

Concesión de obra y financiación de hospitales públicos: Análisis jurídico para España

Concession contracts and financing of public hospitals:
Juridical analysis for Spain

Francisco Reyes Santías*
Universidad Santiago de Compostela (España)

* Ph.D in Económics, MBA, MSc in Health Economics, BSc in Economics, Licenciado en Derecho. Investigador, Instituto universitario de Ciencias Neurológicas (Universidad de Santiago de Compostela). Economista, Unidad de Epidemiología e Investigación Clínica (Complejo Hospitalario Universitario de Santiago). francisco.reyes.santias@sergas.es

Plaza de N^a S^a de la Merced, 9, 1^o a. 15706 Santiago de Compostela (España).

Resumen

Objetivos: Analizar la evidencia jurídica disponible sobre los resultados de la concesión de obra pública para la construcción y gestión de hospitales y su trascendencia sobre el sistema sanitario público español.

Idem: Búsqueda bibliográfica y análisis de doctrina y jurisprudencia sobre la concesión de obra pública para infraestructuras sanitarias.

Idem: La concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos. En el ámbito público sanitario se producen situaciones de cambio de status laboral que pueden acarrear perjuicios a los interesados. La inserción del sector privado con autoridad y responsabilidad sobre personal en contacto con pacientes genera preocupación.

Idem: Las concesiones se presentan como solución a los problemas de puesta en funcionamiento de infraestructuras sanitarias, pero el análisis ofrece una visión crítica.

Palabras clave: Concesión, contratación externa, hospitales, gestión pública.

Summary

Aims: To Analyze the available law evidence for on the results of the Concession of Public Contracts for the construction and management of hospitals and its impact on the Spanish Public Health System.

Methods: Bibliographical Search and analysis of doctrine and its jurisprudence on the concession contracts for building sanitary infrastructures.

Results: Concession contracts do not serve for managing Health Care public services. In the public health care system, the change for labour status, could damage health care workers' rights. The insertion of private sector management with authority and responsibility on personnel attending patients generates concerns.

Conclusions: The Concession contracts seem to appear as a solution for financing health care hospitals, but the analysis offers a critical vision.

Key words: Concession, external contracting, hospitals, public management.

Fecha de recepción: 27 de mayo de 2010

Fecha de aceptación: 30 de agosto de 2010

INTRODUCCIÓN

El límite de endeudamiento público recogido en los criterios de convergencia en el ámbito de la Unión Europea plantea dificultades cuando se precisan nuevas infraestructuras públicas. Esto ha llevado a distintos países a buscar formas de financiación privada para poner en funcionamiento sus nuevas infraestructuras, a fin de evitar la contabilización de la inversión como gasto público.

En la zona euro y, en particular, en el ámbito de las administraciones públicas, el interés por examinar su actividad desde la perspectiva proporcionada por la contabilidad nacional ha pasado a ser un asunto relevante. Esta circunstancia tiene su origen en la necesidad de cumplir las exigencias de la Unión Económica y Monetaria (UEM) y la disciplina presupuestaria impuesta, en cumplimiento de los criterios de convergencia del Tratado Constitutivo de la Unión, comúnmente conocido como Tratado de Maastricht (1992).

En el Consejo de Ámsterdam (1997) se estableció el Pacto de Estabilidad y Crecimiento a raíz del cual se elaboró el Programa de Estabilidad para el Reino de España y que ampliaba el alcance del objetivo de mantener el déficit presupuestario por debajo del 3% del PIB incluso después del acceso a la tercera fase de la UEM. En el Consejo de Europa de Santa María de Feira (2000) se fijaron recomendaciones para llevar el objetivo de saneamiento de las cuentas públicas más allá de los límites mínimos (Comisión Europea, 2004).

Los anteriores acuerdos se determinan para el conjunto de España y no tienen en cuenta el elevado grado de descentralización existente en las administraciones públicas españolas. Por este motivo se elabora la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (LGEF), cuyo objetivo es adecuar la política presupuestaria de todas las entidades públicas al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, en el marco de la UEM. Este principio se ha configurado en determinante de la política económica española.

En 2005 se introduce con fuerza en el sistema sanitario público español una nueva forma de financiación que lleva incorporada la gestión indirecta de parte de los servicios necesarios para el funcionamiento, bajo la fórmula contractual de concesión de explotación a las empresas que hayan efectuado la totalidad de inversiones necesarias (construcción y equipamiento con arreglo a un programa funcional definido por el correspondiente Servicio de Salud) para la puesta en marcha de un nuevo hospital público (Chinchilla, 2006).

La justificación principal de esta modalidad no ha sido la búsqueda de una nueva forma de gestión, sino la obtención de un sistema de financiación que permita acometer la dotación de nuevas infraestructuras, sin rebasar los límites de endeudamiento admitidos por los criterios de convergencia en la Unión Europea.

Pero el resultado es, sin embargo, algo más, y puede considerarse sin duda como una nueva modalidad de gestión, ya que se basa esencialmente en la explotación privada de determinados servicios (en principio enunciados como actividades no sanitarias que se desarrollan en las instituciones hospitalarias) por períodos prolongados de tiempo (hasta 30 años). Las anualidades correspondientes, que se aplican a partir del momento de entrada en funcionamiento del hospital, incluyen tanto el pago por los servicios prestados como, lógicamente, el correspondiente a la inversión efectuada por las empresas concesionarias para la construcción y equipamiento. Pasado el período de concesión, inmuebles y equipamientos quedan en propiedad del servicio sanitario público.

El referente principal para este sistema es la experiencia del Reino Unido, que utiliza desde hace más de una década el sistema Private Finance Initiative (PFI, Iniciativa de Financiación Privada) para la realización de obra pública en distintos sectores, habiendo sido su uso en la construcción hospitalaria el que mayores controversias ha levantado. La polémica en el Reino Unido obedece a que el sistema PFI tiene un coste total mayor que el endeudamiento público

directo, a la opacidad y dificultad de control en todas las fases de desarrollo y a la existencia de mercados secundarios (que logran articular mecanismos para evitar la penalización por incumplimiento y la quiebra). El gasto actualmente extrapresupuestario del NHS en PFI asciende a unos cinco mil millones de libras esterlinas.

LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA SANITARIA ATENDIENDO A SU MARCO LEGAL

En España, el sistema equivalente recibe la denominación de "concesión de obra", siendo también justificada su introducción en el sector sanitario por los límites de endeudamiento público. La concesión comprende la construcción y mobiliario básico (dotación inicial y reposición) y no incluye en general la tecnología informática ni médica. Incluye también la prestación por contrato global a 30 años de servicios no sanitarios, que en líneas generales coinciden con los que habitualmente se externalizan en centros gestionados por sistema tradicional.

Los referentes más inmediatos de esta modalidad de gestión son en España la experiencia de Alcira (en la que la concesión afecta en la actualidad a la totalidad de los servicios sanitarios y no sanitarios) y las convocatorias para nuevos hospitales en Denia y Valdemoro, también según el mismo esquema. Hay que añadir los concursos para la construcción y equipamiento de siete hospitales más en la Comunidad de Madrid y, con esquema similar, Castilla y León y Baleares tienen en marcha sendos proyectos: el Hospital General Yagüe y Son Dureta.

El primer problema que debemos abordar ante la decisión de los gobiernos regionales españoles que gestionan las competencias de asistencia sanitaria de promover contratos de Concesión de Obra Pública para la construcción de nuevos hospitales viene determinado por la existencia de un principio general de sumisión de la actividad de la Administración al Derecho administrativo a partir de criterios jurídicos constitucionales, entre los que cabe destacar

los siguientes: a) la Administración ha de ejercer su actividad con sometimiento pleno a la Ley y al derecho (art. 103.1 de la Constitución española); b) los tribunales de justicia, de la jurisdicción contencioso-administrativa, según se desprende del artículo 153 CE, han de controlar esa plena sumisión de la Administración a la legalidad (arts. 106.1 y 153 CE); c) entre los elementos más esenciales del ordenamiento que vincula a la Administración destaca la necesidad de que su actuación sirva de modo objetivo a los intereses generales predeterminados en aquél (art. 103.1 CE) y se justifique causalmente en ellos de forma suficientemente proporcionada o adecuada (art. 106.1 CE); d) el principio constitucional de igualdad vincula con especiales acentos a la Administración en toda su actuación, imponiéndole específicas formas a su actuación que la salvaguarden (arts. 1, 14, 31, 33.3 y 106.2 CE); e) los actos administrativos deben producirse a través de un procedimiento que ha de garantizar, cuando proceda, la audiencia del interesado (art. 105.c CE), lo que constituye una exigencia típica de la actuación de cualquier Poder Público, que es, como tal, desconocida en el derecho privado; f) el Estado, y lo mismo ocurre con las demás entidades públicas, sólo pueden actuar sometiéndose en sus gastos a las previsiones presupuestarias públicas debidamente aprobadas (art. 134 CE); g) existe una necesaria regulación legal específica de todos los bienes públicos, tanto si son demaniales como si su naturaleza es patrimonial (art. 132 CE), por lo que su tráfico y uso se sujetan a reglas que no serán coincidentes con las de derecho privado; como defiende, con toda solvencia, Martínez López-Muñiz (1997).

Añadido a lo anterior, debemos destacar la prohibición contenida en el artículo. 251.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), que establece que “en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”, lo que, unido a la consideración de que las prestaciones sanitarias son necesarias e imprescindibles para la vida social y por ello las presta el Estado, con implicación del ejercicio de los principios de soberanía y de autoridad, debemos asumir la existencia de una reserva de competencias o funciones

públicas en materia de asistencia sanitaria a la Administración Pública, entendida en sentido orgánico-subjetivo, lo que significa que las funciones públicas de asistencia sanitaria deben ser desempeñadas por la Administración Pública entendida en sentido orgánico y, por tanto, en régimen de Derecho administrativo, dada la configuración de la Administración Pública, en este sentido, como garantía institucional.

En segundo lugar, es preciso evidenciar si la Concesión de Obra Pública es un contrato predicable para el proceso de construcción, puesta a disposición y gestión de los servicios no sanitarios hospitalarios. De este modo, debemos observar que las obras vinculadas con la prestación de servicios públicos o servicios económicos de interés general son aquellas que sirvan a varios operadores por haberse producido una separación legal de actividades –infraestructura versus servicios–, como en puertos, en aeropuertos, en ferrocarriles, o en agua –vías ferroviarias versus transporte ferroviario, instalaciones portuarias y aeroportuarias versus transporte marítimo y transporte aéreo–, por supuesto, siendo la obra o instalación competencia administrativa y estando liberalizada la prestación del servicio (Embid y Colom, 2004; Gómez-Ferrer, 2004; Menéndez, 2003).

Ahora bien, si la separación legal de actividades no se produce, como ocurre con la sanidad pública, el problema de qué contrato debe ser aplicado se convierte en cuestión polémica; y ello porque el régimen jurídico del contrato de concesión de obra es distinto del que corresponde al de gestión de servicio público y éste también puede incorporar la ejecución de obras (Ariño, 2004).

Para resolver esta cuestión es frecuente acudir a la preferencia del régimen legal del servicio sobre las normas reguladoras de los bienes es indiscutible: la establece el artículo 74 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (*las normas del reglamento de servicios serán asimismo de preferente aplicación cuando la utilización de bienes de uso público fuere sólo la base necesaria para la prestación de*

un servicio público municipal o provincial), el artículo 87 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (*La utilización de los bienes y derechos destinados a la prestación de un servicio público se su-peditarán a lo dispuesto en las normas reguladoras del mismo y, subsidiariamente, a lo dispuesto por esta Ley*), y también el artículo 117.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (exigencia de anteproyecto de ejecución y explotación de obras en los contratos de gestión de servicio público que exijan la ejecución de obras, con sujeción a la normativa de la concesión de obras públicas). En suma, el régimen del bien cede ante el régimen jurídico del servicio público al que se encuentra afecto. La clave radica, entonces, en el concepto de servicio público (Villar, 1998).

Pues bien, dejando de lado los debates doctrinales sobre la categoría jurídico-pública, lo cierto es que para hablar de servicio público deben cumplirse dos presupuestos: a) su objeto material debe consistir en un servicio en sentido técnico, esto es, una prestación de dar o hacer a favor de un tercero, en concreto, una obligación de hacer, no sólo de permitir la actuación del tercero –uso de un bien– por mucho que ello exija mantener el bien en condiciones de ser usado –no hay servicio en la autopista de peaje–; y b) ese servicio debe ser público, por tanto, competencia de la Administración Pública por mandato legal, sea o no en régimen de exclusividad. En este caso, el régimen jurídico aplicable es el del contrato de gestión de servicio público con ejecución de obra, a tenor del artículo 8 de la LCSP.

Lo dicho permite dudar que la construcción y explotación de un hospital tenga encaje en el objeto propio de esta modalidad concesional. La asistencia sanitaria es una prestación –obligación de hacer– a favor de los pacientes con derecho a ella que obliga a las administraciones sanitarias. No basta con el “uso” o mera puesta a disposición del hospital; es más, el inmueble sin medios no merece ese calificativo. El hospital identificado con los servicios médico-sanitarios no es “explotable”; es más, si se quisiera encomendar esos servicios a un contratista, la modalidad contractual sólo podría ser la concesión de servicio público. A lo sumo, en un centro sanitario

público lo explotable es la disponibilidad del edificio, en tanto que inmueble –una suerte de arrendamiento–, y los servicios accesorios o complementarios –lavandería, catering, vigilancia, cafetería–, tradicionalmente contratados mediante contrato de servicios.

En definitiva, el contrato de concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos porque no son “explotables” (Villar, 2006). De hecho, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) se muestra categórica al afirmar que para que un contrato pueda ser calificado como de concesión de obra pública debería ser susceptible de explotación; motivo éste que le sirve para rechazar esta calificación como contrato de concesión de obra pública de un contrato que tiene por objeto la construcción de un edificio en el que se han de albergar los servicios centrales de la Universidad (Informe de la JCCA nº 61/2003). ¿Cuál es la diferencia con el actual proyecto de construcción de un hospital público?

La trascendencia de este posicionamiento es evidente, pues, con base en el criterio del máximo órgano consultivo en materia de contratación administrativa, la construcción de los nuevos centros hospitalarios que se está llevando a cabo, entre otras, en la Comunidad Autónoma de Madrid, no tendría correcto amparo jurídico al haberse acogido a esta modalidad de contrato de forma indebida, al faltar el elemento esencial del mismo, a saber: que se trate de una obra susceptible de explotación económica. En el mismo sentido, Villar Rojas (2006) entiende que no basta con el uso o la mera puesta a disposición del hospital para considerar que la obra sea susceptible de explotación, entendiendo que en estos casos estaríamos ante una suerte de arrendamiento.

Partiendo de este razonamiento, y considerando que los hospitales públicos no son infraestructuras susceptibles de explotación frente a terceros, que el único usuario sería la propia Administración, que la contraprestación que obtiene el concesionario consiste de manera casi exclusiva en el abono de un canon por la Administración con-

cedente en concepto de uso del bien inmueble, y que el concesionario no asume riesgos de explotación, lo cual constituye un factor esencial, lo más ajustado a Derecho es considerar que en realidad estamos ante un contrato público de obras cuya financiación se efectuaría a través de la concesión de dominio público.

LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA SANITARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NORMATIVA SOBRE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Otra cuestión que se debe analizar es la posibilidad de éxito de este proyecto, en la llamada “huída de la consolidación”, por cuanto estas inversiones diferidas no contabilicen como capital gastado según los criterios de Maastricht para los préstamos del sector público en el sistema de contabilidad europeo (SEC. 95). En este sentido, el principio rector del contrato de concesión de obra pública –por tanto también de su utilización en el ámbito de la sanidad– es el de *riesgo y ventura*. La Ley es diáfana:

La construcción y explotación de las obras públicas se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación, en los términos y con el alcance establecidos en esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración” (artículo 225 LCSP).

No sólo la construcción y explotación corren de cuenta del concesionario, también la financiación de las obras públicas. Nuevamente, la Ley es clara: “Las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario, que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada” (artículo 236.1 LCSP). El cuadro del “riesgo” del concesionario se completa con la cláusula de progreso impuesta por el legislador:

El concesionario deberá mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y de eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios, que resulte de aplicación (artículo 230.4 LCSP).

Pues bien, de acuerdo con una constante jurisprudencia,

el riesgo y ventura del contratista significa que éste asume el riesgo de obtener una ganancia mayor o menor e incluso de perder cuando sus cálculos están mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en ejecución del contrato, rigiendo el principio de *pacta sunt servanda* (sentencias del Tribunal Supremo (SS.TS.) de 14 de mayo de 1976 y 20 de enero de 1984).

En otras palabras, el contratista asume el riesgo de sus decisiones empresariales: del cálculo de costes realizado al presentar la oferta, de las incidencias ordinarias de la ejecución del contrato (más o menos bajas laborales, rechazo de unidades de obras por mala ejecución, mayor consumo de combustibles, reparaciones de maquinarias defectuosas) y, paralelamente, asume la ventaja de una mayor ganancia si sus cálculos fueron acertados y si las incidencias tienen un impacto mínimo en sus costes. El contratista asume el “aleas” normal del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de abril de 1986). Como excepción, la garantía pública de la estabilidad económico-financiera era, lo sigue siendo, característica del contrato de concesión de servicio público, en el que la obligación de asegurar una prestación positiva a favor de los ciudadanos –continuidad y regularidad– se traducían en el aseguramiento de la viabilidad del gestor tanto ante cambios ordinarios (revisión de precios) como ante extraordinarios (riesgo imprevisible); por supuesto, en todos los casos, fuerza mayor (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, 1955).

La valoración presupuestaria (y contable) de la concesión de obras públicas tiene otra vertiente, la relativa a su inclusión o no en las

cuentas de la Administración concesionaria, lo cual depende, en última instancia, de quién asume el riesgo sobre la inversión (obra), la disponibilidad del inmueble y frecuentación o uso del mismo, y, en su caso, en qué grado. No se trata de una cuestión retórica; esta aproximación es clave a la luz de las normas comunitarias que disciplinan el gasto y el endeudamiento público. La referencia normativa es la citada más atrás, básicamente el Reglamento (CEE) 2223/96 (*Reglamento SEC- 95*) y, en orden a su interpretación, el Manual SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública (Martínez, 2006).

Según la misma normativa y criterio interpretativo, es posible identificar tres clases de riesgo:

- *Riesgo de construcción* –inversión en la obra–, que incluiría retrasos en la entrega, existencia o no de cláusulas penales por demora.
- *Riesgo de disponibilidad* –calidad del servicio–, que abarcaría la no entrega de las instalaciones o de la calidad contratada, el incumplimiento de los parámetros de calidad establecidos.
- *Riesgo de demanda o frecuentación* –variabilidad de la demanda–, que hace recaer sobre el concesionario el mayor o menor número de usuarios, de uso de los servicios contratados.

Pues bien, en el caso analizado, el riesgo de inversión es escaso en tanto que el suelo es aportado por la Administración, la obra revierte, en caso anticipado con pago de indemnización y, además, el bien queda afectado al servicio público, aun siendo todavía privado (hasta el acta de recepción formal). En cuanto al riesgo de disponibilidad, las cláusulas penales, ciertamente, trasladan una parte de riesgo al concesionario, por más que es inimaginable que la Administración “abandone” la obra pública en caso de incumplimiento de los estándares de calidad (antes al contrario, acudiría al secuestro para asegurar un bien afecto al servicio público sanitario). Por último, el riesgo de demanda (frecuentación), el pliego lo excluye como causa de responsabilidad de la Administración; con ello atiende

el parámetro hoy vigente: la dependencia del número de usuarios (como el peaje en sombra), que permite computarlo como gasto, no como deuda. Bien es cierto que no puede olvidarse que el 40% de la cantidad máxima anual está garantizada como cantidad fija. Con todo, más allá del criterio contable, no puede olvidarse que los hospitales se incorporan a una planificación territorial de los servicios que asegura un “mercado cautivo” de pacientes y, con él, un notable grado de estabilidad en la ocupación y, además, que el pagador es la Administración con fondos públicos presupuestarios por el uso de un bien afecto a un servicio público, al que, a diferencia de los conciertos, revertirá al terminar el contrato (Parejo, 2004).

GESTIÓN PRIVADA Y SERVICIO PÚBLICO

En otro orden de cosas, y en relación con la consideración de la utilización de formas de gestión procedentes del Derecho privado en el desempeño de una competencia pública asistencial, tenga o no la consideración de privatización de lo público y que por parte del Gobierno Regional se exponga que las claves de la “concesión” de la obra “pública” parten de la base argumental de asegurar reiteradamente que se realiza proclamando su naturaleza pública, debemos hacer constar, sin embargo, que esta naturaleza es violentada en gran parte de su contenido.

En el concurso público (este sí que lo es) para conceder la obra a entidad (o entidades) privada/s se estipula una divisoria artificial entre lo que es público, en tanto que actividad y contenido, y lo que puede consistir en una gestión y usufructo privado.

Por un lado, se afirma que la titularidad seguirá siendo pública, en tanto que la conserva el concesor de la obra, así como parte de su contenido y responsabilidad, en función de que la provisión de instrumental, equipamiento e infraestructuras básicas, así como el mantenimiento de éste, a la vez que la garantía de prestación de servicios médico-sanitarios y actividades de diagnóstico, procederán del Servicio Regional de Salud como entidad proveedora. Por

otro lado, se identifican un conjunto de servicios “residenciales” que serán de aprovechamiento, gestión y provisión privada. Estos servicios residenciales serán responsabilidad de un concesionario privado y coinciden con un entramado de actividades auxiliares fundamentales para el funcionamiento de un hospital como una entidad sanitaria integrada e integral. Se les denomina “servicios residenciales no sanitarios”, y se les transfiere para su explotación a la sociedad concesionaria que obtenga los méritos en concurso público.

Cualquier mínimo análisis de las condiciones de concesión de la obra desmiente y contradice los objetivos de asegurar el carácter público de los servicios sanitarios más allá de la formalidad nominal. Por el contrario, amenaza dicha naturaleza. El objetivo proclamado no resiste el examen de su coherencia con las condiciones del concurso. Veamos a continuación algunos aspectos de su problemática.

La transferencia de la concesión de la explotación de estas actividades amenaza la integralidad de un servicio sanitario que depende de la actividad, calidad y continuidad de unos servicios imprescindibles en el ámbito de la prestación de este servicio colectivo básico –el de la salud–, pilar crucial de lo que hasta hoy se ha entendido como Estado del Bienestar.

Esta falsa divisoria entre servicios “sanitarios” y “no sanitarios” supone un subterfugio que violenta la integralidad del servicio de salud público que supone la instalación de un hospital, cuyo funcionamiento requiere de una consistente y garantizada presencia de actividades auxiliares. Precisamente, las actividades de mantenimiento integral del edificio (¿acaso no tiene un papel de conservación e higiene decisivos para la salud de los pacientes y el personal médico y auxiliar?), la gestión de residuos urbanos sanitarios, la lavandería, el apoyo administrativo, desinfección y desratización, conservación del entorno, servicios de limpieza y servicios de bar y restaurante (por no incluir otros servicios mencionados absolutamente necesarios para la viabilidad de la vida del hospital, como

son la recepción, la gestión de almacenes, etcétera) entrañan una base clara del desarrollo y capacidad del hospital para con su finalidad. Cuidar de la finalidad de la atención colectiva y personal de la salud de la ciudadanía no puede estar sujeta a los intereses privados, guiados por la obtención de rentabilidad, que puede poner en cuestión (en posibles situaciones de crisis) la provisión privada de estos servicios de funcionamiento denominados “no sanitarios”.

La salud, como bien sabemos, es producto de un modo de vida, y por lo tanto depende de los recursos, las actividades y ritmos de la cotidianidad. Existe un amplio abanico de elementos que los Servicios Regionales de Salud califican de “no sanitarios” que, en la práctica, determinan día a día el estado de la salud de las personas que viven en nuestra sociedad, y sin embargo, todos admitiríamos que son imprescindibles para no ponerla en riesgo (la higiene de nuestras calles, los ritmos y condiciones de empleo y trabajo, los transportes, la calidad del medio ambiente, el tomar una decisión o tener un recurso determinado a tiempo respondiendo a necesidades reales, etcétera). Y la salud es cuestión especialmente sensible en un hospital donde los usuarios son precisamente pacientes enfermos que dependen de tener medios adecuados, entre los que se incluyen la comida, la limpieza, o que haya una correcta asignación (administrativa) de los recursos hospitalarios. Aparte de una buena atención médica. Y además, porque, por otra parte, a los hospitales acuden ciudadanos y no clientes. Particularmente, la atención médica, sin contar con los medios “no sanitarios”, difícilmente se reportará adecuadamente. Y si la atención médica responde a necesidades de la población paciente, pero los medios que están en su derredor se inclinan por una explotación privada que no siempre responde al mismo criterio, podemos encontrarnos con una amenaza potencial para la salud en momentos de crisis de la entidad concesionaria o en momentos en los que sus decisiones se sostengan en el beneficio privado en detrimento de las prioridades de salud colectiva.

Ni qué decir tiene que este interrogante nos hace plantearnos la necesidad de examinar ese concepto no integral de la salud y la priva-

tización de parte de las actividades que incluye el funcionamiento complejo de un hospital.

Se plantea en el pliego sometido a información pública que se mantendrán los puestos de trabajo, sin embargo, el trasvase de parte de su explotación a manos privadas conlleva que cualquier contratación dentro de las actividades transferidas no tendrá que ser necesariamente mediante unas condiciones de empleo incluidas en el régimen laboral del sector público. Lo que entraña una subcontratación explícita y una privatización indirecta –y seguramente directa de la nueva contratación– de la gestión de personal de las actividades transferidas.

En el enorme capítulo de dudas que suscita el concurso cabe incluir cómo va a ingresar y aprovechar económicamente la entidad concesionaria el usufructo de las actividades que llevará a cabo. Se supone que la prestación de servicios sanitarios en España es gratuita (si exceptuamos el ámbito farmacéutico, que parcialmente está subvencionado). Sin embargo, con la imposición de fronteras de lo que es sanitario y público y lo que no es sanitario y, en consecuencia, según el Servicio Regional de Salud, privatizable, la atribución de precios será efecto lógico. Cosa que también resulta problemática desde diferentes planos. En primer lugar, la asignación de cualquier precio –y calidad o cantidad– de los servicios residenciales “no sanitarios” será potestad del concesionario privado. Pero se asignarán sin competencia ni regulación, porque la concesión tiene una duración de 20 años. En segundo lugar, no se exige limitación alguna a la subcontratación en cadena de los servicios, por lo que tampoco se garantizan las condiciones de provisión de dichos servicios eventualmente subcontratables, cuya repercusión puede ser muy importante para el desenvolvimiento y efectividad de la actividad médica en el hospital.

El plazo de concesión conlleva necesariamente un régimen de competencia monopolística. La asignación de precios en dicho régimen es ampliamente arbitraria, y la no regulación de las garantías de

funcionamiento (calidad, gestión de personal, precios, limitaciones a la subcontratación, etcétera) en esa etapa entraña un riesgo para el futuro del hospital y, por consiguiente, la salud de la población.

En suma, este concurso violenta la definición del carácter de servicio público sanitario, desnaturalizando lo que hasta ahora se entendía como tal (aunque existen tristes precedentes de dicho quebrantamiento en otras comunidades autónomas, como la Comunidad Autónoma de Madrid y la Comunidad del País Valenciano).

La definición de “carácter público” es mucho más amplia que la que atañe al ámbito nominal de la forma jurídica de la titularidad. El carácter público viene definido también por otras dimensiones que, en casi toda su dimensión, se desmoronan con la “nueva definición” del gobierno de los Gobiernos Regionales.

Se supone que un servicio colectivo de carácter público parte de una toma de decisiones política que configura lo que se entiende por necesidad social. Al menos teóricamente, la posibilidad de control de lo público a través de mecanismos de participación y elección democráticas sólo es posible a través de la actividad del Estado. Lo que sí queda claro es que un conjunto de actividades importantes del hospital quedan en manos de las decisiones de una compañía privada, pudiendo llegar a ser el caso de verse amenazado el funcionamiento del hospital por la contradicción de objetivos de dos ámbitos de gestión (lo sanitario y lo “no sanitario”) de naturaleza distinta, a veces en franca oposición.

Parece lógico que si los Pliegos imponen determinados niveles de servicio y de disponibilidad, medidos a través de parámetros objetivos, no deben incluir adicionalmente la imposición de plantillas fijas de personal o la definición de medios a aportar. Se debe dejar libertad al concesionario para dimensionar como estime oportuno el conjunto de medios idóneos para conseguir los niveles de calidad exigidos por el concedente.

En este tipo de concesiones con asignación del riesgo de disponibilidad al concesionario debe realizarse un importante esfuerzo en la formulación del mecanismo de pagos, pues éste no sería función exclusiva de la demanda y de las tarifas, sino que se vería afectada por la serie de parámetros de nivel de servicio mencionados. Así, habría que preparar una fórmula de cálculo que considerara cada uno de los conceptos de penalización y de calidad, su cuantificación y el valor de la penalización y de los premios, respectivamente, así como sus correspondientes límites.

Cabe considerar la combinación de un pago ligado a calidad con otro ligado a utilización, especialmente en concesiones en las que el operador cobra directamente de la Administración y no de los usuarios.

En el modelo financiero del negocio de concesión debe comprobarse y asegurarse a la ciudadanía gallega la no existencia de lo que los financieros llaman “colas”, años concesionales que superan el periodo de devolución de los créditos y sirven de margen de seguridad para imprevistos. Del mismo modo, es preciso asegurar el no recurso a otras posibles prórrogas como medio para reequilibrar la economía de la concesión si fuera necesario, tal como prevé la Ley.

La Administración concedente paga por la disponibilidad de las infraestructuras y/o de los servicios. El contrato de concesión debe establecer un baremo de penalizaciones. Estas penalizaciones o multas se ligan a no cumplimientos de calidad y capacidad de servicio. Los criterios para multas o premios son, entre otros, la disponibilidad del servicio y estado de conservación. Debe existir garantía de que la imposición de las sanciones o el ajuste por incentivos sean automáticos y de que las mismas tengan un efecto significativo en los ingresos del socio privado. El riesgo de disponibilidad no está suficientemente transmitido al socio privado cuando en el caso que las únicas deducciones previstas por deficiencias en el servicio sean las penalidades por incumplimientos establecidas en la normativa de contratos del Sector Público.

ORGANIZACIÓN DUAL Y DISFUNCIONES DEL PERSONAL

La duplicidad de responsables dentro del hospital –públicos en lo sanitario y privados en lo no estrictamente sanitario– puede, sin duda, acarrear disfunciones al personal. Éste, aunque desarrolle funciones públicas, podría llegar a sentirse intruso en unas instalaciones privadas. Y si –como no ha sido inhabitual en las privatizaciones locales– la externalización de servicios complementarios conlleva una invitación a integrarse en la estructura de la empresa, pueden presentarse quiebras en los derechos laborales adquiridos, por más que pueda aducirse una libertad relativa (la decisión de integrarse en la estructura privada puede deberse a la necesidad, por motivos familiares, de permanecer en el mismo lugar geográfico de trabajo) en la toma de la decisión integradora.

Incluso, en el ámbito público sanitario se han producido situaciones de cambio de status laboral, como consecuencia de las nuevas formas de gestión de los servicios hospitalarios, que pueden acarrear perjuicios a los interesados (Larios y Lomas, 2008).

Una cuestión especialmente delicada se plantea en torno a la doble dependencia del personal de la empresa concesionaria destinado a tareas auxiliares de los profesionales sanitarios. Los pliegos que rigen los contratos de concesión de obra pública de los hospitales madrileños establecen que este personal dependerá orgánicamente de la sociedad concesionaria y funcionalmente de los directores, subdirectores, jefes de servicio y jefes de sección de la administración contratante. Esta doble dependencia podría enturbiar la distinción entre la contratación de servicios para su prestación por terceros y la cesión ilegal de trabajadores.

En otro orden de cosas, la empresa concesionaria asume las responsabilidades en materia laboral, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales respecto del personal de estos hospitales destinado al desarrollo de actividades no asistenciales. Sin embargo, no podemos despreciar la eventual responsabilidad solidaria que

podría asumir la Administración sanitaria en el plano laboral y de Seguridad Social, a tenor de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, ya que podría considerarse que la prestación es requerida por la Administración *por razón de una actividad empresarial*, pues el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores no excluye de su campo de aplicación a empresas carentes de ánimo de lucro o que no tengan forma societaria, de modo que bien podría concluirse que no hay impedimento jurídico para que la Administración asuma una responsabilidad solidaria en este terreno, tal y como ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia de 15 de julio de 1997 o el Tribunal Supremo en sentencias de 15 de julio de 1996, 27 de septiembre de 1996 y 18 de noviembre de 1996; punto que no está aclarado en absoluto en el proyecto sometido a información pública.

Parece evidente, por tanto, que existen suficientes motivos para afirmar que la coexistencia de esta multiplicidad de regímenes jurídicos, y la diversificación de los vínculos de dependencia orgánica y funcional de los trabajadores encargados de la prestación de los diferentes servicios que integran la compleja actividad de un centro hospitalario, no parece que pueda considerarse un elemento positivo de este modelo propuesto de concesión de obra pública, sino, más bien, un probable foco de fricción entre los diferentes tipos de personal que ineludiblemente tenderá a dificultar la labor de gestión de estos nuevos hospitales. Esta especie de *esquizofrenia* jurídica, laboral y organizativa en materia de recursos humanos se despliega precisamente en el momento en que el Estatuto Marco apuesta claramente por potenciar los procesos de integración orientados a lograr una mayor homogeneidad en las plantillas de personal de las instituciones sanitarias para, de este modo, favorecer una más racional y eficiente política de gestión de recursos humanos.

En este sentido, conviene recordar que la Disposición Adicional Quinta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en relación con el artículo 2 del mismo texto legal, pone de manifiesto la clara e in-

equivoca vocación uniformadora de los diferentes regímenes jurídicos de personal al servicio de instituciones sanitarias, lo que se hace extensivo incluso respecto del personal dependiente de los centros sanitarios concertados, según se desprende de la Disposición Adicional segunda del propio Estatuto Marco.

OUTSOURCING Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Otro campo en el que puede darse una involución con la utilización de fórmulas como la concesión de obra pública es el de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario (Cueto Pérez M. (1997). *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*. Valencia: Tirant lo Blanc.

Atendiendo a la incidencia que las fórmulas privatizadoras pueden tener sobre el estatuto jurídico de pacientes y usuarios, debemos recordar la disparidad de fuentes que reconocen y tutelan los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la salud y de las administraciones públicas con competencia en este ámbito. Pluralidad que se traduce en diversidad de rango, de enfoque –general o sectorial– y de filosofía, debido a la sucesión de gobiernos que viene produciéndose tras la aprobación constitucional. Precisamente, la Constitución española (CE), que reconoce, en primer término, la igualdad de los españoles ante la ley (art.14), recoge muy diversos derechos en este campo. Incluido el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1), tan vinculado al principio de confidencialidad y a la protección de datos regulada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LOPD); o el de acceso –y promoción– en condiciones de igualdad a cargos y funciones públicas, que también afecta, evidentemente, al empleo público sanitario (art. 23.2).

Tampoco debe olvidarse que de la garantía de la libertad de credo y de las relaciones de cooperación con las confesiones, en atención a las creencias de la sociedad (art. 16), surge el derecho de asistencia religiosa en los hospitales, previsto en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa². Entre

los principios rectores del orden socioeconómico, necesitados de un desarrollo legal para metamorfosearse en derechos plenos, se encuentra la asistencia a todos los ciudadanos en “un régimen público de Seguridad Social” (art. 41), las prestaciones preventivas y asistenciales para la protección de la salud (art. 43.1 y 2) o la garantía de la defensa de consumidores y usuarios (art. 51.1). También, aunque lejos del catálogo de derechos, es esencial el reconocimiento del derecho a ser indemnizado, mediante un sistema de responsabilidad objetiva aplicable a todas las administraciones, de los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2 en relación con el 149.1.18ª CE).

Los derechos procedimentales de los artículos 35 y concordantes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ y PAC), también son invocables en el ámbito sanitario, en unos casos de forma directa y en otros como norma supletoria; caso de lo señalado por la Disposición Adicional Única del Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, que regula los servicios de información administrativa y atención al ciudadano y que, en virtud de la citada Disposición, es aplicable a la Administración sanitaria.

Una tabla de derechos con vocación de exhaustividad la encontramos en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, modificado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (LRAP y DOMI-DC). Son, igualmente, del mayor interés los artículos 3 (Titulares de derechos), 4 (Derecho a la segunda opinión facultativa, de asistencia en la propia Comunidad Autónoma en un plazo máximo y de asistencia en desplazamiento, conforme al catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud) y 7 a 21 (prestaciones y cartera de servicios), de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, del Sistema Nacional de Salud. En ejecución de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la última Ley citada, recientemente se ha expedido el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la

Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Además de las prestaciones comunes, que las comunidades autónomas deberán dispensar a los desplazados en las mismas condiciones y con las mismas garantías que a los residentes, de acuerdo con principios de territorialidad e igualdad (art. 4.c de la Ley 16/2003), aquéllas disponen de facultades para incrementar, con una cartera complementaria (art. 11 del RD 1030/2006), lo que, en definitiva, son derechos de pacientes y usuarios. Por último, no debe desdeñarse, a modo de red protectora, lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, máxime cuando se camina en la dirección de separar, en un mismo recinto hospitalario, prestaciones sanitarias –acogidas a las garantías de las normas ya citadas– y prestaciones no estrictamente sanitarias.

La inserción de un privado con facultades de dirección y control de la infraestructura, con atribuciones de autoridad, con capacidad de gestión de múltiples servicios pre o parasanitarios y responsabilidad sobre personal en contacto con usuarios y pacientes, genera alguna preocupación fundada. Podría decirse que ya existen servicios gestionados indirectamente, pero el modelo concesional supone un cambio tan significativo que bien puede decirse que el continente del hospital y parte del contenido son de incumbencia de la empresa explotadora. Eso no es lo mismo que limitarse a prestar el servicio de catering o recaudar las monedas de los televisores. Y no olvidemos que, por ministerio de la ley, la responsabilidad del concesionario de obra pública es, en principio, privada, ya que, al actuar a riesgo y ventura, debe responder de los daños que se ocasionen a terceros durante la explotación, de acuerdo con los artículos 243 e) y 97 TRLCAP. No hace falta ser muy imaginativo para figurarse daños a pacientes, desde los originados por una mala praxis higiénica de la lavandería hasta los derivados de un fallo de servicio en la alimentación dispensada, pasando por una omisión culposa en la seguridad o en la recogida de residuos. Y tampoco es preciso ser muy intuitivo para suponer que los servicios no estrictamente sanitarios

pueden incrementarse. ¿Por qué no externalizar los tanatorios o, incluso, la asistencia religiosa para las distintas confesiones? (Tolivar, 2007).

A pesar de las diferencias que pueden surgir en este campo en función del tipo de modelo participativo (concesión de servicio, concesión de obra pública, etc.), lo cierto y común a todas ellas es que el contratista asume, en virtud del vínculo obligacional de que se trate, una serie de responsabilidades: por un lado, frente a la Administración en caso de incumplimiento y, por otro, frente a los terceros, debiendo indemnizar a éstos por los daños y perjuicios que sufran en su persona o bienes con motivo de la ejecución del contrato, excepto que el daño se deba a una orden directa e inmediata de la Administración. Esta es la regla general admitida por la jurisprudencia de manera reiterada respecto a servicios públicos explotados por empresas privadas en base a concesiones o contratos de gestión de servicios públicos. Sin embargo, ¿qué tipo de responsabilidad es el exigible en relación con daños producidos con ocasión de la asistencia sanitaria en hospitales en los que conviven prestaciones sanitarias públicas con servicios no estrictamente sanitarios explotados por empresas privadas o sociedades públicas interpuestas en virtud de modelos de concesión de obra pública o de contratos *in house*? (Tragsa, 2006).

La pregunta no es en absoluto ociosa, pues no podemos olvidar que, además de los supuestos de responsabilidad estrictamente derivados de la asistencia sanitaria, nos encontramos en la práctica con daños derivados de prestaciones no sanitarias (los denominados *riesgos de explotación*) y otros en los que las prestaciones no asistenciales concurren en diferentes grados de intensidad a la producción del resultado dañoso (infecciones intrahospitalarias por deficiente mantenimiento o limpieza de los conductos de ventilación, etc.).

La especial configuración del régimen de responsabilidad por asistencia sanitaria en estos supuestos se materializa, como ya se apuntó, no sólo en la vertiente procedimental, sino también en la sustan-

tiva. Respecto a la primera, el paciente o usuario que sufra en un perjuicio atribuible al funcionamiento de servicios no estrictamente sanitarios en estos hospitales puede plantarse, bien reclamar ante la Administración responsable del centro por la vía de la responsabilidad patrimonial –en cuyo caso entraría en juego la doctrina ya expuesta–, bien hacerlo frente a la empresa privada titular del servicio por la vía de la responsabilidad extracontractual, o bien interponer la demanda contra ambos conjuntamente. En estos casos podría producirse la ruptura de esa unidad jurisdiccional en el fuero de la responsabilidad por asistencia sanitaria pública, tan arduamente lograda a lo largo de las sucesivas reformas legislativas que se han sucedido entre 1992 y 2003 (Gimeno, 2005).

La fórmula de concesión de obra pública para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias supone el reabrir esta polémica con ocasión de las reclamaciones que los particulares interpongan frente a las entidades privadas que gestionen los servicios no estrictamente sanitarios por los daños sufridos como consecuencia, por ejemplo, de fracturas por caídas en el interior del hospital por encontrarse el suelo húmedo, intoxicaciones alimentarias, extravío de documentación clínica, etc.

Un reciente auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, de fecha 13 de octubre de 2006, ha dirimido un conflicto negativo de competencia⁴¹, atribuyendo a una Sección Civil de la Audiencia Provincial la competencia para enjuiciar la demanda interpuesta por una trabajadora de la empresa de limpieza que presta sus servicios en u hospital público, quien, supuestamente, habría podido sufrir un contagio al pincharse con una aguja infectada en un quirófano de dicho hospital.

Dado que el Tribunal Supremo ha entendido que los potenciales daños a la limpiadora de una contrata no son administrativos, ¿qué va a decir cuando los daños sean infligidos por la empresa a un usuario, al prestarle servicios pre o parasanitarios? Se impondrá, obviamente, un doble sistema de responsabilidad, que es, justamen-

te, lo que intentó desterrar durante más de una década el legislador. Porque el futuro, si la privatización sigue avanzando, nos deparará no ya unos servicios aislados y accesorios, en régimen de concesión, dentro de un hospital de la Administración, sino una empresa o *holding*, explotadora de una macroinfraestructura, en la que se alojarán servicios sanitarios públicos casi en régimen de inquilinato. Y sin que sea descartable, bordeando la legislación básica, si es que ésta directamente no cambia, que los concesionarios de obra pública puedan gestionar en el futuro servicios sanitarios no incluidos en la cartera preceptiva de prestaciones. Ello supondría el certificado definitivo de la coexistencia de dos realidades dentro de un mismo recinto. Y también, quizá, de dos tipos de usuarios o pacientes.

OTRAS OPCIONES DE FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS SANITARIAS PÚBLICAS

Las alternativas a las propuestas de los gobiernos regionales son, por un lado, la financiación con repercusión presupuestaria que representa el sistema tradicional regulado en el Real Decreto Legislativo 30/2007, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto de la Ley de Contratos del Sector Público, mediante la cual se retribuye al constructor con abonos a cuenta (las certificaciones de obra) según un presupuesto cerrado y aprobado por la Administración, sin perjuicio de las revisiones de precios cuando procedan, con un coste de financiación del 4,8% para una deuda pública de obligaciones del Estado a 15 años y del 4,2% para obligaciones del Estado a 30 años.

Otra opción es la posibilidad que ofrece la creación de empresas públicas y/o entes públicos. La Ley 13/1996 abrió la posibilidad en el ámbito estatal de crear sociedades para la construcción y/o explotación de carreteras y obras hidráulicas. Tal es el caso del ente público "Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF)", vinculado al Ministerio de Fomento, de personalidad jurídica y patrimonio propios, y personal laboral no funcionario que no depende de la Administración. Su actividad consiste fundamentalmente en la gestión de la construcción de la infraestructura del Tren de Alta Veloci-

dad Madrid-Barcelona-Francia, así como la administración de esta infraestructura y la gestión de los sistemas de regulación y seguridad. Sus ingresos procederán del canon que cobrará a los usuarios de las líneas gestionadas y de la explotación de redes propias de telecomunicaciones. Mientras tanto, su financiación proviene de las aportaciones patrimoniales del Estado (presupuestadas en el capítulo VIII del presupuesto de gastos), de fondos de la Unión Europea y de recursos ajenos. El GIF tiene capacidad de endeudamiento propio, y el Estado puede, no obstante, subvencionar su actividad.

En la esfera del Ministerio de Medio Ambiente se han creado también sociedades de similares características, destacando Aguas de la Cuenca del Ebro (ACESA), perteneciente a la Confederación Hidrográfica del Ebro. En el ámbito de las comunidades autónomas la experiencia pionera en la constitución de este tipo de sociedades corresponde a la Generalitat de Cataluña, que en 1990 creó "Gestión de Infraestructuras (GISA)". Las relaciones entre GISA y la Generalitat se rigen por un convenio que determina las diferentes modalidades de los encargos de gestión de construcción de infraestructuras que GISA asume a cambio de unos ingresos por gestión. Es con la garantía de esos ingresos como GISA apela al endeudamiento en los mercados financieros sin aval de la Generalitat. Terminada la construcción de la infraestructura, ésta pasa al patrimonio de la Generalitat. Esta fórmula también está siendo utilizada en otras comunidades autónomas como Andalucía, Castilla-León, Galicia, Castilla-La Mancha o Madrid.

En Galicia existe la Sociedad de Pública de Inversiones de Galicia, S.A. (S.P.I. Galicia, S.A.). El objeto de la sociedad es proyectar, construir, conservar y explotar, por ella misma, por terceras personas o en calidad de concesionaria, actuando por encargo del Consejo de la Xunta, en nombre propio o por cuenta y mandato de la Xunta de Galicia, según los términos de los encargos y los mandatos de actuaciones, toda clase de infraestructuras que la Xunta promueva o en las que participe, y también los servicios que se puedan instalar o desarrollar en dichas infraestructuras. Su actividad com-

prende también, previa autorización del Consello de la Xunta, la promoción y ejecución de actividades urbanísticas e inmobiliarias, adquisición y enajenación de toda clase de bienes inmuebles, gestión y realización de las obras y dotación des servicios y su posible explotación.

Este tipo de empresas también son frecuentes en el sector público local, si bien su presencia se limita a los ayuntamientos que gestionan gran cantidad de recursos.

Tras la entrada en vigor el 1 de enero de 1999 del nuevo SEC-95 las cosas han cambiado. De acuerdo con esta nueva metodología, la distinción de fronteras entre los diferentes sectores de la economía y, en concreto, entre Administración Pública y empresas, se realizará atendiendo a un criterio de mercado: si una unidad económica orienta su producción de bienes o servicios al mercado – los vende –, sus magnitudes económicas deben integrarse en el sector empresas, independientemente de su propiedad pública o privada. El SEC-95 considera como criterio para determinar si una unidad económica orienta o no su producción al mercado un indicador objetivo: que los ingresos por ventas cubran al menos el 50 % de sus gastos de explotación, sin que se consideren ventas los ingresos que se perciben de la Administración Pública que encargó la construcción de la infraestructura (Benito y Moreno, 2003).

La situación anterior ha provocado que se desarrollen modelos alternativos, siempre pensando en que la deuda de este tipo de entidades no sea consolidable con la del resto del sector público. De estos modelos destacan aquellos que se basan principalmente en unas estructuras fundamentadas en la constitución de un fondo de titulización. La titulización es una operación de naturaleza financiera. Un mecanismo similar a la titulización, que ha alcanzado una gran proliferación en Estados Unidos en los últimos años, consiste en la emisión de títulos de deuda que se garantiza con cargo, bien a determinados impuestos indirectos, bien a los ingresos producidos por la explotación de las propias infraestructuras. Esta garantía

suele ser el impuesto sobre determinadas ventas y, especialmente, sobre carburantes, aunque también se aplican impuestos indirectos sobre inmuebles colindantes o cercanos a la infraestructura a financiar. En otras ocasiones, los títulos de deuda pública emitidos (los llamados *revenue bonds*) quedan garantizados por la afectación de los ingresos generados por la propia infraestructura que va a ser construida, la cual será explotada en régimen de tasas o peajes pagados por los usuarios. También se utiliza este mecanismo para gestionar, mejorar o mantener infraestructuras ya existentes. Se trata, en definitiva, de diferir el pago de los costes de la infraestructura mediante la emisión de deuda, de tal forma que se acompasa su financiación con el período de vida útil de los recursos y se hace partícipes a los usuarios y beneficiarios en dicha financiación, al tiempo que se descargan los presupuestos públicos de compromisos de gastos de elevada cuantía.

En esta búsqueda de soluciones imaginativas no nos gustaría terminar sin mencionar una fórmula absolutamente novedosa e interesante que ha utilizado el Gobierno austriaco, consistente en la creación de una empresa de capital íntegramente público, “Bundesimmobiliengesellschaft” (BIG), a la que se le han transferido la mayoría de los edificios (escuelas, universidades, oficinas, etc.) para su gestión y mantenimiento. El BIG ha financiado esta transferencia mediante la emisión de deuda y la contratación de préstamos. Posteriormente, el BIG arrienda al Gobierno estos edificios basándose en criterios de mercado.

Eurostat (puede verse su *News Release* n^o 15/2002, de 31 de enero) decidió que el BIG es una unidad institucional, debe ser clasificada dentro del sector “Empresas no financieras” y su deuda no forma parte de la deuda pública. Por otra parte, la transferencia de activos no se considera venta comercial, sino sólo un cambio en la clasificación y, por tanto, no tiene repercusión en el déficit público. En resumen, el BIG podrá endeudarse sin que ello suponga más deuda pública, y el Gobierno austriaco sólo tendrá que pagar el arrendamiento de los edificios.

CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior, se identifica que la concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos. El ámbito de aplicación de ese contrato en la sanidad pública se circunscribe a aspectos complementarios, sin incidencia en la prestación de servicios médico - sanitarios.

En cualquier hospital público, los servicios no sanitarios, los complementarios, incluso los comerciales, se prestan, cuando no de forma directa, mediante contratos administrativos de servicios –limpieza, catering, vigilancia–, concesiones de bienes de dominio público –cafeterías y locales comerciales–, incluso, en algún caso, concesión de obra pública –aparcamientos–. Los servicios sanitarios, incluso las pruebas diagnósticas, se realizan normalmente por personal y medios públicos (sin perjuicio de conciertos y convenios singulares).

REFERENCIAS

- Arias Rodríguez, A. (2007). “Infraestructuras públicas y financiación privada. A modo de conclusión”. *Jornadas sobre la iniciativa privada en la financiación de proyectos públicos*. Universidad de Burgos, 8-9 de febrero.
- Ariño Ortiz, G. (dir.) (2004). *Principios de Derecho Público Económico* (3ª ed., pp. 609-710). Granada: Comares.
- Chinchilla Marín, C. (2006). El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 132.
- Comisión Europea (2004). Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, 30 de abril.
- Cueto Pérez, M. (1997). *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Embid Irujo, A. & Colom Piazuelo, E. (2004). *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas* (2ª ed.). Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- Gimeno Feliú, J. M. (2005). *La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria*. Madrid: Civitas.

- Gómez-Ferrer Morant, R. (coord.) (2004). *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (2ª ed., pp. 783-820). Madrid: Civitas.
- Larios Risco, D. & Lomas Hernández, V. (2007). Construcción y gestión de infraestructuras sanitarias a través de modelos de colaboración público-privada. *Derecho Sanitario*, 15 (2), julio-diciembre.
- Martínez López-Muñiz, J.L. (1997). ¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? *RAP*, 144, 45-50.
- Martínez Manzanedo, R. (2006). La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95). *Presupuesto y gasto público*, nº 45.
- Menéndez Menéndez, A. (dir.) (2003). *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Parejo Gamir, R. (2007). "Financiación privada de la concesión de obra pública". En R. Gómez Ferrer-Morant (coord.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (pp. 1289-1342).
- Segura García, B. (2007). *Responsabilidad Jurídica por Asistencia Sanitaria. Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias*. Ed. Lexnova.
- Tragsa (2006). Contratos in house. Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Contratación Administrativa Práctica*, nº 59, diciembre.
- Tolivar Alas, L. (2007). Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios. *Derecho y Salud*, vol. 15, número extraordinario, XV Congreso de Derecho y Salud.
- Villar Rojas, F.J. (2005). La Concesión Administrativa de Obra Pública como Nueva Fórmula de Gestión de Servicios Sanitarios. XIV Congreso *Derecho y Salud*, organizado por la Asociación Juristas de la Salud, celebrado en Zaragoza, del 23 a 25 de noviembre.
- 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*, 84-85.