Espaldarazo al proceso de externalización de Madrid

Por Ricardo De Lorenzo, socio-director de De Lorenzo Abogados

La **externalización, y no "privatización" de la gestión de seis hospitales públicos de Madrid**, "Infanta Cristina", "Infanta Sofía", "Infanta Leonor", "Sureste", "Henares" y "Tajo", decisión que adoptó la Comunidad de Madrid en diciembre del año 2012, y cuya iniciativa fué gestionada por el Jurista y Consejero de Sanidad Javier Fernández-Lasquetty, me permitió la oportunidad de tratarlo desde esta misma tribuna , adelantando en Mayo de 2013 mi opinión al respecto sobre su absoluta legalidad y lógicamente constitucionalidad del cambio en la gestión de la sanidad, que acontece como consecuencia del recurso a las normas de Derecho Privado.

Comentaba entonces, que la justificación de la utilización de fórmulas jurídicas privadas para la gestión de los servicios socio-sanitarios es básicamente la búsqueda de una gestión eficaz de la sanidad. Y esta búsqueda de la eficacia se encuentra en la propia Constitución: **uno de los principios que deben regir el funcionamiento de las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales es el de la eficacia** (artículo 103). También se encuentra este principio en la Ley General de Sanidad (artículo 7) "los servicios sanitarios... adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad. De igual modo, las exposiciones de motivos de las normas que han creado nuevas formas de gestión de los Servicios Sociosanitarios señaladamente el Real Decreto Ley 10/1986, de 17 de junio y la Ley 15/1987, de 25 de abril, expresan la misma idea.

Razonaba, como el sustrato ideológico de esta búsqueda de la eficacia no era otro que el denominado "Informe Abril" (1991), donde se propusieron, en materia de organización de los servicios sanitarios,**dos cambios sustanciales respecto a lo dispuesto por la Ley General de Sanidad**: 1) La sustitución del concepto integral de salud por uno basado en la separación de las funciones de autoridad sanitaria y de las funciones de prestación de servicios que, a su vez, se organizan según lo que se conoce como "mercado interno", esto es, la separación entre el regulador y el financiador (la autoridad sanitaria), el comprador de servicios (las áreas de salud), y los proveedores (los centros sanitarios, tanto públicos como privados); y 2) El otro cambio sustancial es lo que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, ha venido denominando como "huida del Derecho Administrativo" hacia el Derecho Privado en la gestión de los centros y servicios asistenciales públicos.

La diferencia de lo que acontece con la privatización de los servicios públicos, está en que la eficacia no se busca mediante el traspaso de la titularidad pública a la privada –que pasa a actuar en régimen de concurrencia– sino que se acude a mecanismos jurídicos que permiten una gestión más flexible, mediante la aplicación de técnicas empresariales a la sanidad. **Las razones aducidas para lo que podría ser definido como descentralización de la gestión de los servicios de salud** y, en particular el abandono de los corsés impuestos por el Derecho Público y la consecución de la libertad que garantiza el Derecho Mercantil, Civil o Laboral, es la mejora de la eficacia en la prestación de los servicios.

Contra esta decisión había recurrido el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, que consideraba que la existencia de esa gestión indirecta por parte de empresas privadas de la **asistencia sanitaria vulneraba el régimen público** sobre esa materia previsto por la Constitución.

El Alto Tribunal parte de la premisa fundamental de que la ley autonómica que regulaba la eventual concesión de la gestión a empresas privadas «constituye una posibilidad, pero no un imperativo», toda vez que la Carta Magna «no exige que el mantenimiento de un régimen público de la Seguridad Social requiera necesariamente y en todo caso un sistema de gestión pública directa», sino que lo relevante es que la **eventual apertura a otras fórmulas de gestión** –en alusión a la adjudicación a entidades privadas– se realice «preservando en todo caso la titularidad pública del servicio».

Por este motivo, el Tribunal Constitucional sentencia que al adoptar este criterio, la Comunidad de Madrid lo único que hizo fue limitarse «a hacer uso de las posibilidades abiertas con la legislación estatal». Destacando igualmente que en ningún caso se puede sostener que una gestión privada en hospitales públicos pueda poner, «por sí sola», en riesgo «el régimen público de Seguridad Social», ya que las prestaciones sanitarias a las que tienen derecho los ciudadanos quedan en manos, en todo caso, de los poderes públicos, "**no habiéndose producido un traslado de esta potestad a quienes asuman la gestión —y sólo la gestión— del servicio público de la Sanidad»**. Por ello, el régimen que preveía la ley autonómica no alteraba el ningún caso «el régimen público de aseguramiento sanitario del Sistema Nacional de Salud».

El Tribunal Constitucional hace referencia a que la Carta Magna «no exige que el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social requiera necesariamente y en todo caso un sistema de gestión pública directa», por lo que **es perfectamente constitucional que la gestión de hospitales públicos se encomiende a empresas privadas**, toda vez que, se añade al respecto, el carácter público del sistema de Seguridad Social «no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas».

Además, incide el Alto Tribunal en que, incluso cuando esta previsión legal se materialice en la gestión indirecta del servicio por personas privadas, «tal hecho no afecta al conjunto de mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social sino exclusivamente a los relativos a la acción protectora en materia de sanidad».

El Tribunal Constitucional rechaza igualmente los argumentos socialistas de que la ley que aprobó la Asamblea de Madrid, a iniciativa del Gobierno de la Comunidad, vulnere el derecho a la igualdad al crearse «desigualdades injustas entre los ciudadanos de una misma comunidad», según les corresponda un centro de gestión directa o alguno de los seis hospitales afectados por la ley recurrida, y que los primeros podrían dar preferencia a determinados pacientes basándose en criterios de eficiencia económica. Al respecto, el Alto Tribunal es igual de tajante que en los puntos anteriores, al afirmar que **la norma recurrida se limita a habilitar la posible adjudicación a terceros** –incluidas empresas privadas– de la gestión hospitalaria, pero sin establecer «ninguna diferencia de trato en cuanto al contenido, alcance o calidad de la prestación». Más bien sucede lo contrario, ya que la ley precisa que deberán garantizarse «los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios».

También se rechaza que se vulnere la universalidad del acceso al sistema sanitario o la financiación pública común. Y ello porque, afirma el TC en este punto, la ley en cuestión «en ningún momento incide en el régimen de acceso y en el contenido de la prestación sanitaria para los ciudadanos, ni tampoco altera la financiación con fondos públicos del servicio».

Importante Sentencia aunque lamentablemente llegue bastante tarde respaldando algo que desde la perspectiva jurídica era obvio, como el que el modelo integral de salud, atendido por una organización pública, centralizada y básica, prevista en la Ley General de Sanidad está hoy totalmente superado por la normativa que, en los años 1986 y 1987, se dictó para regular las nuevas formas de organización de los servicios socio-sanitarios. Y que a partir de dichos años **se había ido extendiendo la prestación de los servicios sanitarios a los ciudadanos con fundamento en las más diversas formas de gestión directa o indirecta** que acomodaban su funcionamiento a normas de derecho privado de forma absolutamente legal.

La gestión planteada en Madrid por Lasquetty, y que fue refrendada por la Asamblea, sobre la necesidad de acometer reformas para poder mantener la calidad asistencial y para que el ciudadano "siga teniendo las misma sanidad que hasta ahora", en el sentido de extender la gestión privada al conjunto del sistema sanitario Madrileño trazada por la Consejería de Sanidad, que hubiera supuesto un ahorro a las arcas públicas de cerca de 200 millones de euros, **no podía ni podrá nunca entenderse como que la gestión jurídica privada de los servicios sanitarios sea una privatización de los mismos.**