

OTROS ASPECTOS DEL SECTOR PÚBLICO SANITARIO TRAS LA CRISIS: ANÁLISIS TERRITORIAL Y CIUDADANO Y PROPUESTAS DE MODELOS DE OPTIMIZACIÓN

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS

SUMARIO. 1. Sobre el concepto de optimización.- 2. Algunos modelos selectivos: a) Modelo organizativo intraterritorial. b) Modelo de gestión. c) Las preteridas competencias sanitarias locales.- 3. Reflexión sobre optimización y financiación.

1. SOBRE EL CONCEPTO DE OPTIMIZACIÓN.

Aunque relacionemos la optimización con las políticas de eficiencia económica, la Real Academia Española se limita a definir esta acción con la búsqueda de “la mejor manera de realizar una actividad”. Lo óptimo es, pues, lo más satisfactorio en distintos planos; lo mejor en cuanto a estándares de calidad o en la propia relación calidad-precio; en economía y celeridad, o en la diversidad opcional del modelo –*verbi gratia*, público o privado- o, en fin, óptimo es lo que alcanza estadísticamente una mejor valoración o un mayor éxito, si hablamos de actividades de resultado.

Sabido es que la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, destinó su Título VI a la Coordinación y Optimización de los edificios administrativos y, en su artículo 160 puede leerse lo que la norma entiende por optimización:

“A los efectos previstos en esta ley, se entiende por optimización de la utilización de los edificios de uso administrativo el resultado del conjunto de análisis técnicos y económicos sobre inmuebles existentes, de previsión de la evolución de la demanda inmobiliaria por los servicios públicos, de programación de la cobertura de necesidades y de intervenciones de verificación y control, que tienen por objeto identificar, en un ámbito territorial o sectorial determinado, la mejor solución para satisfacer las necesidades contrastadas de edificios de uso administrativo en el ámbito geográfico o sectorial considerado, con asunción de las restricciones económicas, funcionales o de naturaleza cultural o medioambientales que se determinen”.

Concepto amplio y, a la par, limitado al parque inmobiliario estatal pero que es expresivo de la complejidad y diversidad de contenidos que puede y debe atesorar cualquier política que busque esa anhelada optimización.

2. ALGUNOS MODELOS SELECTIVOS.

De los muchos enfoques posibles, entiendo que los modelos a manejar o debatir se centran en tres campos:

- a) El organizativo-territorial dentro de la misma Administración competente, de lo que es paradigma la delimitación en Áreas Sanitarias, su simetría o asimetría prestacional y su grado de autarquía.
- b) El relativo a la forma de gestión, directa o indirecta con todas sus variables.
- c) El competencial, no sólo referido a la relación entre las atribuciones básicas estatales y las competencias de las Comunidades Autónomas, sino también clarificador de la participación local.

a) Modelo organizativo intraterritorial. En el Principado de Asturias, como ejemplo, desde la aprobación de la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado (Sespa); norma ejemplar en cuanto que se promulgó previsoramente antes de la recepción de las competencias sanitarias¹, el territorio se divide en ocho espacios geográficos sanitarios:

Área I, con el hospital de Jarrio, en el Noroccidente.

Área II, con cabecera hospitalaria en el Carmen y Severo Ochoa de Cangas del Narcea, en el Suroccidente.

Área III, con el hospital San Agustín, en Avilés.

Área IV, con capital en Oviedo, donde se ubica el Hospital Universitario Central de Asturias (HUCA).

Área V, con el Hospital de Cabueñes, en Gijón.

Área VI, con el Hospital del Oriente de Asturias, radicado en Arriondas;

Área VII, con referencia en el hospital Álvarez-Buylla de Mieres y

Área VIII, con el hospital del Valle del Nalón, en Langreo.

La pretensión de la Consejería de Sanidad, desde 2010 al menos, es modificar dicha distribución y dejar el mapa sanitario con solo cuatro zonas. Las áreas centrales de Oviedo, Gijón y Avilés seguirían siendo cabeceras de distrito y a las mismas se le fusionarían, respectivamente, Cangas del Narcea, Arriondas y Jarrio. Por su parte, las dos cuencas mineras, la del Caudal y la del Nalón, quedarían fusionadas en un área única. El Principado argumenta que en las dos últimas décadas la región ha asistido a importantes cambios demográficos y urbanísticos que hacen necesario avanzar hacia una nueva ordenación de las áreas sanitarias, con gestión más centralizada y reducción de organigrama directivo, aunque buscando que ello no suponga una merma en los servicios a prestar en las áreas periféricas a fusionar; comarcas donde siempre existe el temor a que estas reestructuraciones impliquen pérdida de servicios clínicos o cuando menos de facultativos en campos como la pediatría o la maternidad. En

¹ La transferencia se realizó mediante el Real Decreto 1471/2001, de 27 diciembre (BOE del 31).

suma, esta pretensión, que cuenta con una fuerte contestación, atiende realmente a criterios demográficos y de ahorro. La optimización de recursos tiene aquí una clara orientación económica.

b) Modelo de gestión. En otra ocasión escribí extensamente sobre las iniciativas de corte liberal llevadas a cabo en diversas Comunidades Autónomas, significativamente Madrid y Castilla y León, pero también la Comunidad Valenciana o Andalucía, usando diversas fórmulas como la concesión de obra pública o las fórmulas de colaboración público-privado condenadas a desaparecer en la nueva regulación de los contratos del sector público. Me remito a dicho trabajo² y advierto de la obvia y continua variación en los modelos como consecuencia de las modificaciones del Derecho europeo a las que, en esta campo de la salud, acaba de prestar su atención el profesor Tomàs Font i Llovet³.

Sí me interesa, en esta ocasión, destacar un importante freno, por parte del Tribunal Constitucional, a cierta forma de gestión privada de la atención primaria ensayada por la Comunidad de Madrid. Me refiero al contenido de la STC 84/2015, de 30 de abril. Una resolución, por lo demás, de alto interés didáctico en cuanto a distribución de competencias, al alcance de lo básico y a las formas de gestión indirecta y su encaje constitucional.

En síntesis, el caso es el siguiente: cincuenta y siete Senadores del Grupo Parlamentario Socialista postularon la anulación de los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid cuya literalidad es –o era en uno de los casos- la siguiente:

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

2 Tolivar Alas, Leopoldo (dir.), *Gestión Privada de la Salud Pública. Calidad prestacional y derechos de los usuarios y pacientes*, Editorial Académica Española, Saarbrücken (RFA), 2012, págs. 109 a 148.

3 En el trabajo “Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del Derecho europeo”, *Revista de Administración Pública*, nº 199, 2016, págs. 253 a 288.

niveles de calidad de los servicios, a cuyos efectos podrá establecer los órganos y procedimientos de coordinación oportunos o asignar a cada sociedad las funciones que a estos efectos resulten adecuadas.

Como puede apreciarse, este precepto se refiere a la gestión hospitalaria o asistencial especializada en seis hospitales cuya planificación y gestión ha resultado especialmente conflictiva, como puede verse en los Autos del TSJ de Madrid, de 10 de julio y 11 de septiembre de 2013.

El Tribunal Constitucional, se remite, entre otras a la STC 213/2005, de 21 de julio, en cuyo FJ 3, sintetizó la doctrina sobre los límites y el alcance de las obligaciones impuestas a los poderes públicos por el artículo 41 CE⁴ destacando lo siguiente: en primer lugar que la Constitución ha recogido y consagrado en dicho precepto la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como «una función del Estado», rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 3; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras). En segundo término, que el artículo 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer –o mantener– un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de *garantía institucional* un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador» (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (SSTC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4; y 76/1988, de 26 de abril, FJ 4).

Por último, salvada esta indisponible limitación, el TC entiende que el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (STC 63/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras).»

Esta doctrina constitucional –apostilla la STC en la STC 213/2005– pone de manifiesto que el artículo 41 CE no exige que el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social requiera necesariamente y en todo caso un sistema de gestión pública directa. De los pasajes reproducidos importa destacar el hecho de que el rasgo principal de la garantía institucional del sistema de

4 “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, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

Seguridad Social, «el carácter público del mencionado sistema» –correlato de la consideración de la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad como «una función del Estado»–, ha de apreciarse «en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación, centrándola en aspectos concretos de éste desvinculados del conjunto al que pertenecen; sin cerrar la interpretación de ciertos conceptos de relevancia constitucional, ni tampoco haciéndoles encajar indebidamente en los moldes que en un determinado momento proporciona la ley ordinaria, tratando de descartar que pueda haber otros posibles». Lo que significa que ese «carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél». De suerte que la apertura a fórmulas de gestión o responsabilidad privadas queda en todo caso condicionada a la preponderancia de los elementos definitorios del carácter público del sistema de Seguridad Social.

A partir de estas premisas, la STC 84/2015, entiende que no puede concluirse que la solución organizativa plasmada en el artículo 62 de la Ley 8/2012, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, transgreda los límites relativos definidos por su citada doctrina: “Como ya se ha dicho, este precepto únicamente hace referencia a la posibilidad de adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los seis hospitales indicados, opción esta que, por sí sola, no entra en contradicción con el artículo 41 CE”.

Tampoco, prosigue la STC 84/2015, se puede apreciar vulneración de la competencia atribuida en exclusiva al Estado en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (artículo 149.1.17 CE), pues “el legislador autonómico madrileño se ha movido dentro de los límites definidos por la normativa estatal, en particular por el ya referido artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que más allá de la pregonada novedad de dichas formas de gestión, vino a disipar cualquier duda acerca de la posibilidad de acudir a técnicas de gestión indirecta del servicio público de la sanidad”.

En fin, tampoco se produce, a juicio del Tribunal, una vulneración del principio de igualdad proclamado por el artículo 14 CE, “en la medida en que el artículo recurrido pudiera comportar desigualdades injustas entre los ciudadanos de una misma Comunidad, según pertenezcan a una zona sanitaria de gestión directa o según estén asignados a alguno de los seis hospitales relacionados en la norma, respecto a los que se parte del presupuesto de que en ellos regirá un sistema de gestión indirecta mediante concesión administrativa a empresas privadas y con un régimen de capitación, deduciendo a partir de esta premisa una posible dinámica respecto a las preferencias de estos hospitales por atender aquellos pacientes y procesos que les pueden ser más ventajosos económicamente, con consecuencias financieras derivadas”. Entiende el Tribunal que el tenor del precepto “se limita a habilitar la posible adjudica-

ción de contratos para la gestión de la asistencia sanitaria especializada. Sin embargo, por sí solo, no establece ninguna diferencia de trato en cuanto al contenido, alcance o calidad de la prestación sanitaria que hayan de recibir los ciudadanos asignados a esos seis hospitales. Por el contrario, la propia norma recurrida se encarga de precisar que en la contratación adjudicada se garantizarán «los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios», derechos entre los que se encuentra la garantía de accesibilidad de todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud a las prestaciones sanitarias «en condiciones de igualdad efectiva» (artículo 23 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; y artículos 2 y 6 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid)».

La STC 84/2015, de 30 de abril, limita confesadamente su pronunciamiento a un juicio de constitucionalidad ceñido al texto del impugnado artículo 62 de la Ley madrileña 8/2012, sin entrar, como ya es doctrina asentada, en hipótesis o futuribles de “eventuales diferencias de trato entre ciudadanos que su desarrollo o práctica aplicativa pudieran generar y que, en caso de producirse, obviamente quedarían sujetas a los mecanismos de tutela y control dispuestos por el ordenamiento”.

Como se verá, el juicio del Tribunal es muy diverso al abordar el artículo 63, que modificaba el artículo 88 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid que quedaba redactado de la siguiente forma:

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 por 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 sistemas de estándares de servicios, delimitar claramente las responsabilidades de dirección y gestión, y establecer un adecuado control en 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, cuanta información sanitaria y económica le sea requerida.

Como puede fácilmente colegirse, la impugnación guardaba relación con la previsión, del número 2 del artículo, de gestión de los centros de atención primaria mediante ofrecimiento preferente 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. Esa preferencia, traducida en adjudicación directa y esa exclusión de facto a quienes no prestaran servicios en Madrid merece un serio reproche de inconstitucionalidad por parte del Tribunal, en su FJ 6.

Recuérdese que las sociedades profesionales se regularon, en período de mayoría parlamentaria socialista, por Ley 2/2007, de 15 de marzo, partiendo de la evolución de las actividades profesionales que “ha dado lugar a que la actuación aislada del profesional se vea sustituida por una labor de equipo que tiene su origen en la creciente complejidad de estas actividades y en las ventajas que derivan de la especialización y división del trabajo”. Conforme al artículo 1 de la Ley, son sociedades profesionales las mercantiles que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, entendiéndose por tal aquella para cuyo desempeño se requiera titulación universitaria oficial, o titulación profesional e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

Por otra parte, la Ley estatal 2/2007 entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional “cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos

a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente”.

Volviendo a la Ley madrileña y a la STC 84/2015, el FJ 6 de ésta, parte de que, como reconoce el precepto impugnado, la preferencia que se otorga a las sociedades profesionales compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, no tiene que ver con la solvencia económica y financiera, profesional y técnica de las citadas sociedades, sino con “su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño”. Ello “produce un efecto claro e insalvable de exclusión de los licitadores, nacionales o extranjeros, que, a pesar de contar con la misma solvencia económica y técnica, no pueden reunir unas condiciones sólo asequibles para un tipo de personas jurídicas, las constituidas por profesionales del Servicio Madrileño de Salud. Esta preferencia no tiene, pues, cabida, como regla de capacidad y solvencia, en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, cuyas prescripciones a este respecto deben considerarse, por otra parte, formal (...) y materialmente básicas, pues garantizan la igualdad de los licitadores en el acceso a los contratos públicos y aseguran su viabilidad y, por tanto, la eficiencia en el gasto que se persigue con las compras públicas”.

A idéntica conclusión llega el Tribunal en lo que concierne a los criterios de adjudicación o selección del adjudicatario. Y precisa que, aunque el artículo 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011 “no establece un elenco cerrado de criterios a tener en cuenta para seleccionar la oferta que responda al criterio de la oferta económicamente más ventajosa, y aun cuando se permite tener en cuenta las características de la oferta relativas a las exigencias definidas en el pliego de condiciones, ya sea de carácter medioambiental o vinculadas con la satisfacción de las exigencias sociales propias de la población desfavorecida a la que van dirigidas las prestaciones a contratar, su interpretación sistemática permite concluir que los criterios de valoración que establezcan deben estar relacionados con las condiciones de la oferta realizada, condiciones que deben ser susceptibles de ofrecer en su oferta todos los licitadores admitidos al procedimiento de licitación, sea éste cual sea (...)”, premisa que quiebra estrepitosamente con la previsión adjudicadora del texto legal madrileño. “En conclusión de lo expuesto –concluirá el Tribunal- la preferencia que otorga el precepto autonómico impugnado a las sociedades de profesionales, compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, es contraria a la legislación básica del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas. Debemos, pues, estimar este motivo del recurso y declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del artículo 88.2 de la Ley de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por el artículo 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre...”

c) Las preteridas competencias sanitarias locales

No es la primera vez que expreso, con la mayor humildad, mis discrepancias con la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la garantía institucional de la autonomía local. Desde la ya añeja concepción de dicha garantía hasta alguna línea regresiva en cuanto a las atribuciones autonómicas, como fue el caso de la STC 103/2013, de 25 de abril, auténtico salvoconducto sobrevenido para promulgar la Ley 27/2013, de 27 de diciembre.

Al Tribunal, su estética y metajurídica construcción de la garantía institucional de la autonomía local, le ha gustado sobremanera y parece recrearse en ella, extendiendo sus mismas palabras definitorias —“*no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado* y fijado de una vez por todas, *sino la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*”—, a la garantía de otras instituciones o derechos, como es el caso que acabamos de analizar de la protección de la salud (STC 84/2015, de 30 de abril, FJ 7). En efecto, como todos conocemos y casi recitamos de memoria, para la jurisprudencia constitucional, “la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución (...) por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace” (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3). Estamos, pues, ante un “derecho de intervención en los asuntos de su competencia [que] forma, por tanto, el núcleo primigenio de la autonomía local (...), concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional” (STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 9).

Pero vengo apuntando, con una mínima experiencia municipal, que tan sólida construcción, es, sin embargo, de escasa utilidad para los Ayuntamientos, que preferirían la que, inicial y fugazmente, el Tribunal Constitucional adoptó, al ver en la garantía de la autonomía local la necesidad de “*competencias propias y exclusivas*” (STC 4/1981, de 2 de febrero), o la defensa de “*un ámbito competencial exclusivo*” (STC 14/1981, de 28 de abril), en criterio radicalmente corregido a partir de la citada STC 32/1981, de 28 de julio.

El propio Tribunal confiesa el carácter misterioso y metafísico de su construcción cuando, a propósito de las fusiones voluntarias e incentivadas de municipios, dice en la citada STC 103/2013, de 25 de abril, que “tal y como tenemos señalado, no resulta posible definir a priori en qué consiste ese contenido o núcleo esencial de la autonomía local con el que se pretende preservar la institución en «términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar». Se desconoce si dicha garantía le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Por ello, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada

en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace (STC 32/1981, 28 de julio, FJ 3)”.

La reciente STC 41/2016, de 3 de marzo, primera tras una saga de recursos no siempre acumulados frente a la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), aborda no pocas cuestiones de índole competencial; consolida su doctrina permisiva con las previsiones estatales sobre fusiones y salva, con poco esfuerzo dialéctico, la cuestión de la pérdida de personalidad de los entes inframunicipales.

Lo más interesante y positivo de esta sentencia 41/2016, de 3 de marzo, aunque en absoluto novedoso, es que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan ejercer su libertad de configuración en el trance de atribuir competencias locales y que las Comunidades, en consecuencia, pueden, en el ámbito de sus atribuciones (ya que no hay una tercera lista local en la Constitución) asignar responsabilidades a municipios, provincias u otras entidades.

Y más que responsabilidades (o “competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”, como bien dice el artículo 25.2 LBRL): recuérdese cuando el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, *liberalizó los servicios funerarios privándolos, además, de su carácter de servicios esenciales bajo publicatio y Cataluña reaccionó promulgando la ley de 3 de noviembre de 1997 declarando que, en dicha Comunidad “los servicios funerarios tienen la condición de servicio esencial de interés general, que puede ser prestado por la Administración, por empresas públicas o por empresas privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos”*. Por los aires europeos se prescindía de la monopolización, pero se reafirmaba la competencia autonómica frente al carácter supuestamente generalizador del Real Decreto-Ley.

Es, sin duda, el FJ 13 de la sentencia el que, en la práctica, tiene más interés tanto para ayuntamientos como para Comunidades Autónomas. Aborda dicho fundamento la impugnación de las disposiciones adicionales 11ª y 15ª y transitorias 1ª, 2ª y 3ª LRSAL. Y, particularmente, elijo como simbólica y particularmente interesantes cuatro palabras a las que tal vez el Tribunal no pretendió dar tanta trascendencia. El FJ 13 comienza diciendo que esas disposiciones post-articulado, abordan “dos servicios típicamente municipales”, en alusión a los sociales y de promoción y reinserción y a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud, materias, por lo demás “previstas como autonómicas en los apartados 20 y 21 del artículo 148.1 CE y en los Estatutos de Autonomía”.

La conclusión, por lo ya apuntado, la conocemos y se traduce, muy resumidamente, en que estos servicios de competencia autonómica, que han sido “habitualmente desplegados en el nivel municipal porque así lo decidieron (o permitieron) las Comunidades Autónomas (al amparo de sus Estatutos) o el Estado (mediante la regulación ex artículo 149.1.18ª CE de servicios mínimos y habilitaciones directas) o, simplemente, porque fueron desarrollados de hecho por los Ayuntamientos”, podrán seguir siendo parcialmente gestionados por éstos si las Comunidades Autónomas así lo deciden. Porque, como en este punto señala con nitidez y autoridad el Tribunal, “el problema constitucional no es

si el Estado ha llevado a cabo una ampliación extraestatutaria de competencias autonómicas, sino si ha desbordado los márgenes de lo básico al establecer que el nivel local no puede desarrollar determinadas competencias (salvo por delegación) e imponer condiciones a un traslado que trae causa en última instancia del propio Estatuto de Autonomía”. Y no ha de admitir dudas que “el Estado solo podrá atribuir competencias locales específicas, o prohibir que éstas se desarrollen en el nivel local, cuando tenga la competencia en la materia o sector de que se trate. En materias de competencia autonómica, solo las Comunidades Autónomas pueden atribuir competencias locales o prohibir que el nivel local las desarrolle; sujetándose en todo caso a las exigencias derivadas de la Constitución”.

Esa es la razón por la que las disposiciones transitorias 1ª y 2ª LRSAL “han superado claramente estos márgenes [puesto que] no se limitan a dibujar un marco de límites dentro del cual la Comunidad Autónoma puede ejercer sus competencias estatutarias, para distribuir poder local o habilitar directamente determinadas competencias (...) Al contrario, impiden que las Comunidades Autónomas puedan optar, en materias de su competencia, por descentralizar determinados servicios en los entes locales, obligando a que los asuma la Administración autonómica dentro de plazos cerrados y con determinadas condiciones”. Por ello la sentencia declara, sin ambages, la inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones transitorias 1ª y 2ª LRSAL así como la disposición adicional 11ª “en la medida que sus previsiones están estrechamente ligadas a aquellas dos transitorias”.

Por otro lado también debe destacarse el esfuerzo, en este punto, del Tribunal Constitucional al detallar las competencias de carácter sanitario que subsisten en el ámbito municipal y que no se han borrado de los artículos 25 y 26 de la LBRL. Y aún habría que añadir que, pese a la eliminación –a mi juicio incomprensible- de la bicentenaria atribución a los ayuntamientos del control de alimentos y bebidas, tal responsabilidad subsiste en el artículo 42.2.d) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que, en la típica y chapucera falta de concordancia del legislador, no fue tocada en diciembre de 2013.

Pero retorno al porqué de dar importancia a esas cuatro palabras. Pues porque identificar determinadas atribuciones sanitarias y de asistencia social con “dos servicios típicamente municipales” parece, por fin, aunque en aspectos muy concretos, darle contenido real a esa autonomía preservada frente a un ataque que volviera *irrecognoscible la institución para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*. Es mucho identificar, pero no hay que perder la esperanza. Dicho de otro modo y asentadas por la sentencia las competencias autonómicas y locales en estas materias: si una ley autonómica privara de toda participación a los municipios en estas dos responsabilidades controvertidas, habría que esperar que al Tribunal no le temblara la mano a la hora de declararla inconstitucional. Hay motivos y precedentes para creerlo así, pero mejor será que los ayuntamientos no sufran más embates de legislador alguno.

3. REFLEXIÓN SOBRE OPTIMIZACIÓN Y FINANCIACIÓN.

Siendo una preocupación que se expone política y mediáticamente a diario, la sostenibilidad de la Seguridad Social en un país con una alta tasa de paro y unos datos y previsiones demográficas escalofriantes, es una evidencia que debe buscarse una vía adicional de financiación. Y aquí entran también las propuestas neoliberales de copago o cofinanciación privada, junto a las más sociales de añadir a las cotizaciones un tributo o una partida específica de un impuesto para sostener con garantías un sistema y una caja que se agotan. Porque, en el escenario actual, es imposible defender cosas parecidas al déficit cero hablando del modelo sanitario y asegurativo. El reformado artículo 135 CE no puede ser referente en este campo donde los derechos de pacientes y usuarios cobran una importancia fundamental que, como algunas fuerzas políticas proponen, bien podrían ser considerados al más alto nivel y amparo en una reforma de la carta magna; algo que ya han intentado algunos de los Estatutos de Autonomía aprobados desde 2006. Habrá que coordinar y optimizar, desde el respeto a las atribuciones de cada uno. Pero no sólo debemos pensar en temas tan cruciales como la adquisición centralizada de fármacos, los calendarios comunes de vacunaciones o la permeabilidad de bancos de órganos o plasma. La optimización pasa, como se señalaba al comienzo de estas líneas, por buscar la mejor manera de realizar una actividad y de mantenerla en el futuro, cuando se trata de un servicio que comporta necesariamente continuidad. No es difícil, técnicamente, testar qué es lo que más encarece el sistema: los equipamientos y su mantenimiento, los servicios y suministros, la tecnología de última generación, los tratamientos farmacológicos, el personal, las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial consecuencia de la asistencia sanitaria... Y desde la coordinación, la cooperación o las técnicas de delegación o encomienda entre todas las Administraciones y unas regulaciones acordes con las conclusiones de estudios rigurosos se pueden lograr economías de escala que no desangren el erario sin menoscabar el cuidado de la salud de la ciudadanía. Al menos, gusten o no, los límites de la gestión pública están fijados de forma clara por el supremo intérprete de la Constitución.