

## EL NECESARIO REPLANTEAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. DOS EJEMPLOS PARADIGMÁTICOS: EL ABASTECIMIENTO DE AGUA A POBLACIONES Y LA ATENCIÓN SANITARIA ESPECIALIZADA

ESTEBAN ARIMANY Y MARIANO MAGIDE

Abogados (\*)

### El necesario replanteamiento de los servicios públicos. Dos ejemplos paradigmáticos: el abastecimiento de agua a poblaciones y la atención sanitaria especializada

Los autores ponen de relieve diversas razones que imponen un replanteamiento de los servicios públicos, tal y como se conciben en su sentido clásico y se desarrollan actualmente en la práctica, tomando como base de su exposición los servicios públicos vinculados al ciclo integral del agua para uso urbano y los servicios sanitarios. Este replanteamiento ha de coadyuvar a que el medio (el servicio público) sirva al fin que lo justifica en un Estado social: asegurar a los ciudadanos un nivel de prestación mínimo en ciertos servicios básicos para su bienestar de manera mínimamente eficiente, de modo que esos niveles no se resentan en el actual contexto de restricciones presupuestarias. Por lo que se refiere a los primeros, se concluye que no es estrictamente necesaria su privatización para transformarlos en servicios de interés económico general no publicados. No obstante, se aboga por la instauración de mecanismos de colaboración público-privada para su gestión en el marco de una regulación que debe ser objeto de mejoras, especialmente en lo concerniente a la evitación de disfunciones en la ejecución de las concesiones, a la implantación de ámbitos óptimos de gestión que permitan superar la actual e indeseable fragmentación en la prestación de tales servicios y a la posible instauración de entes o agencias reguladoras, de ámbito cuando menos autonómico, que, en convivencia con los entes titulares de los servicios hídricos, se ocupen de aspectos operacionales y económicos, especialmente de los tarifarios. En cuanto a los servicios sanitarios, y concretamente al servicio de atención sanitaria especializada, se examinarán las diferentes posibilidades que la normativa general sanitaria y la legislación de contratación pública ponen a disposición de las Administraciones sanitarias para una más eficiente prestación de esos servicios.

### 1 · EL REPLANTEAMIENTO DE LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL PÚBLICA PARA QUE PUEDA CONTINUAR SIRVIENDO ADECUADAMENTE A SUS FINES PROPIOS

#### 1.1 · La concepción clásica del servicio público

La actividad administrativa de servicio público es una actividad prestacional dirigida a satisfacer necesidades vitales de los ciudadanos. En su con-

### The Need to Rethink Public Services. Two Landmark Examples: Water Supply to Towns and Specialized Health Care

The authors highlight several reasons supporting reconsidering the nature of public services, as viewed in the traditional sense and currently carried out in practice, basing the analysis on public services related to the integrated water cycle for urban use and health services. The reconsideration must contribute to the means (the public service) serving the purpose that justifies its existence in a welfare state: ensuring citizens the ability to receive a minimum level of certain basic services for their well-being in a minimally efficient way, to avoid compromising the level of services in view of current budget constraints. As regards public services related to the integrated water cycle for urban use, the authors conclude that privatisation is not strictly necessary to transform the current services into services of general economic interest not considered to be of a public nature. Nevertheless, the authors support the creation of public-private partnership mechanisms for their management under a regulation that must be improved, especially with regard to avoiding failure in the implementation of the concessions, the implementation of best management areas to overcome the current undesirable fragmentation in providing such services and the possible establishment of regulatory bodies or agencies, at least at the regional level, which, in collaboration with bodies holding water services, would manage operational and economic aspects, especially those regarding tariffs. With respect to health services, the authors focus on those related to the specialised health care service, the different possibilities that the general rules on health and the public procurement legislation make available to health authorities for the more efficient provision of the services.

cepción más clásica y estricta, dicha actividad presenta una relevante connotación subjetiva, puesto que llega a publicarse o, dicho en otras palabras, a ser asumida como propia del ente público titular del servicio de que se trate.

En efecto, son rasgos característicos del servicio público la presencia de una actividad prestacional de competencia pública, asumida como propia por una entidad pública, quien ordena la actividad y decide la forma de prestación del servicio, con sujeción al Derecho administrativo y desarrollo conforme a principios bien conocidos —el ideario del servicio público, como son los de igualdad, accesibilidad, asequibilidad, regularidad y progreso.

\* Del Grupo de práctica de Derecho Público y Medio Ambiente (Barcelona y Madrid).

La *publicatio* o asunción pública puede revestir diversos grados, pero, ciertamente, puede y suele llegar a términos absolutos o monopolísticos, tanto por lo que se refiere a la exclusión total, en el ámbito territorial de que se trate, de la libre iniciativa privada, como por lo que concierne a la encomienda de la prestación del servicio a un único gestor.

Claro que esta noción absoluta de publicación es más frecuente en los denominados servicios de carácter económico o territoriales (como es el caso de los servicios públicos hidráulicos), frente al supuesto de los servicios de carácter no económico o personales (como los educativos, sociales o sanitarios) en los que, como punto de partida, la iniciativa pública convive con naturalidad con la libre iniciativa privada para acometerlos, eso sí y en todo caso, bajo regulación e intervención pública por motivos de interés general.

Por lo demás, la actividad de servicio público suele desarrollarse sobre el soporte físico que proporcionan relevantes infraestructuras afectas a la prestación del servicio y utilizando o canalizando una diversidad de bienes públicos o recursos naturales, siendo en tal caso preponderante la institución y el régimen jurídico del servicio público, que acaba imponiéndose, a modo de título de intervención dominante, al propio de las obras y los bienes públicos, como lo demuestra el conocido principio de atracción de las concesiones demaniales y de obra pública por las concesiones de servicios públicos.

### **1.2 · Razones de tipo general que postulan un replanteamiento del servicio público tradicional para que satisfaga adecuadamente sus finalidades propias**

En nuestro sistema constitucional, el servicio público constituye un elemento esencial en la configuración de nuestro Estado como un Estado social (artículo 1.1 de la Constitución). Pero este papel central no significa, en modo alguno, que no pueda y deba replantearse su concepción más tradicional, lo que en modo alguno supone una renuncia a las exigencias del Estado social, sino una adaptación de estas a las nuevas circunstancias. Este necesario replanteamiento surge, al menos, de dos grupos de razones:

— La aparición de nuevos paradigmas comunitarios y nacionales sobre las actividades de prestación al público de servicios de carácter

esencial o vital, que cuestionan la propia idea de *publicatio* de la actividad y se inclinan por una función meramente garantista y regulatoria de las Administraciones públicas, o que, en el ámbito de una previa publicación, propugnan una mayor dosis de colaboración público-privada a la hora de gestionar los servicios públicos.

— El contexto de crisis económica en que se desenvuelven actualmente toda clase de servicios de interés general, aspecto este que afecta a los propios contornos del estado de bienestar y tensiona el normal desarrollo de la gestión de dichos servicios, generando, por otra parte, redobladas exigencias de prestación eficiente y sostenible desde un punto de vista económico, social y medioambiental.

Para testar el impacto de estas nuevas circunstancias sobre el modelo más tradicional de servicio público, hemos elegido dos sectores, el del uso urbano del agua y el sanitario, y esa elección no es casual. El uso urbano del agua es un ejemplo paradigmático de servicio público económico o territorial, en el que la publicación de la actividad se ha justificado tradicionalmente en el carácter de monopolio natural de la infraestructura en red sobre la que descansa la prestación del servicio. El sanitario es, por el contrario, un sector en el que la iniciativa privada y la pública han convivido tradicionalmente, y en el que la función del Poder público es la de garantizar una asistencia mínima a cualquier ciudadano. Ambos son esenciales para garantizar unos niveles mínimos de bienestar a los ciudadanos de un Estado que se califica constitucionalmente como social. El servicio público es un mero medio para ese fin, y ni la inercia ni los prejuicios deben impedir el replanteamiento y la reforma de ese instrumento para conseguir sus fines propios del modo más eficiente posible.

## **2 · EL DILEMA ENTRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE SERVICIO PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD DE REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL, EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS VINCULADOS AL CICLO HIDRÁULICO PARA USO URBANO**

### **2.1 · Publicación de los servicios hidráulicos**

Como se ha anticipado, en el caso de los servicios públicos hidráulicos de uso urbano estamos ante servicios públicos de carácter económico o territo-

rial, anclados todavía en la concepción clásica de la previa asunción pública o *publicatio* en régimen monopolístico y, sin perjuicio de lo que se indicará posteriormente, bajo competencia y titularidad predominantemente local, no necesariamente municipal.

En este último ámbito, el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local (la Ley 7/1985), califica los servicios de abastecimiento y depuración de aguas como servicios esenciales y reservados. Ello significa fundamentalmente que el legislador estatal, al amparo del artículo 128.2 de la Constitución, constata la esencialidad de tales actividades económicas y realiza una suerte de reserva abstracta en favor de las entidades locales, reserva que, no obstante, va a precisar adicionalmente, para su plena efectividad en un municipio o territorio determinado, de la tramitación de un expediente específico que culminará con una resolución de asunción de titularidad del servicio por parte del correspondiente ente local, normalmente en régimen de monopolio (la tradicional municipalización).

A partir de dicho momento (*publicatio* monopolística), y por lo que se refiere a los empresarios privados, sólo quienes estén dotados del título de concesionario de la entidad local titular del servicio público van a poder gestionarlo indirectamente en el territorio de referencia.

## 2.2 · La difícil despublicación de los servicios públicos hidráulicos

Pues bien, una primera cuestión que podemos plantearnos consiste en dilucidar si, tras la publicación, los servicios públicos hidráulicos podrían despublicarse y si, llegado el caso, resultaría oportuna tal privatización.

A tal efecto, debe tenerse presente que la propia Ley 7/1985 califica tales servicios locales, además de como esenciales y reservados, como de carácter mínimo o prestación obligatoria (art. 26), lo que permite a los vecinos exigir, incluso judicialmente, su implantación y prestación, de tal forma que, si bien la despublicación o desmunicipalización de servicios públicos está admitida de ordinario (véase, por ejemplo, arts. 95 a 101 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado mediante Decreto de 17 de junio de 1955, en el que se prevé conseguir recursos económicos con la devolución del servicio previamente publicado al

sector privado), lo cierto es que, respecto de los servicios de carácter obligatorio, el artículo 26.2 de la Ley 7/1985 solo permite al municipio la solicitud de dispensa autonómica de prestación cuando, por otra parte, se trate de servicios mínimos que, por sus características peculiares, resulte de imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios por el propio Ayuntamiento. Algunas leyes autonómicas dan un paso más y permiten también la dispensa en el supuesto de innecesariedad de la prestación (por ejemplo, el art. 68 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril), lo que, en una determinada interpretación, podría acontecer si, efectivamente, la actividad prestacional viniera cubierta, con las debidas garantías y reglamentación pública, a cargo de la iniciativa privada.

De hecho, el TS, en sentencias como la de 22 de septiembre de 1994, ha admitido, en el campo de los servicios de abastecimiento de agua, situaciones de prestación no publicada, apelando a la doctrina del servicio público objetivo o del servicio público impropio, respecto del cual el municipio, sin haber municipalizado el servicio, no aparece despojado de las correspondientes facultades de regulación e intervención (sujeción a licencia operativa, intervención tarifaria, garantías de acceso, e incluso posibilidad de secuestro por razones sanitarias o de interrupción del abastecimiento).

Se trataría, en suma, de abrir espacios y de pasar de una gestión municipal, directa o indirecta, de servicios públicos locales a la gestión de una actividad de mercado reglamentada, con protagonismo, total o parcial, de la iniciativa privada.

## 2.3 · La despublicación de los servicios hidráulicos no es una exigencia comunitaria

Sin embargo, debe quedar claro que esta última no es una opción impuesta por el Derecho de la Unión Europea.

Por supuesto, se aplican a los servicios hidráulicos las normas comunitarias de carácter horizontal, como es el caso de las protectoras de consumidores y usuarios, las de contratación pública y las medioambientales, en este último caso con presencia de una Directiva sectorial tan importante como la Marco del Agua de 2005, que extiende su ámbito no solamente a la protección del recurso, sino tam-

bién a aspectos organizativos de su gestión y a la vertiente económica de la recuperación de los costes asociados a su utilización.

Pero el Derecho comunitario no exige dismantelar las publicaciones ni los derechos exclusivos para pasar a un sistema de regulación económica en competencia. Al tratarse de servicios de interés general, pero de carácter económico, se aplicarán, en lo que proceda, las normas y libertades del mercado interior y la normativa de competencia y prohibición de ayudas públicas. Pero la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, deja muy claro (art. 1) que no trata la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios y exceptúa de la libre prestación de servicios a los de distribución y suministro de agua y los de aguas residuales (art.17). Por su parte, la aplicación de las normas sobre competencia también queda exceptuada en la medida en que la aplicación de tales normas impidan, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (art.106.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE).

#### **2.4 · El mantenimiento del servicio público hidráulico mejorando su regulación**

Tanto en el caso de los servicios públicos como en el de los servicios de interés económico general regulados, está presente el fenómeno de la regulación, con sus principales manifestaciones *licensing power*, *ratemaking power* y *power over business practices*. Así mismo, en ambos supuestos se utilizan principios coincidentes, propios de lo que anteriormente hemos denominado el «ideario del servicio público».

En el servicio de interés económico general regulado, se persigue como objetivo la promoción de la competencia entre operadores, como camino —se entiende— para favorecer a los usuarios en calidad y precio y la paulatina implantación de las innovaciones tecnológicas, asegurándose tasas de retorno con márgenes razonables, no exageradas, pero seguras, y fijadas por una agencia independiente. En este contexto, se sitúa al operador en una suerte de relación de sujeción especial, sometida al denominado riesgo de cambio regulatorio,

que puede comportar para él cargas similares a las que se imponen al concesionario, pero sin otorgarle ninguno de los derechos, inherentes al contrato de concesión, de que goza este gestor indirecto.

En la concesión, se cuenta con una legislación básica de referencia; se establecen situaciones monopolísticas, pero siempre temporales (las empresas luchan periódicamente por ser concesionarias); se admite el principio de tarifa suficiente, no siempre respetado; el riesgo y ventura se atempera con el principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión y, a pesar de la situación monopolística y temporal en que se encuentra el concesionario, tal situación no es incompatible con hacer efectiva la innovación tecnológica mediante una correcta configuración de las cláusulas de progreso.

Por lo demás, parece oportuno pararse a pensar si realmente es posible introducir una gran dosis de competencia en los aspectos nucleares de los servicios públicos hidráulicos. Se nos antoja difícil la introducción de competencia en un mismo espacio territorial entre dos potenciales suministradores de agua a la población. Quizás sería planteable a nivel teórico introducir competencia en el escalón de comercialización, si es que ello se manifestara posible y susceptible de reportar ventajas a los consumidores. Sí parece, en cambio, que cabe competencia en el ámbito de servicios puramente accesorios, como el de cesión de contadores. Ciertamente, una intervención regulatoria propia de los servicios de interés económico general no publicados sin competencia pierde gran parte de su sentido.

Por todo lo anterior, y no siendo exigible la despublicación a nivel comunitario, no se ven razones de peso que hagan aconsejable, para el caso de los servicios hidráulicos, pasar de un régimen jurídico de servicio público al de un servicio de interés económico general regulado y despublicado. Tampoco se vislumbra un camino hacia esa dirección en un futuro próximo, de modo que, a nuestro parecer, los esfuerzos más inmediatos deberían ir dirigidos a mejorar la regulación de dichos servicios públicos, sin pérdida de su naturaleza como tales, y, más específicamente, a mejorar aspectos como la regulación de las concesiones de servicio público en general, al tiempo que se exploran, como veremos posteriormente, los ámbitos de gestión más óptimos para la prestación del servicio.

### 3 · ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EXTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS HIDRÁULICOS DE USO URBANO

#### 3.1 · La creciente privatización de la gestión de los servicios hidráulicos

Como hemos dicho, al publicarse el servicio se ordena y regula por parte del ente público titular (el reglamento del servicio, de conformidad con las leyes), quien, por otra parte, determina su forma de gestión, directa o indirecta.

En los servicios públicos hidráulicos es deseable, e incluso imprescindible, como se insistirá posteriormente, no olvidar los estrechos márgenes municipales y, por ende, potenciar el papel de diputaciones provinciales y entes públicos metropolitanos en la ordenación y prestación del servicio. La constitución de consorcios y mancomunidades constituye también una opción a considerar que puede resultar suplida con el mero otorgamiento de convenios interadministrativos de colaboración si no se juzga oportuno dar luz a nuevas personificaciones jurídicas.

En cualquier caso, sea con previa colaboración interadministrativa o sin ella, si se opta por gestión directa a través de otros entes públicos o sociedades mercantiles, habrá que tener en cuenta la recepción en nuestro país de la doctrina comunitaria de los encargos *in house*. Conforme a esta doctrina, cuando media un encargo de gestión de un servicio público acompañado de transferencias de fondos a favor del gestor, la operación se entenderá que es contractual y no puramente organizativa, a menos que el ente público que realiza el encargo tenga sobre el ente que lo recibe un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios internos—lo que, respecto de las sociedades mercantiles, se traduce en un requisito necesario, pero no suficiente, de poseer el ente que ejerce el control el cien por cien de las acciones o participaciones sociales representativas del capital social de aquéllas— y que, adicionalmente, el ente que recibe el encargo desarrolle esencialmente su actividad únicamente para el ente público de control (arts. 4.1.n) y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP).

Es cierto que las propias instituciones comunitarias han empezado a mitigar los efectos de una aplicación excesivamente rigurosa de la doctrina *in house*,

admitiendo ya sin reservas las sociedades de control conjunto ejercidas por varios entes locales, y ello aunque uno o varios de dichos entes ostenten una pequeña parte del capital social de la mercantil controlada conjuntamente (STJCE de 10 de septiembre de 2009, asunto *Ponte di Nosa*). Pero ello no supone olvido de la regla general anteriormente mencionada ni que sean admisibles experiencias acontecidas con cierta frecuencia en el campo de los servicios de abastecimiento municipal de agua potable—ya anuladas por los Tribunales— como las que suponen los convenios entre un municipio y otro distinto para que sea este último quien, a través de una empresa mixta por él participada, preste el servicio en el término municipal del primero de ellos.

Una mayor delimitación de los presupuestos y efectos de la doctrina *in house* encuentra actual reflejo en el Documento de trabajo de la Comisión, sobre la denominada colaboración público-pública, de 4 de octubre de 2011, y encontrará desarrollo en la futura Directiva de Concesiones en trámite de elaboración y aprobación.

Con todo, se va abriendo cada vez más paso la externalización de los servicios hídricos de uso urbano, mediante fórmulas de gestión indirecta o contractual, en las modalidades de concesión y, muy especialmente, de sociedad de economía mixta. No se trata ahora de privatizar la actividad y los medios a ella afectos, en el sentido de la despublificación, sino de una privatización limitada al ámbito de la gestión.

La constitución de una sociedad de economía mixta con un empresario previamente elegido al efecto, o la enajenación de parte de la totalidad de las acciones o participaciones sociales representativas del capital de una sociedad mercantil «pública», supone una actuación compleja en la que, además de elegir al socio privado, se atribuye a la sociedad mixta un contrato de gestión. Por si hubiera alguna duda al respecto (la cuestión se había planteado a nivel comunitario), la disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, siguiendo el sentido de la Comunicación de la Comisión sobre colaboración público-privada institucionalizada aclara que es perfectamente posible utilizar para todo ello (elegir el socio y atribuir el contrato a la mercantil) un solo procedimiento, de modo que no resulta necesario un procedimiento específico de adjudicación del contrato a la sociedad mixta para cumplir con las exigencias de transparencia del Derecho comunitario en materia de contratación pública. De hecho,

nuestro TS, teniendo muy en cuenta la complejidad de la operación, había negado sistemáticamente que el procedimiento de enajenación de acciones mediante subasta (operación puramente patrimonial) fuese el camino indicado para conseguir el objetivo que se trataba de cubrir con el procedimiento de adjudicación.

Aparte de los ingresos derivados de la enajenación de las acciones o participaciones sociales, suelen acompañar a este tipo de operaciones —al igual que acontece con la adjudicación de una concesión— pagos de cánones por parte de los empresarios que devienen gestores o cogestores del servicio público, de modo que, en tiempo de crisis, son más frecuentes este tipo de planteamientos para que acrezcan recursos a las arcas públicas.

Existen también, por supuesto, fórmulas de «incremento del grado de privatización en la gestión» de los servicios públicos hidráulicos, bien enajenando acciones o participaciones en favor de los empresarios privados y disminuyendo, en igual porcentaje, la participación pública en una empresa mixta preexistente, bien cambiando de modalidad de gestión indirecta y transformando la empresa mixta en concesión, operaciones ambas que suelen provocar tensiones entre el principio de concurrencia y el de la continuidad del contrato con el único y preexistente socio privado.

Por lo demás, en aquellos casos en los que el operador privado recibiera la remuneración del ente titular del servicio público y no se identificara el concepto de explotación económica (se ha discutido su existencia cuando dicha remuneración no depende del grado de la frecuentación del servicio por parte de los usuarios, véanse los arts. 275 y 281 TRLCSP), podría plantearse la oportunidad de celebrar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, bien sea en su modalidad de colaboración simple o de colaboración institucionalizada.

Ahora bien, hay que reconocer que, junto con las ventajas propias de la regulación de tal contrato (fundamentalmente, constituir una figura contractual muy abierta que se ha venido a identificar con un «modelo para armar»), nuestro Derecho ha concebido un contrato excesivamente complejo, en su preparación y adjudicación, y de carácter subsidiario respecto de los demás tipos contractuales, todo lo cual ha conducido a una escasa, por no decir prácticamente nula, utilización de este modelo en el ámbito de los servicios públicos hidráulicos.

### **3.2 · La insuficiencia de remuneración y de financiación del gestor indirecto en tiempos de crisis**

En el marco de la gestión indirecta de este tipo de servicios se están observando últimamente una serie de disfunciones provocadas fundamentalmente por el contexto de crisis económica en el que se desenvuelven.

Por poner grupos de ejemplos significativos, cabe hablar, en primer lugar, de insuficiencias en la remuneración y en la financiación del concesionario.

Por lo que se refiere a la remuneración, la regla general es la de hacerla efectiva a cargo de las tarifas satisfechas por los usuarios, con vocación de suficiencia para cubrir los costes de inversión, los costes de operación y una razonable tasa de retorno para los capitales propios y ajenos empleados en la empresa concesional.

Pero es el caso que, por lo que al pago de los usuarios se refiere, las operadoras prefieren cobrar directamente de ellos, entre otros extremos razonables por la crisis que azota a las haciendas públicas y la creciente morosidad de los entes públicos. Tal cobro directo se ha mostrado más difícil durante los últimos ejercicios dado que, en el contexto de la secular discusión sobre la naturaleza de tasas (ingreso tributario) o tarifas (precio privado regulado) que corresponde a dichas percepciones, alguna jurisprudencia reciente se había inclinado, rompiendo con toda una tradición anterior, por la tesis de la tasa y por la necesidad de su percepción por parte del ente concedente, quien, a su vez, debía remunerar al concesionario (véase STS de 12 de noviembre de 2009). No obstante, la reciente supresión del párrafo segundo del artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria por parte de la disposición final quincuagésima octava de la Ley de Economía Sostenible ha vuelto a poner el acento sobre la caracterización de precio privado regulado que corresponde a las tarifas percibidas por el concesionario.

En cuanto a la suficiencia tarifaria, constituye el principio general asumido normativamente. Pero también es cierto que, incluso en servicios públicos con una demanda tan teóricamente inelástica como los hidráulicos de uso urbano, dicha suficiencia se pone en jaque por bajadas de consumo imputables al menor gasto en tiempo de crisis, a la escasez hidráulica en forma de sequías, o, simplemente, por inclinación hacia un consumo más responsa-

ble. Las bajadas de consumo tienen una relevante repercusión en el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de las concesiones de servicio público hidráulico, pues los costes asociados no bajan en la misma proporción que disminuye la demanda. Así las cosas, se plantea el recurso al reequilibrio económico-financiero de la concesión, sobre cuya aplicación simplemente queremos señalar que planean excesivas incertidumbres. Algunas de estas últimas: ¿acoge nuestro legislador el riesgo imprevisible como causa de reequilibrio?, ¿lo constituye una bajada abrupta de demanda e ingresos?, y, en caso positivo, ¿qué grado de desequilibrio debe producirse y hasta dónde está obligada a reequilibrar la Administración?, esto es ¿rige un principio de compensación integral del desequilibrio o un principio de reparto de los efectos adversos?

El asunto no es baladí, desde el momento en que el artículo 282 del TRLCSP se refiere al *ius variandi*, al *factum principis* y a la fuerza mayor como causas de reequilibrio, pero, en cambio, nada indica expresamente sobre el riesgo imprevisible, ni, por tanto, en relación con él, sobre el resto de cuestiones que se han formulado.

Puede indicarse que el TS se inclina claramente por la admisión del riesgo imprevisible como causa de reequilibrio, e, incluso, por la admisión de un principio de compensación integral. La STS de 16 de mayo de 2011, aunque referida a una concesión de obra pública, da fe de ello, si bien, en relación con la aplicación de este último principio, las recientes sentencias del TS de 21 de noviembre y 12 de diciembre de 2011 aparecen mucho más matizadas. Pero, aun así, sigue sin resolverse de forma inequívoca si el impacto de la crisis económica, en forma de menos demanda, constituye esa circunstancia sobrevenida y razonablemente no previsible que subvierte la economía de la concesión por causas ajenas a las partes y que da lugar a una compensación a cargo de la Administración concedente. Las espadas dialécticas siguen, pues, en alto y sería deseable una mayor clarificación y seguridad jurídica.

Por lo que se refiere a la financiación, tan solo hay que constatar la aversión actual de las entidades financieras a todo lo que suponga financiar a largo plazo, lo que está provocando que los operadores vuelvan a pensar en figuras ya previstas legalmente, pero hasta ahora poco practicadas, como es la apelación a la financiación mediante bonos u obligaciones (vs. la financiación clásica bancaria), o apelen a los modernos fondos de inversión en infraestructuras y servicios públicos.

Tampoco el legislador ha tratado convenientemente la problemática de la financiación del concesionario de servicios públicos. La Ley de Contrato del Sector Público de 2007 dejó subsistentes las previsiones del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD Legislativo 2/2000), referidas, únicamente, a la financiación del concesionario de obra pública, previsiones que, por otra parte, han tenido que reincorporarse de nuevo formalmente al TRLCSP, al no cumplirse, en líneas generales, la previsión de la propia Ley de Contratos del Sector Público en el sentido de producir y aprobar una Ley en la que se regularan las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Sigue inédita, sin embargo, cualquier previsión relativa a la financiación del contratista de gestión de servicios públicos, lo que, ciertamente, no es de celebrar.

### 3.3 · El interés renovado por la suspensión, el secuestro y la resolución de las concesiones

El contexto de crisis económica en el que, actualmente, se están gestionando los servicios públicos vinculados al ciclo integral del agua para uso urbano influye, así mismo, en otros aspectos de la contratación pública y las concesiones, puesto que se está apreciando un interés renovado por aspectos que, en escenarios de normalidad, presentaban poca relevancia práctica, como es el caso de la suspensión, el secuestro y algunos supuestos de resolución contractual.

(i) La suspensión del cumplimiento del contrato supone una facultad que el ordenamiento otorga al contratista para neutralizar los efectos de un retraso cualificado de la Administración Pública en el cumplimiento de su obligación de pago.

En el sistema general recogido en el artículo 216 TRLCSP, si la demora es superior a 4 meses el contratista puede proceder a tal suspensión, comunicándolo a la Administración con un mes de antelación, con la finalidad de que puedan reconocerse sus efectos conforme a la Ley, lo que significa, según el artículo 220 TRLCSP, que, si concurren tales premisas, se levantará necesariamente acta de suspensión, consignando en ella las circunstancias que la motiven y la situación de hecho en que se encuentra la ejecución del contrato, con derecho del contratista al abono de los daños y perjuicios realmente sufridos.

Si la demora en el pago es superior y llega a los 8 meses, entonces constituye causa de resolución del contrato (art. 216.6 TRLCSP).

Como hemos dicho con anterioridad, en los servicios públicos vinculados al ciclo integral del agua —especialmente, por lo que se refiere a la fase de abastecimiento— la retribución del concesionario suele proceder directamente del usuario final. Sin embargo, ello no supone que no existan supuestos de prestación de servicios públicos hidráulicos remunerada mediante pagos de la Administración.

Pues bien, del TRLCSP parece deducirse que, seguramente teniendo en cuenta los principios de regularidad y continuidad en la prestación del servicio, no cabe suspender el cumplimiento de los contratos de gestión de servicios públicos por retrasos de la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones de pago, lo que, por otra parte, se «compensa» acortando el plazo para instar la resolución (6 meses ex art. 286.a) TRLCSP). Curiosamente, en ocasiones, son los propios pliegos de cláusulas administrativas particulares los que, obviando los preceptos antes citados, suelen reconocer expresamente la facultad de suspensión de la prestación por parte del gestor indirecto en los mencionados casos de demora administrativa.

(ii) En caso de adoptarse efectivamente la medida de suspensión por el concesionario, aparece, en ocasiones, la contramedida del *secuestro o intervención de la concesión por parte de dicha Administración* (art. 285 TRLCSP y 127 y 134 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). Se están dando supuestos de secuestro, ciertamente patológicos desde distintos puntos de vista, a los que se ha llegado tras reiterados impagos de la Administración concedente y tras una sucesiva suspensión contractual adoptada por el concesionario con la oposición de aquella. El origen último del secuestro reside, en tales supuestos, en la asfixia económica del propio ente titular del servicio público, de modo que, a fin de cuentas, este último tampoco dispone de medios para atender el servicio y pagar los emolumentos de los trabajadores adscritos a él. En tal contexto, para evitar conflictos ciudadanos y costes políticos, es grande la tentación de intervenir la concesión y hacer recaer durante largo tiempo la financiación del servicio secuestrado a cargo del contratista, lo que finalmente plantea la cuestión de sobre qué o quién recae el secuestro: sobre la concesión o sobre el concesionario, quien se ve abocado a seguir financiando el servicio sin recibir puntualmente su contraprestación.

(iii) Por lo que se refiere a la *resolución de la concesión*, realizaremos unas consideraciones puntuales sobre la figura del rescate y sobre la resolución con la finalidad de adaptar el servicio hidráulico a nuevas necesidades cuando no resulta posible la medida alternativa de la modificación contractual.

Los apartados b), c) y d), del artículo 286 TRLCSP contemplan, respectivamente, como causas resolutorias específicas del contrato de gestión de servicios públicos, el rescate del servicio por la Administración, la supresión del servicio por razones de interés público y la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato. Como efecto común a las tres causas que acaban de mencionarse, el artículo 288.4 del TRLCSP, prescribe que, sin perjuicio de compensar al concesionario por la parte no amortizada de su inversión, la Administración le indemnizará por los daños y perjuicios que se le irroguen, incluido el lucro cesante o beneficios futuros, en los términos que el propio precepto indica.

En línea de principio, un contexto de crisis económica como el que vivimos no tendría que impactar significativamente sobre la aplicación de tales causas resolutorias. Ocurre, sin embargo, que empiezan a proliferar supuestos en los que se acude nominalmente a dichas causas sin que concurren exactamente los presupuestos legales necesarios para su activación ni los fines ulteriores que la justifican. En este sentido, se apela, en ocasiones, al rescate, no por razones de interés público que avalen gestionar directamente (como, por cierto, ordena el art. 287.2 TRLCSP), sino para retomar el control del servicio y volver a licitar la concesión por un tiempo lo suficientemente prolongado como para exigir un nuevo y sustancioso canon al nuevo adjudicatario (coincida o no con el que previamente ha sufrido el rescate) superior, por supuesto, al importe de la compensación por rescate. Se confunde la supresión del servicio —difícil, como hemos visto, en el caso de los obligatorios como los hidráulicos— con la inexistente facultad unilateral de denunciar anticipadamente el contrato con la misma finalidad de volver a licitar y hacer caja, y se traen a colación causas inexistentes de imposibilidad de seguir en la prestación, siempre con el mismo objetivo final, como es el caso de transferencia del ejercicio de competencias municipales a una mancomunidad, siendo el caso que los municipios mancomunados tenían previamente concedido el servicio que ahora se presta mancomunadamente.

Finalmente, un breve apunte sobre la nueva causa de resolución que, junto con el nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público, ha introducido recientemente la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

El artículo 233 g) TRLCSP recoge, como causa de resolución aplicable al conjunto de contratos administrativos, «*la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del Libro I*». Por su parte, el apartado 5 del artículo 225 del mismo TRLCSP indica que, en tal supuesto, «*(...) el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista*».

Escapa al propósito de esta exposición hacer un análisis pormenorizado del nuevo régimen de modificación contractual introducido por el legislador español para evitar los abusos en los «*modificados*» que pudieran contrariar las exigencias comunitarias de publicidad y concurrencia. Baste con recordar que, en la nueva regulación, se hacen prácticamente inviables todos aquellos modificados que no están previa y detalladamente previstos en los pliegos que sirven de base a la licitación y adjudicación del contrato. De este modo, y en una suerte de *ley del péndulo*, principios como los de cláusula de progreso, adaptabilidad y continuidad del contrato, de trascendental relevancia en contratos de larga duración, como son los de gestión de servicios hidráulicos, han quedado tendencialmente pulverizados. Lo que pretendemos subrayar es que, en virtud de la nueva regulación, una corporación local puede apreciar la necesidad de actualizar el objeto del contrato de gestión y, ante la imposibilidad legal de modificarlo, pueda verse en la tesitura de no llevar a cabo la modificación o, como única alternativa, resolver el contrato con un importante coste para la hacienda local. Tampoco soluciona esta encrucijada la posibilidad de resituar en el patrimonio del nuevo contratista el coste de la resolución, toda vez que, como resulta obvio, el nuevo contratista querrá cubrir dicho coste vía tarifas a cargo de los usuarios o de pagos procedentes de la propia Administración.

Se trata, en suma, de fallos regulatorios que deberían atacarse en un escenario de replanteamiento de los servicios públicos hidráulicos de uso urbano.

## 4 · ÁMBITOS DE GESTIÓN ÓPTIMOS PARA LOS SERVICIOS PÚBLICOS VINCULADOS AL CICLO HIDRÁULICO

### 4.1 · La actual fragmentación a superar

No puede discutirse la existencia de diversas fases de un único ciclo hidrológico a las que se asocian los también diversos servicios públicos hidráulicos que se proyectan sobre un ámbito territorial determinado, siendo el caso que, actualmente, la prestación de tales servicios adolece de un alto grado de fragmentación.

(i) En primer lugar, encontramos una diversidad regulatoria caracterizada por a) la práctica ausencia de regulación estatal y uniforme para todo el Estado sobre los servicios públicos hidrológicos; la legislación estatal de aguas apenas se ocupa de la actividad económica de abastecimiento y saneamiento como servicio público; b) la existencia, en su caso, de legislaciones y planificaciones autonómicas, de muy distinta factura, que, en algunos supuestos, se limitan a regular fases concretas del ciclo, como puede ser el saneamiento, y c) la existencia de una multiplicidad de reglamentaciones de origen local sobre los distintos servicios hidráulicos.

(ii) En segundo lugar, también están fragmentadas las competencias y el ejercicio de potestades sobre cada una de las fases del ciclo. En este sentido: a) la regla general consiste en el reconocimiento de las mismas a escala municipal, si bien suele reconocerse la posibilidad de instituir mecanismos de cooperación entre los municipios, o, incluso, se impone la constitución de entes de carácter supramunicipal para la prestación de los servicios hídricos que más claramente exceden de los límites municipales; b) no obstante, las legislaciones autonómicas suelen reconocer competencias y potestades, en favor de las Comunidades Autónomas o sus entes públicos instrumentales, compartidas con las locales, en los denominados servicios de alta (abastecimiento en alta y depuración), competencias que pueden limitarse a allegar recursos financieros —vía cánones del agua o de saneamiento— para la construcción y explotación de depuradoras gestionadas localmente, o bien extenderse hasta la constitución de verdaderos servicios públicos autonómicos de depuración, o, incluso, de abastecimiento en alta, y c) por supuesto, sin perjuicio de las competencias de

los organismos de cuenca, en determinados ámbitos territoriales están también presentes competencias y potestades que se ejercen a nivel estatal y que conviven con las competencias autonómicas y locales, como puede ser el caso de las que se proyectan sobre desalinizadoras y trasvases.

(iii) Ni que decir tiene que tal diversidad regulatoria y competencial tiene su proyección en una también diversidad de instrumentos de financiación (fundamentalmente cánones autonómicos y tarifas locales) y, por supuesto, en una multiplicidad de entes y empresas gestoras que conviven tanto en el espacio estrictamente municipal como en ámbitos espaciales supralocales. En este último sentido, no es infrecuente encontrar —en los que podrían considerarse verdaderos sistemas explotatorios vocacionales— sociedades estatales, junto con empresas públicas autonómicas y una pléyade de gestores de entes locales, ocupándose, cada uno de tales gestores, de la explotación de fuentes e infraestructuras diversas correspondientes a las diversas fases del ciclo hidráulico (una captación subterránea, un trasvase o una desalinizadora, unas conducciones generales que sirven agua a varios municipios, los distintos abastecimientos y alcantarillados municipales y las depuradoras también municipales o al servicio de varios municipios).

#### 4.2 · Los sistemas de gestión unitaria de los servicios públicos hidráulicos

Pues bien, el panorama descrito es claramente mejorable y debe superarse. El reto es migrar hacia ámbitos o sistemas óptimos (por supuesto supra-municipales e incluso supracomarcales, cuando menos metropolitanos) y regular y gestionar los servicios hídricos en tales sistemas como si de un solo servicio se tratara, mediante esquemas potentes de colaboración público-privada.

Tales sistemas óptimos de gestión permiten coordinar los distintos puntos de captación del recurso en el ámbito territorial de que se trate y, en definitiva, gestionar la escasez del agua, planificar el abastecimiento del territorio con una visión integrada de las diversas fuentes, canalizando, por ejemplo, el agua subterránea de mejor calidad a usos estrictamente urbanos y sustituyéndola por aguas trasvasadas o regeneradas por lo que al uso agrícola se refiere. En suma, tejer un sistema integrado de

explotación de infraestructuras y servicios hidráulicos desde la captación y potabilización, la distribución en alta a través de las grandes conducciones generales, la distribución en baja a los usuarios finales, la recogida de las aguas residuales y su depuración y, en su caso, regeneración para volver a ser reutilizadas. Ello permite, por otra parte, adoptar esquemas de mayor consolidación y solidaridad tarifaria (así, por ejemplo, las aguas que libera el regante no resultan para éste más económicas que las que pueda adquirir procedentes de reutilización, trasvase o desalinización) y, por supuesto, contar con una mayor masa crítica que facilita la introducción de la necesaria innovación tecnológica.

En un futuro inmediato resultará, pues, aconsejable acometer reestructuraciones de los servicios vinculados al ciclo integral del agua en los diversos sistemas que se vayan identificando como tales. La operación de reestructuración pasará, preliminarmente, por identificar el ámbito óptimo de cada sistema de explotación y, a partir de tal constatación, deberán darse dos grandes grupos de pasos necesarios que, debido a las lógicas limitaciones de este trabajo, tan solo podemos dejar enunciados:

(i) Articular, en primer lugar, una premisa habilitadora para la institucionalización del sistema, lo que pasa por reconocer que es de interés público la gestión unitaria del ciclo integral en el sistema y atribuirla a un único gestor. Tal reconocimiento puede surgir de un cambio normativo, pero también de un convenio entre las diversas Administraciones Públicas presentes en el sistema, las cuales —sin perder la titularidad de sus respectivas competencias y potestades— acuerdan canalizarlas de un modo integrado y unitario. El acuerdo interadministrativo contempla, así mismo, otros aspectos relevantes como son los concernientes a las inversiones que deben acometerse en el sistema y a su estructuración financiera a partir de los instrumentos existentes.

(ii) En segundo lugar, la constitución del único gestor del ciclo integral del agua en el sistema de que se trate, mediante, en su caso, la concentración en un único y potente vehículo de colaboración público-privada de los entes públicos competentes y los diversos gestores preexistentes o aquel gestor preeminente sin el cual resulte impensable el buen fin de la operación. El vehículo de colaboración público-privada, gestor unitario del sistema, deviene el titular, por

otorgamiento o aportación, de las concesiones necesarias y homogéneas (por ejemplo, por lo que se refiera a su duración) para prestar los diversos servicios en presencia.

## 5 · SOBRE LA OPORTUNIDAD DE UNA AGENCIA REGULADORA DE LOS SERVICIOS HIDRÁULICOS

Como se desprende de lo expuesto en los apartados anteriores, no migrar del régimen jurídico propio de los servicios públicos al característico de los servicios de interés económico general no publicados no significa que, en el caso de los servicios públicos hidráulicos, no sea deseable transitar hacia una mejora de su regulación y de los cauces empleados para ejecutarla.

En el contexto de los servicios de interés económico general no publicados, una vez prevista legalmente la regulación nuclear, suele atribuirse tanto el desarrollo de dicha regulación como su aplicación a una agencia o ente regulador (o grupo reducido de ellos) dotado de cierto estatuto de independencia —separado tanto de los niveles de gobierno, como de los operadores y los usuarios— y, por supuesto, con una regla clara de separación entre las funciones de regulación y las propias de gestión de la actividad regulada.

En el ámbito de los servicios públicos hidráulicos, sin perjuicio de las previsiones legislativas y, en su caso, de los reglamentos generales de ejecución, la regulación como tal corresponde a la entidad pública titular del servicio público en cuestión, quien, por una parte, dicta la reglamentación (con subordinación a las leyes y a los reglamentos generales) y, por otra parte, ejerce las potestades inherentes a dicha titularidad, como es el caso relevante de la potestad tarifaria.

El caso es que, como hemos visto anteriormente, todo ello se traduce en una fragmentación regulatoria, podría incluso decirse en una fragmentación local, que ni siquiera viene precedida de normas básicas estatales que procuren líneas de coherencia entre las también diversas legislaciones autonómicas.

Uno de los puntos más débiles de dicha dispersión lo encontramos en el establecimiento y aplicación de las correspondientes políticas tarifarias, que adolecen de falta de homogeneidad y transparencia. Muy a menudo dichas políticas suponen la financiación, mediante tarifas, de los más diversos cánones a favor de los titulares del servicio público

hidráulico —no siempre claramente relacionados con el servicio que se trata de financiar— o la fijación de tarifas claramente insuficientes con la finalidad de evitar desgastes políticos, lo que posteriormente debe compensarse con fondos públicos procedentes de los impuestos de todos los ciudadanos o con reequilibrios económico-financieros desfasados en el tiempo. Por otra parte, todas esas posibles disfunciones no se corrigen, hoy por hoy, mediante la intervención de las comisiones autonómicas de precios, órganos un tanto obsoletos cuya concreta misión —se entiende normalmente que constreñida al control de la inflación— dista de estar clara.

Es por todo ello por lo que, desde los operadores del sector de los servicios hidráulicos para uso urbano, se ha venido reclamando la previsión legal y constitución de reguladores a nivel autonómico (no incompatibles con la presencia de entes públicos titulares del correspondiente servicio público), volviendo la vista hacia ejemplos de distinta factura como la OFWAT de Inglaterra y Gales, la Comisión de Vigilancia del Recurso Hídrico en Italia (CONVIRI), la Superintendencia de Servicios Sanitarios en Chile (SISS) o la reciente y próxima Entidad Reguladora de los Servicios de Aguas y Residuos de Portugal (ERSAR), un ente regulador tutelado por el Ministerio del Ambiente de dicho país, con competencias de control económico y operacional, que convive con la presencia de una pluralidad de entidades titulares de servicios públicos hidráulicos como son las autarquías (locales).

Estaríamos, en definitiva, ante otro de los aspectos que permitiría replantear, mediante una mejora de su regulación, el actual marco de prestación de los servicios públicos vinculados al ciclo integral del agua para uso urbano.

## 6 · LA NECESIDAD DE GESTIONAR EFICIENTEMENTE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS; EN PARTICULAR, LA ASISTENCIA SANITARIA ESPECIALIZADA

El artículo 43 de nuestra Constitución reconoce, en su apartado 1.º, el derecho a la protección de la salud. Para hacer efectivo ese derecho, el apartado 2.º de este precepto dispone que competirá a los Poderes públicos, entre otras medidas, la de poner en marcha los «servicios necesarios» para tal fin. Estos servicios no se limitan, desde luego, a la atención sanitaria especializada, pero, por la trascen-

dencia y coste de este servicio, nos centraremos en él en el presente artículo<sup>11</sup>.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, «LGS») continúa siendo el texto legal fundamental en la materia. De naturaleza básica en la mayor parte de sus preceptos, tiene precisamente por objeto «la regulación general de todas las actuaciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución» (artículo 1.1). Y uno de los medios fundamentales para lograr esa finalidad es la «creación de una red integrada de hospitales del sector público» (artículo 66.1). En la medida en que, en la actualidad, las competencias ejecutivas en materia sanitaria corresponden en lo esencial a las Comunidades Autónomas, a través de las diferentes atribuciones estatutarias de competencias, esa red es, a día de hoy, una red fundamentalmente autonómica.

En los últimos años las Comunidades Autónomas han realizado una ingente actividad inversora para completar esa red, que, desde luego, era insuficiente en buena parte del territorio nacional. Las restricciones presupuestarias que la crisis ha obligado a imponer a las Comunidades Autónomas, y la necesaria racionalización en el futuro del gasto autonómico (más allá de las urgencias más o menos coyunturales de nuestra actual crisis de las finanzas públicas), obligan a replantearse las condiciones de eficiencia de ese esfuerzo inversor. Parece evidente que las inversiones públicas no podrán continuar al mismo ritmo, pero también resulta difícilmente cuestionable que la inversión en hospitales de esa red integrada al servicio del público deberá continuar, para completarla allí donde sea necesario y para mantenerla en adecuadas condiciones de funcionamiento con carácter general.

En este contexto, la necesidad de aprovechar sinergias será esencial para, con una mayor eficiencia, lograr los objetivos descritos con un menor desembolso de fondos públicos. En este sentido, será vital la intensificación de la coordinación de las diferentes Comunidades Autónomas, para crear un Sistema Nacional de Salud cohesionado, eficiente y suficiente, que aproveche el esfuerzo inversor de las

diferentes Administraciones autonómicas evitando el gasto superfluo. En segundo lugar, esa red debe aprovechar el potencial del sector privado, porque, como más adelante se comentará, «red integrada de hospitales del sector público» no significa, ni mucho menos, red de centros de gestión directa pública; la Administración debe, en este sentido, aprovechar de modo inteligente las posibilidades que la LGS y la normativa de contratación pública le ofrece para la gestión de esa red.

## 7 · LA NECESIDAD DE INTENSIFICAR LA COORDINACIÓN ENTRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA SER MÁS EFICIENTES EN EL GASTO SANITARIO

La generalizada asunción por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias ejecutivas en materia de sanidad está, sin duda, en la base de los actuales problemas presupuestarios de buena parte de aquéllas. No se propugna aquí, ni mucho menos, una devolución de esas competencias, sino la conveniencia de su ejercicio coordinado, que debería ser la regla, y no la excepción, en un Estado compuesto. La propia LGS dedica un capítulo, el IV, a la «Coordinación General Sanitaria», y nuestro ordenamiento prevé, con carácter general, instrumentos, como los convenios interadministrativos, que proveen de una base jurídica suficiente para la intensificación de esa coordinación (cfr. artículo 145.2 de la Constitución).

Son muchos los posibles ejemplos de las ventajas que podría representar esa coordinación. Por hacer referencia a uno de ellos, piénsese en los ahorros que podrían derivarse del aprovechamiento de infraestructuras hospitalarias situadas en una Comunidad Autónoma para atender a pacientes de otras Comunidades Autónomas limítrofes. Existen casos de este tipo de cooperación, por supuesto, pero, a nuestro juicio, demasiado limitados. Una coordinación y cooperación más intensa en este sentido sería, sin duda, deseable, y habría de ser jurídicamente posible.

## 8 · LA POSIBLE GESTIÓN, E INCLUSO TITULARIDAD, PRIVADAS DE LOS HOSPITALES DE LA RED PÚBLICA

### 8.1 · Los convenios de vinculación de hospitales de titularidad privada a la red pública

La «red integrada de hospitales del sector público» a la que se refiere el artículo 66 de la LGS no es el único

<sup>11</sup> Una parte esencial de la política sanitaria es, sin duda, la política farmacéutica, a la que no se hará referencia en el presente trabajo entre otras razones porque ha sido ya objeto de estudio en el artículo de T. Paz-Ares y Beatriz Cocina: «El sistema de precios de referencia: quince años de experiencia», publicado en el n.º 33 de esta revista.

elemento integrante de la red hospitalaria del Sistema Nacional de Salud. Así, el propio artículo 66, en su apartado 1.º, dispone que «los hospitales generales del sector privado que lo soliciten serán vinculados al Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con un protocolo definido, siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilidades del sector público lo permiten». De este modo, la red de asistencia pública en cada Comunidad Autónoma (todas ellas integrantes del Sistema Nacional de Salud), podrá integrar hospitales tanto del sector público como del privado, en igualdad de condiciones para el usuario, de modo que tan Sistema Nacional de Salud serán los unos como los otros. Como ya se apuntó al principio de este artículo, las exigencias constitucionales del Estado social lo son de resultado, no de medios: «asistencia sanitaria pública» es, en la propia terminología de la LGS, asistencia prestada por el Sistema Nacional de Salud, no asistencia prestada con medios públicos. Integrar, pues, hospitales de titularidad privada en el sistema no es dismantlar la sanidad pública («privatizar», en el sentido peyorativo que muchas veces esta palabra asume en el sector), sino allegar a la red pública recursos, instalaciones y profesionales que venían prestando su actividad de modo privado, solución que puede resultar muy eficiente en un buen número de casos.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 67 de la LGS, la vinculación a la red pública de hospitales de los referidos centros privados se realizará mediante convenios singulares. En nuestra opinión, estos convenios singulares no pueden ser calificados como contratos del sector público y, más concretamente, no pueden ser considerados contratos administrativos de gestión de servicios públicos, sin perjuicio de que, en ellos, se incluyan en ocasiones compromisos bilaterales (entre la Administración sanitaria y el titular del centro privado) a los que sean supletoriamente, aplicables las previsiones del TRLCSP, ya sea por remisión del propio convenio o con carácter supletorio. Y ello porque el objeto de estos convenios no es, como corresponde a los contratos de gestión de servicios públicos, la gestión por un sujeto privado de una actividad pública durante un determinado período de tiempo, sino la vinculación de un hospital privado a la red pública, manteniéndose en todo momento la naturaleza privada del hospital vinculado, tal y como se proclama con claridad en los artículos 66 y 67 de la LGS.

La utilización de esta figura para vincular hospitales privados a la red pública es habitual en algunas

Comunidades Autónomas que, además, han dictado normativa de desarrollo de los artículos 66 y 67 de la LGS, como es el caso de Cataluña y la *Xarxa Hospitalària d'Utilització Pública*<sup>12</sup>. En otras, su utilización es mucho menor o incluso inexistente. Tiene, pues, este instrumento aún un amplio recorrido, que permitiría una vinculación más estable de recursos privados a la red, recursos a los que, en muchas ocasiones, se recurre de manera intensa, pero un tanto desorganizada, mediante la contratación de determinadas prestaciones cuando los recursos públicos no resultan suficientes para atender las necesidades sanitarias de la población (reducción de listas de espera, contratación de prestaciones para las que algunos hospitales públicos carecen de medios técnicos, etc.). Y esa vinculación más estable podría permitir una mejor y más eficiente planificación de los recursos (públicos o privados) a disposición del Sistema Nacional de Salud.

## 8.2 · Los mecanismos que el TRLCSP ofrece para la gestión privada de la red de hospitales del sector público

En el apartado anterior se ha hecho referencia a un instrumento que permite la vinculación de hospitales privados a la red de asistencia pública. Adicionalmente, se debe reparar en que los hospitales estrictamente públicos pueden perfectamente gestionarse (o construirse y gestionarse) mediante alguno de los diferentes mecanismos contractuales previstos en el TRLCSP. En ese caso, el hospital en cuestión, o más propiamente la actividad que en él se desempeñe, será plenamente pública, sin perjuicio de que no se gestione directamente (en parte o en todo) con medios públicos, sino a través de un contratista o colaborador de la Administración.

Esta colaboración podrá referirse a la globalidad del servicio hospitalario, incluyendo los servicios sanitarios que en él se presten. Así ocurrirá si se recurre a alguna de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, posibilidad que no solo no está excluida en norma alguna, sino que está expresamente reconocida con carácter general en el TRLCSP (artículo 278). O podrá referirse, por ejem-

12 Cfr. La Ley 1/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña (principalmente su artículo 43) y el Decreto de la Generalitat 196/2010, de 14 de diciembre, del Sistema Sanitario Integral de Utilización Pública de Cataluña.

plo, tan solo a alguna parte de las actividades necesarias para el funcionamiento de un hospital, dejando las actividades propiamente asistenciales al correspondiente servicio autonómico de salud. Así sucede cuando, como ha ocurrido en diversas ocasiones en los últimos años, se adjudica a un privado un contrato de concesión de obra pública para la construcción (y en ocasiones también equipamiento) de un hospital, para su posterior puesta a disposición (incluyendo los servicios accesorios no sanitario) del servicio autonómico de salud, de manera que estos desarrollen su actividad asistencial empleando la infraestructura y los servicios accesorios que el particular pone a su disposición (las conocidas, en el mercado, como «concesiones de ladrillo», por contraposición a las «concesiones de bata blanca», que son concesiones de gestión del servicio público sanitario).

Pues bien, el TRLCSP pone a disposición de las Administraciones sanitarias los tipos contractuales que a continuación se examinarán brevemente, y que pueden permitir, en un buen número de casos, una gestión más eficiente de centros hospitalarios que continuarán siendo público en su titularidad última. Si no hay claudicación alguna de la sanidad pública por vincular recursos sanitarios a la red pública, tal y como contempla expresamente los artículos 66 y 67 de la LGS, mucho menos la habrá con la utilización instrumental (contractual) de un gestor privado para desarrollar una actividad en última instancia pública. De nuevo, lo relevante es el fin (la garantía al público de una asistencia de calidad en condiciones de igualdad), no los medios:

(i) *Contratos de gestión de los servicios públicos sanitarios mediante cualquiera de las modalidades legalmente previstas: concesión, concierto o sociedad de economía mixta*<sup>13</sup>.

En la *concesión de servicio público*, la Administración sanitaria adjudica a un particular la gestión del servicio de asistencia especializada en uno o más centros, para que aquél lo explote a su riesgo y ventu-

ra. Habida cuenta de la actual gratuidad general de los servicios sanitarios, la retribución del concesionario se realiza por la propia Administración, en función de las variables que se tomen en consideración a efectos retributivos en el contrato en cuestión, una de las cuales suele ser el número de habitantes a los que, cuando menos por referencia, se presta en ese centro la asistencia sanitaria especializada (artículo 275, 277.a) y 281 del TRLCSP). Estas concesiones pueden o no incluir la construcción del centro hospitalario por el contratista, o la realización por su parte de obras de restauración y reparación de infraestructuras hospitalarias ya existentes, o limitarse a la gestión del servicio sanitario sin realizar actuaciones relevantes sobre centros ya construidos. En el primero de los supuestos, el período concesional puede extenderse hasta los cincuenta años, de modo que el concesionario tenga tiempo suficiente para la legítima amortización de sus inversiones. En el segundo, el tenor literal del TRLCSP limita la duración de la concesión a diez años, quince por debajo del límite general de veinticinco para los servicios públicos distintos del sanitario. Lo cierto es que esta excepcional limitación temporal del contrato de gestión de servicios públicos sanitarios que no lleve aparejado la construcción de obras carece de justificación. No existen razones objetivas para esta limitación, que ignora que el concesionario de un servicio sanitario realiza inversiones (en formación del personal, en equipamiento, etc.) distintas a las de las obras que pueden también requerir de plazos amplios de amortización, o que puede resultar deseable que, si va a explotar instalaciones ya existentes (construidas a cargo de los presupuestos públicos), pague un canon de entrada a la Administración contratante que el particular ha de tener tiempo suficiente de amortizar mediante la prestación del servicio. Cabría, pues, esperar que una futura reforma del TRLCSP que pretendiera intensificar la participación privada en la gestión de servicios públicos elimine esa limitación temporal excepcional para la gestión de los servicios públicos sanitarios, equiparándola a la regla general de veinticinco años.

En el *concierto*, la gestión del servicio sanitario se encomienda por la Administración a una «*persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trata*» (artículo 277.c) del TRLCSP). Esta figura, que no es extraña al sector sanitario, debe distinguirse del convenio de vinculación a la red pública al que se ha hecho referencia en el apartado anterior. La propia LGS distingue entre ambas figuras,

<sup>13</sup> No se incluye la gestión interesada como un cuarto subtipo del contrato de gestión de servicios públicos porque, a nuestro juicio, no es tal, sino tan solo una modalidad de retribución en la que la Administración y el particular participan de los rendimientos de la actividad, modalidad que se podría proyectar sobre cualquiera de las otras categorías de contratos de gestión, o al menos sobre las de concesión y concierto, sin modificar sustancialmente el esquema contractual. Adicionalmente, la gestión interesada no parece que encaje con un servicio, como el sanitario, que en la actualidad es gratuito para los usuarios.

haciendo referencia a los convenios de vinculación en el ya citado artículo 67 y a los conciertos en el 90. En el concierto, el privado no es el titular de un centro que se integra en la red de servicio al público por cumplir determinados requisitos que le hacen homologable a los hospitales públicos, sino un contratista, que pone medios preexistentes a disposición de la Administración contratante para que ésta, a través de aquéllos, preste de modo indirecto el servicio sanitario.

En el contrato de gestión del servicio público mediante una sociedad de economía mixta, la gestión del hospital u hospitales y de la prestación sanitaria desarrollada en ellos se realizaría por una sociedad mercantil participada directa o indirectamente por la Administración y por un socio privado (artículo 277 d) del TRLCSP). Esta figura, inédita (s.e.u.o) en el ámbito sanitario, podría permitir a las Administraciones públicas allegar a la gestión de algunos de sus hospitales un socio privado, con potenciales beneficios en términos de eficiencia, y resarcirse en parte de las inversiones realizadas en las infraestructuras hospitalarias que la sociedad de economía mixta pasara a explotar (por ejemplo, y en función de cómo se instrumentara la constitución de la sociedad de economía mixta, mediante el pago por el socio privado del valor de las acciones que adquiriera con ocasión de la adjudicación del contrato).

(ii) *Contratos de concesión de obras públicas*. En su versión tradicional en nuestro Derecho, se trataba de un contrato mediante el cual el concesionario construía una obra pública y se le retribuía a través del derecho a explotarla, a su riesgo y ventura, durante el período concesional, lo que tradicionalmente significaba el cobro de un precio o peaje a los usuarios. No obstante, este concepto clave de explotación se vio sustancialmente ampliado en la regulación que la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas hizo de este contrato típico, que se mantiene sustancialmente en el actual TRLCSP. De acuerdo con la actual regulación de la explotación, ésta: (a) puede consistir en la puesta a disposición de la obra a la Administración competente para que dicha Administración la emplee obra como base física para la prestación del servicio público de que se trate; y (b) puede ser retribuida directamente por la Administración, en función del nivel de utilización de la obra o de las condiciones de la referida puesta a disposición (*cf.* artículos 7 y 255.4 del TRLCSP).

(iii) *Contratos de colaboración entre el sector público y el privado*. Una de las principales novedades de la LCSP fue la previsión de un nuevo contrato administrativo típico: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Lo cierto es que la configuración legal del objeto de este contrato es tan amplia y de contornos tan difusos que no es en absoluto fácil convertir la descripción contenida en el artículo 11 del TRLCSP en una definición. Cabría ensayar la siguiente: estamos ante un contrato cuyo objeto se caracteriza a partir de la conjunción de dos elementos: (a) La ejecución por el contratista de una actuación compleja, pero con una mínima coherencia funcional, que incluya alguna o varias de las siguientes actividades: la ejecución de obras, equipos, sistemas y suministros complejos, así como su mantenimiento, renovación o explotación integral; la gestión integral de instalaciones complejas; u otras prestaciones de servicios complejos ligadas a la realización por la Administración de sus funciones propias; y (b) la financiación inicial por el contratista de las inversiones materiales o inmateriales que las prestaciones que configuran el primero de los elementos requieran.

Por variadas razones, que no pueden examinarse aquí con un mínimo de atención, la aplicación de este tipo contractual por nuestras Administraciones públicas ha sido prácticamente anecdótica. Una de esas razones es que este contrato está regulado legalmente en términos estrictamente subsidiarios, esto es, tan solo resultará de aplicación «*cuando previamente se haya puesto de manifiesto [...] que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas*» que persigue el contrato en cuestión (artículo 11.2 del TRLCSP).

Por lo que al ámbito sanitario respecta, lo anterior significa que este tipo contractual no podrá emplearse para la realización de las actuaciones y proyectos a los que se ha hecho mención al repasar las potencialidades de los demás tipos contractuales repasados. Eso no significa que el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado no pueda ser empleado para una más eficiente organización de los servicios públicos sanitarios en el futuro próximo. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de adjudicar uno de estos contratos para que un sujeto privado lleve a cabo una actuación global e integrada en una o varias áreas sanitarias de una Comunidad Autónoma, en virtud de la cual, además de gestionar distintos centros de atención sanitaria especializada (incluyendo o no los servicios propiamente asistenciales), prestara otros

servicios sanitarios o accesorios para la red pública en otros centros de asistencia sanitaria no especializada, o relacionados con la gestión de la correspondiente área (logística, ambulancias, etc.); todo ello con la realización de las inversiones en equipamientos u obras necesarios para la gestión integral del área.

En definitiva, nuestro Derecho público de la contratación ofrece variadas e interesantes alternativas

a las Administraciones sanitarias para que cumplan adecuadamente, sin verse necesariamente constreñidas por el modelo tradicional de gestión directa del servicio público, con la obligación legal de disponer y hacer funcionar adecuadamente una «*red integrada de hospitales del sector público*» y, lo que es realmente importante, garantizar un adecuado nivel de prestación del servicio sanitario a los ciudadanos.