



AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Doña Virginia Aragón Segura, Col. 1040, Procuradora de los Tribunales y de los Senadores/as del Grupo Parlamentario Socialista que se relacionan y firman in fine, y cuya representación acredita mediante la copia de escritura de poder, que en legal forma se acompaña como documento número uno, ante el Tribunal Constitucional comparece y, bajo la dirección letrada de D. Wilfredo Jurado Rodríguez, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, con número de colegiado 52.052, ante el Tribunal Constitucional comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DICE:**

Que, mediante el presente escrito, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 162 de la Constitución y los artículos 31 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en la representación que ostento vengo a interponer **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (BOCM 29.12.2012).

El recurso se basa en los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Competencia.

Corresponde al Tribunal Constitucional el conocimiento del recurso interpuesto contra la Ley 6/2011 de 28 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas, de acuerdo con el artículo 161.1.a) de la Constitución Española en relación con los artículos 2.1.a) y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2.- Legitimación

Los recurrentes están legitimados para interponer el presente recurso a tenor de lo establecido en el artículo 161.1 a) de la Constitución Española y artículo 32.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3.- Objeto del recurso.

Se impugna en el presente recurso de inconstitucionalidad, los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (BOCM 29.12.2012).

4.- Plazo de interposición.

El recurso se interpone dentro del plazo de los tres meses contados a partir de la publicación de la Ley en el –Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de fecha 29 de diciembre de 2012 (BOCM nº310), cumpliéndose así lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

5.- Reclamación del expediente.

Al disponer el artículo 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que el Tribunal podrá recabar de los poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración Pública la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a las disposiciones que originan el proceso constitucional, los recurrentes solicitan que por este Alto Tribunal se recabe de la Comunidad de Madrid y de la Asamblea de Madrid el expediente de elaboración de la Ley recurrida, incluyendo los Diarios de Sesiones, ya sean del Pleno de la Asamblea de Madrid o de la Comisión Parlamentaria dónde de forma previa se abordó, dónde consten los debates parlamentarios sobre la misma, a efectos de formar un mejor juicio y disponer de información completa sobre dicha norma, y poder, en su caso, completar las alegaciones en el trámite procesal correspondiente.

A continuación, para proceder a una más clara exposición de los motivos del recurso, procedemos a relatar los antecedentes de hecho para después señalar los motivos de inconstitucionalidad de la Ley, que consideramos se dan en la citada Ley 6/2008 de 28 de diciembre de 2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Como ya dijimos con anterioridad el objeto del presente recurso son los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas, de 28 de diciembre de 2012 de Madrid (BOCAM nº310) que transcribimos literalmente a continuación:

Artículo 62. Reordenación de la asistencia sanitaria en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo.

1. De acuerdo con lo que establece el artículo único de la Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, se habilita al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo, que garantizarán los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios.
2. La Unidad Técnica de Control de los servicios de explotación de las obras públicas de los Hospitales de la Comunidad de Madrid indicados, creada por Orden 2073/2007 del Consejero de Sanidad, de 12 de septiembre, realizará las funciones de vigilancia, seguimiento y control de la ejecución de los nuevos contratos.
3. Se habilita al Servicio Madrileño de Salud para dictar las instrucciones de funcionamiento que sean necesarias para garantizar la correcta prestación y niveles de calidad de los servicios, a cuyos efectos podrá establecer los órganos o procedimientos de coordinación oportunos o asignar a cada sociedad las funciones que a estos efectos resulten adecuados.

Artículo 63. Modificación parcial de la Ley 12/2001 de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

Se modifica el artículo 88 de la Ley 12/2001 de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, que queda redactado de la siguiente forma:

Artículo 88.- Organización y gestión.

1. Los Centros y establecimientos que integran el Servicio Madrileño de Salud se podrán configurar como instituciones sanitarias del citado ente sin personalidad jurídica propia, o bien como entidades sanitarias dependientes del mismo, de titularidad pública y con personalidad jurídica propia. En este caso, las mismas podrán adoptar cualquiera de las figuras organizativas previstas en el Ordenamiento jurídico y su creación se realizará mediante Decreto del Consejo de Gobierno.
2. Cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice de cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño. Establecida la preferencia, en caso de que la gestión de los centros no se asigne a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrán concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas.
3. El Consejo de Gobierno mediante decreto, determinará los requisitos necesarios para acreditar las sociedades profesionales a que se refiere el apartado anterior.
4. El Consejo de Gobierno mediante Decreto podrá definir el estatuto jurídico que dé cobertura a la autonomía económica, financiera y de gestión de los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud.

5. *Los centros y establecimientos que integran el Servicio Madrileño de Salud deberán contar con un sistema integral de gestión que permita de acuerdo con su planificación estratégica, implantar técnicas de dirección por objetivos, sistemas de control de gestión orientados a los resultados y sistema de estándares de servicios, delimitar claramente las responsabilidades de dirección y gestión y establecer un adecuado control de la evaluación de los diferentes parámetros que influyen en los costes y la calidad de la asistencia.*
6. *De acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, los centros y establecimientos deberán confeccionar y remitir al Servicio Madrileño de Salud periódicamente, cuánta información sanitaria y económica le sea requerida”.*

SEGUNDO.- La disposición impugnada está contenida en Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid del año 2012 (ley 8/2012). En dicha Ley, como ya es habitual en el ámbito de la Comunidad de Madrid se incluyen un conjunto de normas sobre diversas medidas fiscales y administrativas pretendidamente vinculadas a la consecución de los objetivos de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2013. Su contenido lo constituyen, tal y como se recoge en el preámbulo de la propia Ley, *“medidas de naturaleza tributaria que anualmente acompañan a la Ley de Presupuestos, y, además, se añaden a las anteriores otras medidas de diferente carácter que afectan al régimen presupuestario y de contratación de la Comunidad de Madrid, a la gestión de sus recursos humanos, a los organismos vinculados o relacionados con la Administración regional y a la actividad administrativa que esta desarrolla en el ámbito urbanístico y económico”.*

La técnica legislativa utilizada para realizar este cambio tan profundo en el sistema de prestación sanitaria en el ámbito de la Comunidad de Madrid es manifiestamente irregular.

En total con esta Ley se modifican al amparo de esa pretendida coyuntura temporal numerosos textos legales de la Comunidad de Madrid, en materias tan dispares como recursos humanos de la Comunidad de Madrid, Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, ley de Evaluación Ambiental, de supresión de distintos Entes instrumentales de la Comunidad de Madrid, etc...

Hasta qué punto se trata de una técnica legislativa insuficiente lo demuestra el hecho de que resulta muy difícil siquiera la comprensión del alcance de la Ley. Todo ello además se complica sobremanera con continuas referencias a

posiciones y soluciones de futuro, la utilización de expresiones voluntaristas de los órganos ejecutivos de la Comunidad de Madrid, -“podrá realizar”, “podrá hacer”, “podrá llevar a cabo”, etc-, en un claro y deliberado intento de sembrar la confusión y en medio de la misma ocultar la verdadera naturaleza jurídica del sistema, a nuestro juicio, claramente inconstitucional. En este sentido se pronunció la STC 46/1990 sobre las Leyes canarias 14/1987 y 6/1989 cuando señala: *“La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y lo ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...)*.”

De otro lado el art. 88 CE dispone que *“Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”*. Con una redacción casi idéntica, el art. 140.1 del Reglamento de la Asamblea de Madrid dispone: *“Los proyectos de ley remitidos por el Consejo de Gobierno se presentarán de forma articulada e irán acompañados de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos y precedidos de una exposición de motivos”*.

El Dictamen 128/2012, de 7 de marzo de 2012, emitido por el Pleno del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid determina que *“el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general se encuentra regulado en el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno. Dado que en la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, no se establece ninguna previsión al respecto, el derecho estatal tendrá carácter supletorio, como resulta del art. 33 del Estatuto de Autonomía en cuya virtud; <<(…) en todo caso, el derecho estatal tiene carácter supletorio del derecho propio de Madrid>>., así como de la disposición final segunda de la citada Ley 1/1983, según la cual << Para lo no previsto en esta Ley serán de aplicación las disposiciones legales del Estado en la materia, equiparándose los órganos por analogía de sus funciones>>”*.

El art. 22.2 de la Ley del Gobierno dispone: *“El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo,*

así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica”.

Entendemos que el art. 88 CE impone obligaciones de hacer tanto al Consejo de Gobierno como a la Asamblea de Madrid y que, en virtud del art. 9.1 (sujeción de los poderes públicos a la Constitución) y .3 (principios de publicidad de las normas y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) deben cumplirlas, so pena de que la Ley aprobada sin cumplir tales obligaciones de hacer incurra en inconstitucionalidad. Este precepto debe ser cumplido y exigirse su cumplimiento por la excepcional importancia democrática que tiene: tanto los parlamentarios, que deberán participar en la tramitación y, en su caso, aprobación del proyecto; como, sobre todo los ciudadanos, que deberán cumplir la ley, tienen pleno derecho a conocer las razones y motivos por los que sus representantes han entendido necesario imponer esa ley.

En el caso que nos ocupa, los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012 adoptan una decisión de extraordinaria gravedad para los ámbitos de la Seguridad Social, de la Sanidad y de las Finanzas de la Comunidad de Madrid, con todo lo que implica respecto de los derechos de los ciudadanos: habilitar al SERMAS para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en seis Hospitales y veintisiete Centros de Salud. Tanto las brevísimas y apodícticas manifestaciones del Plan de Sostenibilidad como el contenido los Informes remitidos a la Asamblea junto con el proyecto de ley no cumplen bajo ningún concepto la función de aportar los antecedentes necesarios para comprender el contenido de estas normas.

Estas disposiciones normativas han sido remitidas a la Asamblea de Madrid y han sido aprobadas, por tanto, sin ir acompañadas de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre las mismas y para que puedan aplicarse con una mínima seguridad jurídica. Cuando se permite al Gobierno y al legislador actuar de tal forma, se está ofreciendo el mejor caldo de cultivo para que el procedimiento de elaboración de las leyes sea un oscuro proceso, donde el interés de muy pocos puede imponerse al de la mayoría, o donde medidas improvisadas para salir del paso de cara a la galería quedan escondidas como auténticas bombas de relojería, que más tarde estallarán produciendo efectos devastadores.

Debe tenerse en cuenta que si los antecedentes necesarios para comprender el contenido de un proyecto de ley no se aportan -y con la debida publicidad: como suele decirse, con “luz y taquígrafos”- o su contenido no resulta suficiente y solvente, el Gobierno no está presentando las pruebas o elementos de juicio para valorar lo que en el proyecto se dice; y, entonces, la Asamblea discute las reformas -y los ciudadanos asisten a la discusión- con un

conocimiento muy pobre de la realidad sobre la que actúa. Por ello, la Constitución introdujo, entre otros preceptos dirigidos a hacer más transparente el ejercicio del poder, la obligación de acompañar los proyectos no sólo con la “exposición de motivos”, sino también con los “antecedentes” o pruebas de lo que en ellos se dice.

De esta forma la Constitución ha reconocido que el debate parlamentario sobre el proyecto y su seguimiento por la opinión pública debe ser, en primer lugar, un debate sobre los presupuestos de la ley: la justificación de su necesidad; la valoración de las alternativas existentes y de la fórmula elegida, a lo que ayudan los estudios, informes o dictámenes emitidos durante la elaboración del proyecto; el análisis sobre la viabilidad de la norma, es decir, sobre la posibilidad real de aplicarla en la práctica por la organización administrativa, por los destinatarios que deben cumplirla y por los tribunales; el estudio del equilibrio entre los costes que impondrá la norma y su adecuación respecto de la utilidad o beneficios que de ella se espera; la valoración sobre la aceptación de la norma por la Administración que ha de aplicarla y los ciudadanos que han de cumplirla; aceptación que evidentemente no es necesaria, pero que en un Estado democrático aconseja extremar la justificación y explicación de las obligaciones que se imponen.

Así ha venido a reconocerlo el Real Decreto 1083/2009; incidiendo además sobre otro aspecto trascendental: la aportación de los antecedentes no tiene sólo por finalidad ilustrar a los diputados para que puedan decidir “con conocimiento de causa” y no arbitrariamente según las imposiciones de sus grupos parlamentarios; el fin último que debe cumplir toda norma, y por lo tanto el conjunto de antecedentes y elementos de juicio necesarios para comprenderla, no es otro que garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos que son los destinatarios finales de la misma, y los que ven afectados sus derechos y libertades en función de cuál sea el contenido y alcance de la norma.

Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional no ha tenido que pronunciarse directa y primordialmente sobre la constitucionalidad de una ley por vulneración del art. 88 de la Constitución. En su Sentencia 108/1986, hace casi treinta años, abordó la cuestión; pero de un modo tangencial. En la actualidad, sin embargo, cualquiera de los Manuales más elementales de Economía Política expone con claridad el problema de “los fallos del gobierno” y no hace falta ir muy lejos para comprobar los efectos devastadores que pueden producir. Hora es, por tanto, de que surja una ocasión tan clara como la que nos ocupa para poner en valor esta exigencia esencial de nuestro sistema democrático.

Decimos todo esto, porque no queremos dejar de poner de manifiesto la intención perversa que subyace en todo el procedimiento seguido por el

legislador, impulsado desde el Gobierno de la Comunidad de Madrid, mediante el cual se pretende ocultar las verdaderas intenciones con un texto legal parco con referencias continuas a términos futuros, habilitando posibilidades futuras pero sin concretar cuáles han de ser éstas o refiriéndolas en otros textos complementarios extramuros de la norma y todo ello además sin que ésta tenga todos los elementos para entender la voluntad del legislador.

TERCERO.- El “NUEVO-VIEJO” modelo de gestión

Como antecedente directo del nuevo texto normativo (artículos 62 y 63) impugnados en el presente recurso se ha aprobado en la Comunidad de Madrid, el denominado “*Plan de Medidas de garantía de la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid*”, cuyo texto íntegro aportamos como documento número uno. En el mismo, podemos adivinar las intenciones del legislador:

“La brutal crisis económica que atraviesa España desde hace más de cuatro años, sumada a un deficiente sistema de financiación autonómica, nos lleva a un escenario en el que los ingresos han bajado de manera drástica y con ello los fondos de los que disponemos para financiar los servicios públicos. La sanidad pública, como no podría ser de otra manera, no es ajena a esta cruel realidad, y ello nos enfrenta al desafío de intentar mantener nuestro sistema sanitario bajando sustancialmente sus costes.

Esto nos pone ante una encrucijada: recortar sin más todo lo que se pueda para bajar el gasto en la medida que bajan los ingresos o diseñar un plan de medidas efectivas que logren reducir el coste pero sin alterar los principios que sostienen el sistema.

Nos inclinamos claramente por la segunda opción. Los principios sobre los que se asienta el sistema no cambian ni un ápice: universalidad, gratuidad, equidad, calidad y respeto hacia el trabajo de los profesionales sanitarios (pág. 1).

... En suma el ajuste presupuestario al que se verá sometida la Comunidad de Madrid para el año 2013 será de 2.700 millones de euros; y como consecuencia de ello se verá afectado el gasto sanitario (pág. 2).

... La sanidad madrileña tendrá para el año 2013, destinados en los PPGG de la Comunidad de Madrid un total de 7.108 millones de euros, un 7% menos que el gasto presupuestado en 2012. Aun así, este gasto representará el 45,2 del gasto total presupuestado en la Comunidad (pág. 3).

El primer medio que se consideran idóneo para conseguir este objetivo son las siguientes Reformas estructurales en la gestión sanitaria:

- *Externalización de la actividad sanitaria en 6 hospitales, utilizando el modelo de concesión.
Esta medida afecta a los Hospitales Infanta Leonor (Vallecas), Infanta Sofía, Infanta Cristina, Hospital del Henares, Hospital del Sureste y Hospital del Tajo, que seguirán siendo públicos.*

Se ha comprobado que el modelo de concesión es más eficiente, da buenos resultados clínicos y alta satisfacción a los pacientes.

De media, el coste total de la asistencia sanitaria especializada de la población de los hospitales de gestión mixta es de unos 600 euros por habitante, mientras que en los hospitales con modelo capitolativo más recientes, este coste medio anual es de 441 euros.

- *Concesión de la prestación de la asistencia sanitaria de Atención Primaria de un 10% de los Centros de Salud, dando prioridad en su gestión a la participación de los profesionales sanitarios que quieran constituir sociedades.*

Esta concesión prevé adjudicar la gestión, de manera prioritaria, a grupos de profesionales que ya estén trabajando en el sistema madrileño de salud para poder seguir avanzando en la mejora de resultados clínicos, en el aprovechamiento de los recursos disponibles y en la motivación de los propios profesionales.

Es un modelo más habitual en Europa, y en nuestro país ya se ha implantado en Cataluña desde hace más de quince años, con resultados clínicos y económicos positivos. Otro aspecto importante es que este modelo genera mayores incentivos y motivación a los profesionales.

La medida afectará aproximadamente a 27 Centros de Salud, que seguirán siendo públicos, bajo financiación y garantía pública” (págs. 4 y 5).

Es decir, este Plan pone de manifiesto cuál es el tipo de gestión indirecta del servicio que ha elegido el legislador: la concesión administrativa tanto en los Hospitales (artículo 62) como en los Centros de Primaria (artículo 63). Además se indica cómo es el sistema en el ámbito de los Hospitales con el que se retribuirá al concesionario: la capitación. También queda claro el único objetivo que parece llevar al legislador a adoptar estas medidas: intentar reducir el coste por habitante a toda costa.

Una vez puestos de manifiesto los antecedentes de la norma impugnada, procedemos a desarrollar los motivos de inconstitucionalidad que a nuestro juicio incurren en los artículos 62 y 63 de la mencionada Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de Madrid

Con carácter previo, aclaramos que, a efectos de la adecuada exposición del recurso, el examen de la legalidad constitucional de los preceptos recurridos no se harán por su orden correlativo, sino agrupados en los principios jurídico-constitucionales infringidos.

PRIMER MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Inconstitucionalidad del artículo 62 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de Madrid, por violación del artículo 9.3 de la Constitución en relación con el principio de legalidad, así como por infringir el artículo 149.1.18º sobre bases del régimen jurídico de las

Administraciones públicas así como por reserva de Ley estatal sobre contratos y concesiones de administrativas.

El objetivo principal del artículo 62 de la Ley impugnada es, como hemos reproducido, habilitar al SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (en adelante SERMAS) para que pueda proceder a la adjudicación de contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los 6 Hospitales que se citan. Resulta obvio que si el texto legal impugnado habilita al SERMAS para esa función es porque éste no tiene competencias para hacerlo y la Ley impugnada pretende “extender su manto” a tal fin.

Para analizar convenientemente esta circunstancia consideramos imprescindible que se traiga a colación la siguiente legislación:

- a) El artículo 8 del Texto Refundido 3/2011 por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), legislación básica del Estado, indica que:

“Artículo 8. Contrato de gestión de servicios públicos.

1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria

2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.”

- b) El artículo 58 de la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid define al Servicio Madrileño de Salud como una creación, en el ámbito de la Comunidad de Madrid para llevar a cabo una adecuada configuración y asignación del presupuesto para la asistencia sanitaria de la población con derecho a cobertura asistencial en función de las necesidades estimadas y que permite, a su vez, una

adecuada organización y ordenación del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid.

El artículo 59 del mismo texto legal indica en cuanto a su naturaleza jurídica:

“1. El Servicio Madrileño de Salud es un Ente de Derecho público, de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990 de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. 2. El Servicio Madrileño de Salud se sujetará con carácter general al derecho privado (...).”

- c) El artículo 6 antes citado de la Ley 9/1990 de 8 de noviembre reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, indica que: *“El resto de Entes del sector de la Comunidad no incluido en los artículos anteriores se regirá por su normativa específica. En todo caso se aplicarán a los citados Entes las disposiciones de la presente Ley que expresamente se refieran a los mismos y, con carácter supletorio, las relativas a materias no reguladas en sus normas específicas”*
- d) *El Decreto 22/2008 de 3 de abril del Consejo de Gobierno de la Comunidad por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad que define al Servicio Madrileño de Salud como Ente público (disposición Adicional Primera)*

De estas dos última referencia se desprende que el SERMAS, no es ni un Organismo autónomo administrativo (de aquéllos que prestan servicios públicos sujetos al régimen administrativo) ni Empresa pública de la Comunidad de Madrid.

En todo caso, parece evidente que el SERMAS es una entidad instrumental de la Administración de la Comunidad de Madrid, pero en modo alguno puede entenderse que forma parte de la Administración pública en los términos del artículo 6 del TRLCSP como sujeto susceptible de adjudicar contratos de gestión de servicio público.

Pues bien, del juego de todos los artículos citados, habida cuenta de la naturaleza jurídica del SERMAS en el entramado jurídico administrativo de la Comunidad de Madrid, se desprende que le está vedada la posibilidad de adjudicar contratos de gestión de servicio público de asistencia sanitaria

especializada como pretende “*habilitar*” la norma impugnada. Ello por dos razones:

- a) Porque no concurre en el SERMAS la condición de Administración Pública tal como hemos visto; y
- b) Porque la Administración titular del Servicio –que resulta ser la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid- lo tiene encomendado (gestión directa) precisamente al SERMAS, que se constituye de esta forma en entidad instrumental y que por ello no puede por ningún título ceder su gestión a terceros, ni tan siquiera parcialmente.

Conocedor de estas limitaciones, el legislador autonómico opta por la más que ambigua fórmula de la “*habilitación*” para que el SERMAS pueda llevar a cabo contratos de gestión de servicios públicos de atención especializada.

Esta debilidad del argumento es posiblemente la causa por la que resulta tan pacato e incoherente el tenor literal del artículo 62 impugnado que, todo en uno:

- a) *habilita* al SERMAS sin concretar en qué condiciones y con qué título jurídico se produce tal *habilitación*, ni siquiera quién se la concede o en nombre de quién se va a ejercer;
- b) otorga la *vigilancia* y seguimiento de la ejecución de los contratos a una entidad ahora sí dependiente de la Administración Pública (esa Unidad de Control), cuando lo normal es que esas labores las hiciera el propio órgano de contratación; y
- c) se *habilita* al órgano de contratación, el SERMAS nuevamente, para que dicte instrucciones de funcionamiento para garantizar la correcta prestación del servicio, cuando eso debía ser previsiblemente uno de los aspectos a establecer en el Pliego de condiciones.

En realidad lo que el legislador autonómico pretende llevar a cabo, y aquí nos referimos a la inconstitucionalidad de la norma, es una extensión, para la que carece obviamente de competencia, del concepto de Administración Pública contenida en la norma básica (artículo 8 TRLCSP) para que en dicho concepto se entiendan también todo tipo de entes instrumentales sean o no entes de derecho público sujetos incluso al derecho privado y que todos ellos, puedan “*adjudicar contratos de gestión de servicios públicos*”.

Por el motivo expuesto cabe concluir que el artículo 62 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid incurre en inconstitucionalidad, por infracción del artículo 149.1.18º de la Constitución sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas así como por reserva de Ley estatal sobre contratos y concesiones de administrativas

SEGUNDO MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de Madrid, por haber infringido normativa básica estatal así como por infringir el artículo 149.1.18º en materia de reserva de Ley estatal sobre contratos y concesiones administrativas.

El artículo 63 de la norma recurrida está dedicado a la modificación del artículo 88 de la Ley 12/2001 de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid. En lo que aquí interesa indica en su punto 2 que:

“(…) Cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice de cualquiera de la formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño. Establecida la preferencia, en caso de que la gestión de los centros no se asigne a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrán concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas (…).”

Es decir, de acuerdo con la norma impugnada si la gestión de los Centros de atención primaria se lleva a cabo por cualquier de las formas de gestión indirecta, se podrá ofrecer (parece claro pues que excluyendo del concurso correspondiente) dicha gestión con preferencia a unas determinadas sociedades de profesionales en los que se cumplan una serie de circunstancias convenientemente señaladas en la norma. Sólo si no se asignara a cualquiera

de esas sociedades se produciría la libre concurrencia con el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas.

Esta posibilidad de establecimiento de preferencias en la adjudicación de ciertos contratos ha sido objeto de estudio por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Este ha destacado *“que la obligación de respeto a los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende, no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado (el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE fija el ámbito de aplicación de la misma, estableciendo unos umbrales económicos), sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Unión Europea”*, tal como han sido interpretados por el propio Tribunal.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la sentencia *Parking Brixen GMBH*:

“(...) los artículos 43 y 49 CE constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato (véase sentencia de 5 de diciembre de 1989 Comisión Italia C. 3/88, Rec. P. 4035, apartado 8). La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad constituye igualmente una expresión específica del principio general de igualdad de trato (véase sentencia de 8 de octubre de 1980. Uberschar, 810/79, Rec. P. 2747, apartado 16).

En la jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias en materia de contratación pública, el Tribunal de Justicia ha precisado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad (véase en este sentido la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica C87/94, Rec. P.i. 2043, apartados 33 y 54). De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aún cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad.

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta

obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en este sentido la Sentencia Teleaustria y Telefonadress, antes citada, apartados 61 y 62).

Corresponde a la autoridad pública concedente apreciar, bajo el control de los tribunales competentes, la adecuación de las modalidades de licitación a las particularidades de cada concesión de servicios públicos. Sin embargo, la falta total de licitación (el ofrecimiento que se indica en la norma impugnada) o incluso la licitación limitada en la adjudicación de una concesión de servicios públicos no responde a los requisitos de los artículos 43 y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Además el artículo 86 CE, apartado 1, establece que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 CE y 81 CE a 89 CE, ambos inclusive.

De lo anterior se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (fundamentos jurídicos 47 a 52)”.

De la jurisprudencia del Alto Tribunal europeo los principios han pasado a las Directivas de contratación, que hoy los recogen de forma destacada (arts. 2 de la Directiva 2004/18/CE y 10 de la Directiva 2004/17/CE) y a la legislación española en materia de contratación, actualmente constituida por el TRLCSP.

El artículo 1 de dicho texto legal, de carácter básico, dispone:

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la

definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.(...)

La única excepción que el TRLCSP establece respecto a la libertad de acceso a la licitación es la prevista en la Disposición Adicional Quinta, que contempla la posibilidad de reservar la participación en procedimientos de adjudicación de contratos a centros especiales de empleo. Por otra parte, se contempla un supuesto de preferencia en la adjudicación en la Disposición Adicional Cuarta, en relación con la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro.

Cualquier otra limitación a la libertad de acceso a la licitación o cualquier otra preferencia en la adjudicación no prevista en el TRLCSP estaría vulnerando la normativa básica estatal y por ello resulta la norma impugnada, inconstitucional.

Como extraemos de los comentarios anteriores, la normativa citada se opone al texto constitucional en tanto altera el sistema competencial en materia de regulación de la contratación pública y concesiones en relación con la libre competencia. Estas materias, si bien no forma parte del núcleo de competencias exclusivas de la Unión, se trata de una competencia compartida, mor de los artículos 56 a 62, 106 y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, –bajo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad- y reguladas por sucesivas Directivas refundidas en las vigentes Directivas 2004/18/CE, y la Directiva 2004/17/CE.

Si bien puede tratarse de una competencia en la que la Unión entra a regular atendiendo a esa subsidiariedad, una vez regulada de forma más o menos exhaustiva, resultará desplazada la potestad normativa del Estado por la normativa derivada Europea. Así, la regulación de Contratos del Sector Público encuentra una cada vez mayor regulación armonizada, y por tanto las Directivas antedichas constituyen un *mínimum* ineludible para los Estados.

En estas, se establece la obligación de concurrir en régimen de libre competencia a la licitación de servicios públicos, contratos y obras públicas,

todo ello fundado en la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros.

Además, esa inseguridad jurídica, en tanto la normativa aplicable de contratación del sector público se trata de una competencia estatal, siembra la duda a los posibles licitadores sobre si actuar con base en la normativa estatal violando la autonómica, o en sentido inverso, lo que constituye una contravención de la seguridad jurídica perseguida por la norma impugnada. En palabras del Tribunal Constitucional, la norma contraviene la seguridad jurídica en tanto que “[...] *el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse [...]*” (STC 46/1990, FJ4), cosa que a todas luces no sucede en la normativa impugnada. Sobre el límite de esa claridad, el Tribunal apuntó que “*sólo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica* (Por todas STC 150/1990 FJ 8 y más recientemente 84/2008 FJ 8). De la norma, no cabe sino deducir que en los entes locales puede generarse una duda suficiente sobre la vigencia de sus anteriores convenios, conculcando la seguridad jurídica que nuestro ordenamiento otorga ex 9.3 CE a las situaciones jurídicas y sus derechos derivados nacidos bajo un determinado marco normativo.

Se produce además otra circunstancia que que pone de manifiesto la actitud del legislador pendiente tan sólo a su decisión aunque ésta resulte ilegal.; y es el hecho de que estos argumentos han sido puestos de manifiesto por el informe de la Asesoría Jurídica de la Comunidad de Madrid que tuvo ocasión de elaborar informe previo a su aprobación en estos mismos términos. Sin embargo el legislador también decidió obviarlo..

Por este motivo expuesto cabe concluir que el artículo 88.2 de la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, modificado por el artículo 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid incurre en un vicio de inconstitucionalidad por infracción de la normativa básica estatal prevista en el artículo 149.1.18º de la Constitución sobre reserva de Ley estatal en materia de contratos y concesiones administrativas, así como del principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3.

TERCERO.- VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA INSTITUCIONAL CONTENIDA EN EL ART. 41 CE, DE LOS DERECHOS QUE SE DERIVAN DE LA MISMA PARA LOS CIUDADANOS, DEL ART. 149.1.17 CE Y DEL ART. 14 CE

El art. 41 CE dispone que *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”*.

El art. 149.1.17^a dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la materia: *“Legislación básica y régimen económico de la Seguridad social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”*.

En determinados ocasiones, parece que en algunas interpretaciones jurídicas le han diagnosticado al Estado un proceso de esquizofrenia, manifestado por la disociación específica de sus funciones en materia de Seguridad Social y Sanidad Pública. Pero tal disociación nunca se ha producido en nuestro Derecho positivo. La función esencial del Estado en materia de seguridad social, como acabamos de exponer, es mantener un régimen público para todos los ciudadanos que les asegure la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. La función esencial, como su propio nombre indica, es la seguridad que da el aseguramiento frente a situaciones de necesidad. Éste es el fundamento del Estado Social y ésta es la gran diferencia entre Europa y Estados Unidos en sus relaciones gobierno-sociedad. Como vimos, la Ley General de la Seguridad Social define los elementos subjetivos y objetivos imprescindibles del aseguramiento: quién ostenta la titularidad del derecho a las prestaciones y cuál es el alcance de las mismas. En el caso, de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social, es su prestación lo que se articula mediante el Sistema Nacional de Salud, tal y como queda regulado por sus Leyes básicas estatales y por las Leyes autonómicas de desarrollo¹.

Interesa destacar que la jurisprudencia constitucional ha atribuido dos características esenciales al régimen de la Seguridad Social.

En primer lugar, su garantía institucional: *“La garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen*

¹ Resulta especialmente significativo el título de la Ley 6/2008, de Aseguramiento Sanitario del Sistema Sanitario público de la Comunitat Valenciana, que manifiesta en su Preámbulo: *“...la asistencia sanitaria no contributiva y universal, a tenor de lo establecido en el artículo 86.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, e integrada en el citado Sistema Nacional de Salud, sigue estando desarrollada por la normativa de la Seguridad Social”*. Si nos remontamos veinte años atrás, encontramos la misma vinculación en el Real Decreto 1088/1989, por el que se establece la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes (cfr. la cita de su texto supra II.3.)

reconoscible en el estado actual de la conciencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema” (STC 37/1994).

En segundo lugar, la naturaleza de su régimen se define legal y no contractualmente y sus prestaciones no tienen carácter “contributivo”: *“Es necesario tener en cuenta la configuración del sistema de Seguridad Social, y la naturaleza de sus prestaciones. A este respecto hay que recordar que, como ya se ha señalado este Tribunal -STC 103/1983, de 22 de noviembre-, la Seguridad Social se ha convertido en una función del Estado (fundamento jurídico 3.º). Efectivamente, el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias (fundamento jurídico 4.º). Si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad -que habrán de ser precisadas en cada caso- implica que las prestaciones de la Seguridad Social, y entre ellas las pensiones de jubilación, no se presenten ya -y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas- como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual. El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que este se constituye como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca” (STC 65/1987).*

Así pues, como decíamos, la función esencial del Estado respecto de la Seguridad Social es *mantener un régimen público* y, en el caso que nos ocupa, de su asistencia sanitaria (art. 41 CE). Y *el régimen económico de este sistema es competencia exclusiva del Estado* (art. 149.1.17ª CE).

Seguidamente argumentamos la vulneración de los preceptos constitucionales citados, no sin antes regresar por un momento a los antecedentes que señalamos al inicio de nuestro recurso con el objetivo de poner en contexto las pretensiones del legislador.

En efecto, ya dijimos que el denominado “*Plan de Medidas de garantía de la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid*”, que hemos aportado como documento número uno, nos permite conocer cuál es el objetivo perseguido por el legislador así como la modalidad de entre los medios de gestión indirecta que adoptará, que no es otra que la concesión administrativa en la que la retribución del concesionario se va a establecer de forma capítativa (es decir una cuantía por habitante/año).

Una vez recordado esto queremos poner de manifiesto que los Contratos de Concesión del Servicio de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social van a introducir en la Comunidad de Madrid un doble régimen económico en el aseguramiento² de la prestación: 1) en las zonas con concesión el régimen económico ya es, y lo será para los centros previstos, *un régimen económico contractual*: con pagos capitativos al concesionario prestador de los servicios, acordado contractualmente, que la Administración debe respetar; 2) en las zonas de gestión directa, *el régimen económico es presupuestario*: no hay recursos económicos prefijados para prestar los servicios porque el Gobierno es libre de fijar las correspondientes partidas presupuestarias.

La dualidad de regímenes económicos en el aseguramiento genera las siguientes dinámicas.

La habilitación legal para la concesión del servicio de asistencia sanitaria especializada a los hospitales concesionados (en la actualidad Valdemoro, Torrejón y Móstoles Rey J. Carlos) se articula contractualmente para toda la población delimitada territorialmente por los términos municipales incluidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la concesión; la atención especializada de toda esta población es concesionada en régimen de monopolio territorial a la compañía concesionaria. El precio se define por una “prima” per cápita persona/año a satisfacer por la Administración en concepto de “prestación de la Asistencia Sanitaria” (en el caso del Hospital de Torrejón, por ejemplo, 428,35 euros, más 143,15 euros, por los conceptos ya explicados) y para una “población protegida”³ también definida (en el caso de Torrejón 133.144 habitantes). Por cierto, esos Pliegos de condiciones que contenían ya la concesión del servicio público de asistencia sanitaria para esas zonas de referencia fue convocado por la Consejería de Sanidad (Administración Pública) en los términos del artículo 8 TRLCSAP.

Volviendo al análisis de la situación creada por esos antecedentes directos del sistema que ahora pretende instaurar la Comunidad de Madrid, por Ley 6/2009, de 16 de noviembre, “de Libertad de Elección en la Sanidad de la Comunidad de Madrid” el Sistema Sanitario Público de Madrid ha quedado organizado en un Área de Salud Única integrada por el conjunto del territorio de la región. El Decreto 52/2010, de 29 de julio, “por el que se establecen las estructuras básicas sanitarias y directivas de Atención Primaria del Área Única de Salud de la Comunidad de Madrid”, incorpora un ANEXO con la Relación de Zonas Básicas de Salud, según municipios y zonas censales.

² De acuerdo con el art. 12 de la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid Ley de Ordenación, la primera función que corresponde a la Consejería de Sanidad es *el desarrollo de la función de aseguramiento*.

³ Resulta evidente la terminología propia del contrato de seguro.

Así pues, la organización del sistema sanitario se basa en un sistema sectorizado por Zonas Básicas de Salud, a cada una de las cuales les corresponde un Centro de Salud y un hospital de referencia. Todos los hospitales de la red pública, tanto los gestionados directamente como los concesionados a entidades privadas, tienen asignada una población de referencia que, en el caso de los territorios con atención especializada concesionada de financiación capitativa, determina la cuantía de la financiación de la concesión.

No obstante, el Decreto 51/2010, de 29 de julio, “*por el que se regula el ejercicio de la libertad de elección de médico de familia, pediatra y enfermero en Atención Primaria, y de hospital y médico en Atención Especializada en el Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid*” permite a los ciudadanos elegir profesionales de atención primaria fuera de su Zona Básica de Salud y recibir atención especializada en un hospital distinto al de referencia que les corresponde. Sin embargo, es importante señalar que *esta libertad de elección de hospital está limitada a procesos médicos concretos, no siendo posible cambiar el hospital de referencia que les corresponde por su domicilio*; lo que implica que a los ciudadanos de los territorios cuya atención especializada ha sido concesionada se les fuerza, sin posibilidad alguna de elección, a que una parte muy importante de su aseguramiento sanitario público (atención especializada) sea gestionada por la compañía concesionaria, sin opción a llevarse “su cápita” al hospital de referencia de su elección.

En los territorios de gestión sanitaria directa por el SERMAS con *régimen económico presupuestario*, si un hospital carece de los medios o de las especialidades médicas necesarias para tratar un paciente, existe una jerarquía de hospitales de segundo nivel, con más especialidades o recursos, a los que el paciente es remitido. La financiación de los hospitales con gestión directa se realiza por el sistema de ‘presupuesto global’ y se determina en los Presupuestos como un Programa, vinculado con un Contrato de Gestión entre la dirección del hospital y la del SERMAS, en el cual detallan los objetivos de actividad y calidad para el año. El sistema de referencia de pacientes en este ámbito es básicamente *cooperativo*, ya que exige la colaboración entre hospitales de menor complejidad y otros de mayor nivel; y entre hospitales de agudos y crónicos. No existen en principio impedimentos, ni tampoco incentivos, para tratar pacientes de otras áreas de referencia hospitalaria, ni de otras autonomías, lo que fomenta el intercambio de pacientes entre áreas como si existiera efectivamente un Área Sanitaria Única en este ámbito.

Por el contrario, en los hospitales de los territorios de gestión indirecta de la atención especializada, por concesión administrativa y financiación contractual capitativa, se genera un sistema *competitivo*: si un paciente de su zona es atendido en otro hospital deberá abonar a la Administración sanitaria

el pago establecido (salvo que derive al paciente a un hospital de su mismo grupo empresarial); y si el hospital concesionado atiende a un paciente ubicado fuera de su zona, percibirá el correspondiente pago. Luego en este sistema *competitivo* sí se generan incentivos para tratar o no a los pacientes en función del coste del tratamiento y en función de que sean ajenos o propios (se gana más o se gana lo mismo).

Se crea así un sistema de *apartheid sanitario*⁴ derivado del régimen económico del aseguramiento, en el que se ven atrapados los ciudadanos de los territorios con atención especializada concesionada, negando en la práctica el concepto de Área Sanitaria Única proclamado por la Ley autonómica 6/2009 .

Continuando con la dinámica que genera la concesión del servicio por zonas determinadas, los contratos de gestión privada de los hospitales de Valdemoro y Torrejón, por ejemplo, actualizan el importe total de su retribución según el IPC y un factor de corrección. En el caso de Valdemoro, el IPC+2 y en el caso de Torrejón el 85% del IPC. Esto implica que, indefectible e independientemente de cuál sea la situación económica de las arcas públicas, el contrato obliga a la Comunidad a aumentar la asignación de recursos de forma anual. Por el contrario, en los hospitales de gestión directa pública, su presupuesto anual dependerá de lo que decida el Presupuesto anual de la Comunidad de Madrid: así, en el año en curso se producen reducciones en torno a un 10-15% del presupuesto en los hospitales de gestión pública, mientras en los hospitales de gestión privada con contrato de concesión se producen aumentos de presupuestos de un 3 a un 5% o más. Esto implica diferencias de financiación entre un 13 y un 18% de los de gestión privada a costa fundamentalmente de los de gestión pública.

De privatizarse la gestión de los seis hospitales y los veintisiete centros de salud, una población de 1.150.000 habitantes pasaría a encontrarse con su aseguramiento de atención especializada (hospitales) gestionado por empresas privadas comerciales, es decir, un 20% de la población de Madrid. Si en todos estos centros, un 25% de los hospitales de Madrid, se produce por contrato un aumento de los presupuestos y de la cápita anual, esto implicaría, especialmente en estos años de crisis, una reducción mucho mayor de los presupuestos de los hospitales de gestión directa pública. En definitiva, en pocos años conllevaría una auténtica descapitalización de los hospitales de gestión pública y una disminución muy notable de los recursos económicos asignados a los mismos...

⁴ Adoptamos el término de los estudios sobre regulación económica: en determinados modelos de regulación de la prestación de servicios de telecomunicaciones o de energía se reconocía o negaba libertad de elección de suministrador a los usuarios en función de sus zonas de residencia o en función de sus volúmenes o tipos de consumo. Las experiencias de este tipo de regulación no han resultado positivas.

Volviendo al modelo de financiación contractual capitolativa, también debemos analizar el impacto sobre los costes operativos que provoca. Al financiar de esta forma, como venimos exponiendo, es imprescindible establecer las implicaciones financieras de que un paciente de un hospital de referencia sea atendido en otro y viceversa: en estos casos “*el dinero sigue al paciente*” y se factura a unos precios que publica el Gobierno como precios oficiales medios de los distintos actos y procedimientos. Cuando el hospital que recibe al paciente es de una concesión administrativa privada se aplica una bonificación del 20% de descuento (es decir, que sólo se le paga el 80% de estos precios oficiales); por el contrario, si un paciente del territorio concesionado es atendido en un centro hospitalario distinto al suyo, la empresa concesionaria debe abonar el 100% del precio (como incentivo a no enviar pacientes fuera).

Esta aparente asimetría a favor del sector público encubre, sin embargo, un sistema de pago profundamente ineficiente y contrario al interés financiero del servicio público, como explicamos a continuación. Si el cálculo de la cápita se realiza a costes medios, el presupuesto del hospital privado se establece para cubrir tanto los costes fijos (los que no dependen del número de pacientes), como los costes variables (que aumentan de forma proporcional con cada paciente atendido). En los hospitales la proporción de los gastos variables es muy pequeña (20-30%), ya que la especificidad de los activos (personal, tecnología, instalaciones...) y la interdependencia de los servicios (cirugía, anestesia, diagnóstico, intensivos, etc.) obliga a tener el grueso de gastos comprometidos antes de que entre en el hospital el primer paciente para ser atendido.

Si el hospital privado tiene cubierto por su contrato principal capitolativo sus costes fijos (como no puede ser de otra forma, pues si no sería insensato abrir sus puertas), puede recibir una serie de pacientes adicionales sin tener que modificar dichos costes fijos. Estos pacientes complementarios (adicionales) que puede atender (¿20%?, dependiendo de la capacidad instalada del centro) sólo van a costarle al hospital privado los gastos variables (coste marginal/adicional), ya que los factores fijos de producción ya van financiados por el contrato principal.

Supongamos que el hospital privado recibe una paciente embarazada y atiende un parto normal. El precio regional puede ser de 2.000 €; y según las reglas, facturaría (o compensaría al final de año) el 80% (1.600€). Estos serían

los ingresos del Hospital privado. Supongamos que sus gastos sean los costes variables (30%): 600 € sería el coste marginal (mayor gasto por un parto adicional atendido en el Hospital privado). El balance es claro; la diferencia entre lo que factura (1.600 €) y lo que gasta (600 €), da un saldo de sobre-beneficio de 1.000 €.

Este beneficio incentiva una práctica de dudosa racionalidad, pues el hospital de gestión privada pasa a tener un altísimo interés en atraer activamente a procedimientos sencillos y de costes variables bajos, susceptibles de hacer marketing por variables hoteleras o para-clínicas. Y también incita a crear sobre-capacidad instalada en los hospitales, para luego expandirse con estos procedimientos, procesos y pacientes tan rentables (¿será por eso que los proyectos arquitectónicos han desarrollado amplias zonas de expansión construidas pero no ocupadas?).

Ahora bien, el problema es bastante más grave por dos razones. La primera: porque el hospital público al que correspondería prestar la atención, pierde un paciente para el que tenía dotación en sus costes fijos; y como no puede evitar dichos costes, pues para ellos ha sido diseñado y dimensionado, el resultado es que quedan inactivos una serie de recursos materiales, tecnológicos y humanos (salvo que se reasignen a otras acciones); sólo se ahorra el coste variable de estos pacientes. Por lo tanto, para el erario público, el equilibrio que se alcanza implica que ha de subsidiar al hospital privado incurriendo en un déficit de sus previsiones presupuestarias que equivale a lo que no se puede dejar de financiar en el hospital público (por ser costes fijos). En el caso del parto atendido en el hospital privado, implica que al menos 1.600 € se anoten en como ingreso del mismo y como gasto del Servicio Regional de Salud.

La segunda razón ya nos resulta familiar: con mucha frecuencia, la facturación de los hospitales públicos al hospital privado -por tratamientos muchísimo más costosos que el parto- no se hace; o, si se hace, no es con la diligencia ni con el coste real que correspondería. Lo primero es indemostrable, ya que la propia inexistencia de bases de datos operativas lo impide o el ocultamiento de información de las propias Consejerías de Salud no permite saberlo. Además, al igual que ocurre con la facturación a seguros o a turistas extranjeros, lo habitual es que el hospital público no se beneficie directamente de estos cobros, sino la tesorería autonómica. Al correr con el coste de formalizar la facturación, pero no con los beneficios de la misma, es

muy frecuente que los procedimientos administrativos sean lentos e incompletos. Por otra parte, si los pacientes derivados por los hospitales privados tienen una complejidad mayor que la media (comorbilidad, complicaciones, deterioro social y cognitivo, y otros predictores clínicos de peor evolución), los costes van a ser muy superiores a los precios medios por proceso. De esta forma, puede darse fácilmente un desplazamiento injusto de costes de los hospitales privados a los públicos, sin que existan mecanismos claros y eficaces de control de esta desviación.

La suma de ambos fenómenos daría la siguiente dinámica de especialización: los hospitales privados se especializan en retener y atraer procesos y pacientes sencillos, y a derivar otros complejos, costosos y con alta ocupación de camas. En este equilibrio sus cuentas ofrecerán beneficios extraordinarios e injustos, pues substituyen pacientes caros que bloquearían las camas y recursos, por otros más ligeros a los cuales se les puede facturar a precios medios, a la vez que se amplía la capacidad asistencial para pacientes que sólo gastan los costes variables asociados a su atención.

En conclusión, el establecimiento de este tipo de concesiones administrativas de la atención especializada de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social/SNS genera un modelo económico dual de aseguramiento de la prestación: contractual y presupuestario; que, además, desencadena dinámicas económicas, financieras y de asistencia sanitaria ineficientes; y que comportan desigualdades injustas entre los ciudadanos de una misma Comunidad vulnerando el principio de igualdad (art. 14 CE).

La vulneración del artículo 41 CE, en cuanto a la garantía institucional, resulta evidente porque el aseguramiento de una parte de la población deja de ser público, al concederse capitativamente a un particular; que ya ajustará los riesgos en función de su propia estrategia empresarial. La vulneración del artículo 41 CE, en cuanto a los derechos que reconoce a todos los ciudadanos, también resulta evidente: frente a la confianza legítima que los ciudadanos han depositado en el aseguramiento público de la Seguridad Social/SNS pueden encontrarse, en función de su zona de residencia, con que la gestión económica de una parte muy importante de su aseguramiento sanitario lo está realizando una empresa concesionaria, con una financiación cuyos incentivos plantean un evidente conflicto de interés de imposible control público.

Finalmente, la vulneración del art. 149.1.17ª CE tampoco parece discutible porque la Comunidad de Madrid carece de competencias para alterar el régimen público de aseguramiento sanitario del SNS estableciendo uno propio. La prueba de que estamos hablando del “régimen económico” del aseguramiento, como hemos visto, es que la empresa concesionaria es retribuida no en base a la actividad sanitaria del hospital y centros sanitarios

que gestiona, si no por una ‘cuota’ por habitante del territorio concesionado – la cápita- cuya suma puede visualizarse como una autentica ‘caja’ de seguro cuya gestión económica se atribuye a la empresa concesionada. La diferente manera en que las “primas per cápita” impactan sobre el presupuesto sanitario público de gestión directa e indirecta es también prueba de que está implicado en estos contratos el ‘régimen económico’ del aseguramiento.

Es importante insistir en que esta fórmula de concesión administrativa genera una situación en la que la Administración pública sanitaria contrata externamente una de sus funciones irrenunciables por formar parte del régimen público de Seguridad Social: su gestión económica para poblaciones sanitariamente cautivas en los territorios concesionados.

Tampoco estamos hablando ahora del régimen económico de la asistencia sanitaria: una vez que se transmite al concesionario el aseguramiento de la asistencia sanitaria de una población, el régimen económico de la asistencia sanitaria que preste o deje de prestar se convierte en una cuestión que ya le resulta interna y propia de su gestión empresarial.

Todo lo anterior se ve reforzado por el hecho de que ni la norma recurrida, ni los contratos actualmente en vigor, dotan de mecanismos a la Comunidad de Madrid para detectar y en su caso corregir cualquier efecto negativo que del modelo concesional anteriormente descrito pudiera derivarse, perdiéndose con ello una de las características más importantes de la tutela pública, por:

1. Ausencia de mecanismos eficaces para contrarrestar los incentivos económicos empresariales en conflicto de interés potencial con las obligaciones sanitarias que asume el concesionario;
2. Ausencia, tanto normativa como práctica, de mecanismos de tutela pública de los derechos sanitarios de ciudadanos y pacientes del territorio concesionado, ya que: (1) Los hospitales concesionados no disponen de un Contrato Programa o Contrato de Gestión, como tienen los de gestión directa, en los que se especifique los servicios a prestar y estándares de calidad; (2) La Administración sanitaria no cuente en estos hospitales con representante alguno ante el cual los ciudadanos y pacientes puedan presentar reclamaciones.

Por este motivo expuesto cabe concluir que el artículo 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid incurre en un

vicio de inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional contenida en el artículo 41 CE, de los derechos que se derivan de la misma para los ciudadanos, y de los artículos 149.1.17 y 14 CE

CUARTO.- VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD (ART. 43 CE) Y DE LA REGULACIÓN BÁSICA ESTATAL SOBRE SANIDAD PÚBLICA (ART. 149. 1. 16ª CE)

El art. 43 CE “reconoce el derecho a la protección de la salud” y el art. 149.1.16ª atribuye como competencia exclusiva al Estado las “bases y coordinación general de la sanidad”.

Si, como acabamos de ver, la concreta modalidad de las concesiones para la gestión de la atención especializada de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social incluye la transmisión al concesionario de esta parte del *aseguramiento* de la asistencia a los núcleos de población definidos, configurando un modelo de *apartheid sanitario*; esto lógicamente conlleva la prolongación del *apartheid* a la *provisión y prestación* de la asistencia sanitaria, vulnerando las características esenciales del Sistema Nacional de Salud, que anteriormente expusimos en el epígrafe II. 4: tanto las características del derecho a la salud (universalidad, igualdad efectiva o equidad, accesibilidad y libertad de elección); como el carácter integral del Sistema (financiación pública común, reglas básicas comunes, organización de los servicios bajo una concepción integral del Sistema sanitario). Según vimos, estas características están definidas por disposiciones de las Leyes General de Sanidad y de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud que constituyen normas básicas estatales en materia de sanidad; y que, por lo tanto, la Comunidad de Madrid no puede vulnerar.

La STC 98/2004 incide en que la regulación básica es *garantía de una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud* (FJ 7). Por su parte, la STC 136/2012 insiste en que las normas básicas constituyen *un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia* (FJ 5).

Las consideraciones expuestas en el epígrafe anterior, sobre las restricciones de acceso *en condiciones de igualdad* a los servicios de salud a los ciudadanos que residen en las zonas concesionadas, resultan igualmente válidas para fundamentar las vulneraciones de las normas constitucionales del

presente epígrafe. Del mismo modo, la diferencia operativa entre los hospitales que funcionan en el *modelo competitivo* y los que funcionan en el *modelo cooperativo* también rompe la concepción básica integral del sistema público de salud.

Por este motivo expuesto cabe concluir que el artículo 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid incurre también en un vicio de inconstitucionalidad.

SUPLICAN,

que teniendo por presentado este escrito, con sus respectivas copias, se sirva admitirlo y tenga por interpuesto **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid de 28 de diciembre de 2012 (BOCM 29.12.2012) y, de conformidad con los razonamientos expuestos y cuantos en Derecho resulten de aplicación, lo admita a trámite y, previos los trámites procesales a que hubiere lugar en Derecho, dicte Sentencia declarando la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos citados.

Es Justicia que solicitan en Madrid a 27 de marzo de dos mil trece.