad, equidad y solidaridad, incluyendo las personas que precisen tratamientos prolongados, reforzando la coordinación de los servicios sanitarios y sociales, promoviendo dispositivos de paliativos, reduciendo las listas de espera y fomentando la mejor gestión de los recursos humanos y su formación.

2) La asistencia sanitaria y de larga duración de calidad, que tropieza con los rápidos cambios tecnológicos y, sobre todo, con el aumento de los costes, promoviendo prácticas y tratamientos costeeficientes, medidas preventivas, formación permanente de los profesionales, adaptabilidad de los sistemas a las necesidades cambiantes —algo difícil con contratos de 30 años de duración—, y la definición de los derechos y deberes de pacientes y familiares.

3) La sostenibilidad financiera ante el creciente e imparable gasto sanitario, buscando ahorros en el consumo de medicamentos, coordinando los recursos sanitarios, sociosanitarios y sociales, descentralizando la gestión y otorgando más autonomía y responsabilidad a los prestadores de servicios (gestión clínica), incluso introduciendo la colaboración económica de los usuarios<sup>85</sup>.

Poco tiene que ver el uso de fórmulas concesionales y paraconcesionales con estos objetivos y con los problemas descritos. De igual modo que la huida al Derecho privado, mediante la creación de entes instrumentales para escapar de las «maldades» del Derecho administrativo, tan divulgadas en el mundo sanitario —empresas públicas, fundaciones hospitalarias—, ahora se trata de una fórmula para huir de las limitaciones presupuestarias, sin abordar aquellos problemas.

---

<sup>85</sup> Este análisis, en Informe del Parlamento Europeo (abril de 2005) sobre la Comunicación de la Comisión *Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas*, COM (2004), 0304.

Como se explicó en otro lugar<sup>86</sup>, el problema del crecimiento del gasto sanitario, y con ello la viabilidad futura de la asistencia sanitaria pública, se viene abordando por dos caminos diferentes, aunque no incompatibles: el primero, mediante el recorte directo de los gastos —sea imponiendo el pago parcial a los usuarios, el copago, sea recortando las prestaciones, o limitando el acceso a las mismas—, y el segundo, mediante la reforma de la gestión, buscando formas más eficientes, sea poniendo énfasis en «nuevas formas organizativas», o bien haciéndolo en la introducción de competencia e incentivos en la gestión pública. En algunos países, incluso, se ha planteado como solución incrementar el gasto sanitario público, equiparándolo con la media europea; el resultado es que, agotada esa posibilidad, el sistema sigue teniendo los mismos problemas pero ya su capacidad de gasto se ha acabado<sup>87</sup>.

Como la huida hacia el Derecho privado, el fenómeno estudiado se enmarca en las reformas organizativas, en este caso mediante la ficción de que esos nuevos establecimientos son privados y su construcción no computa para el déficit público —por más que, como se ha expuesto, sí que generan deuda pública—. Ahora bien, a diferencia de aquella huida hacia las formas organizativas privadas, cuyo valor para el conjunto del sistema sanitario público sigue siendo anecdótico —la mayor parte de los establecimientos sanitarios públicos son entidades públicas no personificadas—, la huida del Derecho presupuestario trae consigo unas obligaciones económicas a largo plazo que no pueden considerarse menores cuando el control del gasto es el problema esencial de la sanidad pública. Es cierto que con esta iniciativa se responde a la demanda ciudadana de centros sanitarios más cercanos a los domicilios, pero se hace a costa de endeudar a las siguientes generaciones con deudas a largo plazo. Frente a esto resulta imprescindible que las decisiones sobre gasto sanitario tengan en cuenta las consecuencias futuras y, para ello, es preciso que se adopten como parte de las medidas de reordenación de cada servicio público, no de forma aislada, y con transparencia. Lo contrario no es sino una huida hacia adelante de resultados imprevisibles.

---

<sup>86</sup> VILLAR ROJAS, «La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión...», *ob. cit.*, págs. 87 a 91.

<sup>87</sup> Así, en «High anxiety. The NHS's financial difficulties», *The Economist*, 24 de diciembre de 2005, págs. 47 y 48; más tarde, con igual preocupación, en «Grappling with deficits. National Health Service», *The Economist*, 11 de marzo de 2006, págs. 31 y 32.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBI, F. (1960): *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid.
- ALONSO OLEA, M. (1994): *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2004): *Principios de Derecho Público Económico*, 3.ª ed., Comares, Granada.
- (2005): «Contrato de obra, concesión de obra, contrato de gestión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?», *Revista Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, 22, págs. 57 a 84.
- AZOFRA VEGAS, F. (1997): «La financiación privada de infraestructuras públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 96, págs. 549 a 576.
- BASSOLS COMA, M. (1991): «La contratación administrativa en el ámbito de la Seguridad Social», en *Libro Homenaje a J. González Pérez*, T. III, Civitas, Madrid, págs. 1756 a 1766.
- BEATO ESPEJO, M. (1989): «El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad», núms. 119 y 120 de esta REVISTA, págs. 379 a 418, 381 a 400.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L. (1992): *El régimen jurídico de la acción social pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.
- CLAVERO ARÉVALO, M. (1952): *Municipalización y provincialización de servicios en la Ley de Régimen Local*, Instituto de Estudios de la Administración Local.
- COBREROS MENDAZONA, E. (1988): *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, IVAP, Oñati.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. (1983): *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid.
- (2003): «Artículo 14. Precio de los contratos», en G. ARIÑO ORTIZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. I, Comares, Granada, págs. 726 a 744.
- EMBED IRUJO, A., y COLOM PIAZUELO, E. (2004): *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.ª (1984): *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1983): «Las obras públicas», núms. 100-102, vol. III, de esta REVISTA, págs. 2467 a 2569.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (2002): «Caso, regulación y sistemática jurídica. Concesión de obra pública y dominio público. Un apunte», Estudio Preliminar del libro de Javier BERMÚDEZ SÁNCHEZ, *Obra pública y medio ambiente*, Marcial Pons, págs. 11 a 47.
- GALLEGO ANABITARTE, A., y otros (1986): *Derecho de Aguas en España*, 2 tomos, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): «La actividad industrial y mercantil de los municipios», núm. 17 de esta REVISTA.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2004): *Curso de Derecho Administrativo*, I, 12.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid.
- GARRIDO FALLA, F. (1996): «La administrativización de la gestión de la Seguridad Social», núm. 140 de esta REVISTA, págs. 7 a 24.
- GIMENO FELIU, J. M.ª (2006): *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Thompson-Civitas, Madrid.
- GOH, J. (2000): «Avances en la colaboración de los sectores público y privado para la provisión de dotaciones y servicios en el Reino Unido. El Private Finance Initiative y su régimen jurídico», en A. RUIZ OJEDA, G. MARCOU y J. GOH, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Instituto de Estudios Económicos y Civitas, Madrid, págs. 95 a 132.
- GÓMEZ FERRER-MORANT, R. (dir.) (2004): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid.
- GÓMEZ MARTÍN, M. (2005): *El concierto sanitario: antecedentes, concepto y régimen jurídico*, Tesis Doctoral, Universidad de La Laguna, 459 págs. (inédita).

- GONZÁLEZ SANFIEL, A. (2000): *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Montecorvo, Madrid.
- HERRANZ EMBID, P. (2005): «Régimen general de las obras públicas», en J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A. (2004): «Negocios jurídicos sobre la concesión», en C. CHINCHILLA MARÍN, *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. (1998): *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid.
- LAVILLA RUBIRA, J. J. (2004): «El contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en R. GÓMEZ FERRER-MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, págs. 943 a 980.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (1988): «Las obras municipales», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, II, 1.ª ed., Civitas, Madrid, págs. 1207 a 1222.
- MARCOU, G. (2000): «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», en A. RUIZ OJEDA y otros, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Instituto de Estudios Económicos y Civitas, Madrid, págs. 50 a 58.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1966): *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Tecnos, Madrid.
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2005): «Hacia la construcción de un Derecho Administrativo Financiable. Crónica del caso Mintra», núm. 167 de esta REVISTA, págs. 369 a 402.
- MEILÁN GIL, J. L. (1968): *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.) (2003): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (1998): «Prólogo» a F. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Obras públicas e iniciativa privada*, Montecorvo, Madrid, págs. 15 a 33.
- (2001): «Formas de gestión de los servicios sanitarios», en L. PAREJO, F. LOBO y M. VAQUER (coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid.
- MESTRE DELGADO, J. F. (2003): «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», en S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, 2.ª ed., Civitas, Madrid, págs. 1474 a 1538.
- MORENO REBATO, M. (2002): *Régimen jurídico de la asistencia social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1975): *La sanidad pública en España (evolución histórica y situación actual)*, IEA, Madrid.
- (1995): *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid.
- (1998): *Servicio público y Mercado*, I, Civitas, Madrid.
- (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Thomson-Civitas, Madrid.
- NIETO GARRIDO, E. (2004): «La financiación de obras y servicios públicos en el Reino Unido (De private finance initiative a public private partnership)», núm. 164 de esta REVISTA, págs. 389 a 406.
- PAREJO GAMIR, R. (2004): «Financiación privada de la concesión de obra pública», en R. GÓMEZ FERRER-MORANT (coord.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, págs. 1289 a 1342.
- PAREJO, L.; LOBO, F., y VAQUER, M. (coords.) (2001): *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid.
- PAREJO, L.; PALOMAR, A., y VAQUER, M. (2004): *La reforma del Sistema Nacional de Salud: cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid.

- PEMÁN GAVÍN, J. (1989): *Derecho a la Salud y Administración Sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- (2005): *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Comares, Granada.
- REBOLLO PUIG, M. (1997): «Sanidad», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del Bienestar*, Escuela Libre y Civitas, Madrid.
- RUIZ OJEDA, A. (2000): «Aplicaciones recientes en materia de financiación privada de infraestructuras en España: entre la financiación presupuestaria diferida y las fórmulas concesionales», en A. RUIZ OJEDA, G. MARCOU y J. GOH, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Instituto de Estudios Económicos y Civitas, Madrid.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (1998): *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid.
- SOSA WAGNER, F. (2003): «El empleo de los recursos propios por las Administraciones Locales», en *Libro homenaje a S. Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, págs. 1309 a 1341.
- (2004): *La gestión de los servicios locales*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid.
- TORNOS MAS, T. (coord.) (2002): *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- TORNOS, J. (2004): «Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente», en R. GÓMEZ FERRER-MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2002): *La acción social (Un estudio sobre el Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VELARDE FUERTES, J. (1990): *El tercer viraje de la Seguridad Social en España. Aportaciones para una reforma desde la perspectiva del gasto*, Madrid.
- VILLAR EZCURRA, J. L. (2001): «La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos», *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, 10, págs. 102 a 111.
- VILLAR PALASÍ, J. L. (1952): «Concesiones administrativas», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IV, Seix, Barcelona, págs. 684 a 770.
- (1994): «Prestaciones sanitarias: catálogos, problemas de su configuración normativa», en *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos. Actas del Tercer Congreso Derecho y Salud*, Pamplona, págs. 125 a 183.
- VILLAR PALASÍ, J. L., y VILLAR EZCURRA, J. L. (2005): «Artículo 98. Principio de riesgo y ventura», en G. ARIÑO ORTIZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. III, Comares, Granada, págs. 693 a 732.
- VILLAR ROJAS, F. J. (1998): «La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud: ¿hacia la desregulación de la sanidad pública?», *Revista Derecho y Salud*, 6/2, págs. 74 a 91.
- (2006): «La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios», *Revista Derecho y Salud*, 14, Actas del XIV Congreso Derecho y Salud, Zaragoza, págs. 1 a 16.
- (2006): «Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios», *Documentación Administrativa*, 271-272: *El Derecho Público de la Acción Social* (en prensa).
- VV.AA. (2002): «El nuevo sistema concesional», *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425.