

MODELOS JURÍDICO-ORGANIZATIVOS DE OPTIMIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES ESENCIALES DEL ESTADO DE BIENESTAR: RELACIÓN FINAL

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ
PROFESORA CONTRATADA DOCTORA (ACREDITADA PTU)
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

A continuación se recoge de manera sintética lo que podría considerarse como el epílogo y relación final de las jornadas de reflexión y debate que, con el mismo título de esta contribución, se celebraron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo los días 17 y 18 de marzo de 2016. Las meritadas jornadas, a su vez, tienen mucho de colofón y cierre del Proyecto de investigación homónimo, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad¹.

El proyecto se presentó, a comienzos del año 2012, planteando un estudio en profundidad, a partir del análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial, histórico y de derecho comparado, sobre los modelos que mejor podían conseguir optimizar las prestaciones esenciales del Estado del bienestar ante los ajustes estructurales que la coyuntura económica del momento exigía.

Desde entonces, la situación económica no se ha corregido del todo, y ello sólo hace más pertinente el enfoque de estudio. Refuerza esta afirmación el hecho de que durante la ejecución del proyecto se hayan aprobado Leyes como la 27/2013, la 15/2014 o las 39 y 40/2015, junto con toda una pléyade de Decretos-Legislativos y normas reglamentarias que han dado pie a una fuerte litigiosidad. Todo ello por no hablar de un nuevo paquete de Directivas en materia de contratación del sector público, cuya trasposición está todavía pendiente y que abre muchos interrogantes por ejemplo respecto a las formas contractuales para la prestación indirecta de servicios públicos.

El proyecto pivotaba sobre cinco objetivos principales, en gran medida reflejados en las Jornadas y sintetizados en las contribuciones que han precedido esta publicación. En estos objetivos, y en otros colaterales, han estado trabajando durante el período de ejecución del proyecto los miembros del equipo investigador, contactando y trabajando en red también con otros expertos e investigadores, como los profesores Lasagabaster Herrate y Ezquerro Huerva que nos han acompañado en estas jornadas y han contribuido a este proyecto editorial.

Volviendo al planteamiento inicial del proyecto, es importante reseñar, como ha hecho ya su investigador principal, el profesor Tolivar, que la “optimización” sobre la que pivota el proyecto y sobre el alcance de cuyo mandato han debatido en particular los profesores Ezquerro Huerva y Menéndez Sebastián, tiene un significado que excede la pura connotación de la coyuntura económi-

1 Referencia MINECO-13-DER2012-32241.

ca, y que la pretensión de encontrar para conseguirla unos “modelos” de referencia, obliga a considerar distintas perspectivas, que él engloba en tres ideas:

- a) los modelos de gestión, directa e indirecta², generales y sectoriales³.
- b) los modelos competenciales⁴.
- c) los modelos organizativos, institucionales y territoriales. En relación con la distribución territorial centro/periferia se han planteado en las jornadas de ejemplos concretos; en particular los referidos a las áreas sanitarias⁵ y centros educativos⁶.

A cada uno de esos aspectos se han dedicado muchos esfuerzos durante el desarrollo del proyecto, y los hitos principales han quedado sintetizados en las ponencias de que hemos disfrutado en las jornadas. Estas, sin embargo, han presentado la limitación generalizada, también por una cuestión de tiempo y espacio, de referirse al contexto más cercano, dejando al margen estudios de derecho comparado o histórico, que empero también se han tratado en el desarrollo del proyecto y fructificado en diversas publicaciones. Haré aquí sólo referencia a la indiscutida relevancia del rol de la Unión Europea⁷, que también destacó ayer en su intervención el profesor Lasagabaster y que fue objeto incluso de posterior debate al hilo de una reflexión de los asistentes sobre el llamado “turismo sanitario”.

Para presentar tales hitos y sus avances relacionados, nada mejor que recuperar la estructura de los cinco objetivos planteados al inicio del proyecto:

- a) el primero de los objetivos planteados buscaba indagar en la flexibilidad de la idea de Estado social y analizar la incidencia de la interpretación

2 Del estudio de la Administración instrumental se ha ocupado principalmente quien suscribe durante el desarrollo del Proyecto. Se han estudiado distintos modelos de organización, sin eludir el debate de la relevancia de la personificación jurídica a efectos de la prestación de servicios. Sobre eso son reseñables muy recientes aportaciones del Tribunal Constitucional, en la STC 84/2015, de 30 de abril, y en la aún más actual, STC de 3 de marzo 41/2016, y en la doctrina contribuciones como la de Gamero Casado, E., *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Comares, Granada, 2015, en particular pp. 59-70.

3 En este último punto resultan de referencia indispensable las aportaciones del profesor Ezquerro sobre la concertación social.

4 Sobre el rol de las Comunidades Autónomas en la prestación de servicios sanitarios a extranjeros en situación administrativa irregular hemos tenido ocasión de ser ilustrados de manera una magistral por el profesor Lasagabaster. Sobre la reordenación de las competencias municipales, en especial en materia de servicios sociales, de nuevo debe hacerse referencia a la aportación del profesor Ezquerro.

5 Cfr. contribución del profesor Tolivar.

6 En particular sobre la situación de los centros educativos de las “alas” territoriales del territorio asturiano, por parte de la profesora Cueto Pérez.

7 Por lo que no es de extrañar que algunos miembros del equipo investigador de este proyecto, y en particular la profesora Cueto Pérez, sean también colaboradores del proyecto europeo titulado *Constraints and Contradictions of European Citizenship* (referencia UE-13-BEUCITIZEN-3202941). En particular sobre la ausencia de un espacio sanitario común en Europa puede verse Pérez Gálvez, J.F. (dir.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015, especialmente pp. 2-7.

constitucional de los principios rectores, del 9.2 y del 53.3 de la Constitución y del principio *rebus sic stantibus* cuando un verdadero estado de necesidad o situación excepcional derivada de la crisis impide alcanzar los objetivos loables de reducción de desequilibrios y en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos.

Estos artículos y las pautas que el Estado Social de la Constitución española impone, han sido efectivamente analizados por la profesora Menéndez Sebastián, junto con otros preceptos como los artículos 1, 2, 10, 14, 31, 40 o 135 de la Carta Magna.

b) en segundo lugar, se presentaba como objetivo el analizar en profundidad la evolución del concepto mismo de servicio público y la introducción por efecto de la Unión Europea y del mercado único europeo, de nuevos términos como servicio de interés general y servicio universal.

En ello ha incidido el trabajo del profesor Junceda Moreno, con una contribución en estas mismas páginas sobre el efecto de la Directiva 123/2006 en materia de servicios sociales. También el profesor Tolivar Alas ha señalado el proceso de construcción de nociones como la de “servicio esencial”, los vaivenes en la adjetivación de los servicios⁸ e incluso en la misma sustantivación⁹, o el reciente reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de la existencia de ciertos servicios “típicamente” municipales¹⁰.

c) otro de los objetivos buscados tenía que ver con el estudio de los modelos organizativos que mejor pueden conseguir optimizar las prestaciones esenciales del Estado de bienestar (educación y sanidad) y analizar su incidencia en los mecanismos gestores, en el modelo de función pública y en los medios materiales.

Además del enfoque propio de derecho comparado, histórico y doctrinal que se ha materializado en publicaciones diversas, las jornadas que ahora se comentan han servido para poner de manifiesto ciertos efectos de la contractualización de la asistencia sanitaria, y de cómo en particular la existencia de un contrato de concesión de obra pública en hospitales podría poner en riesgo, aunque el Tribunal Constitucional por el momento no lo haya censurado, ya no sólo el principio de atención integral del paciente, sino también la labor de los propios profesionales sanitarios¹¹. La profesora Cueto Pérez puso el foco además sobre la consideración ciudadana como auténticos “privilegiados” de

8 En relación con el servicio público hospitalario en el Derecho comparado, cfr. Boto Álvarez, A., “Solidaridad y justicia social en Francia para grupos especialmente vulnerables: medidas recientes en materia de salud, envejecimiento, infancia y extranjería”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42, 2016.

9 Con clásicos servicios que pasan a ser positivamente configurados sólo como meras actividades.

10 <http://www.administracionpublica.com/me-quedo-con-cuatro-palabras-a-proposito-de-la-stc-de-3-de-marzo-de-2016/>.

11 Tolivar Alas, L., “Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios”, *Derecho y salud*, vol. 15, Extra 1, 2007, pp. 43-62.

los empleados públicos en relación con los recortes de todo orden en el ámbito educativo.

d) el cuarto objetivo perseguía diseccionar la Constitución y buscar nuevas interpretaciones que, siendo garantistas para los ciudadanos contribuyan a una reducción del déficit público; sin ignorar la conveniencia de actualizar el texto constitucional para hacerlo más eficiente en lo tocante a la gestión de prestaciones esenciales y emblemáticas, cuya calidad y universalidad debe primar sobre razones estrictamente competenciales.

Este era seguramente el más ambicioso de todos los objetivos y se ha manifestado con la puesta en relación, por ejemplo, de la asistencia sanitaria con derechos fundamentales como la integridad física o en la discusión de cómo se deben entender imbricadas las competencias de intervención de las Comunidades Autónomas en materia sanitaria, por parte del profesor Lasagabaster, o en cuestión de servicios sociales por parte del profesor Ezquerro. Sobre justicia social, reversibilidad de derechos fundamentales y la necesidad de una reforma ha tratado en particular la profesora Menéndez, suscitándose interesantes intervenciones en el auditorio con ocasión del debate posterior.

e) a modo de cierre y síntesis, el quinto y último objetivo pretendía proponer los modelos jurídicos que puedan optimizar la prestación de los servicios esenciales, una vez redimensionados estos a la vista de la eventual concepción flexible del Estado del bienestar, y teniendo en cuenta tanto la incidencia de la distribución territorial en la prestación de servicios como la definición del *quantum mínimo* del contenido de la prestación.

La doctrina constitucional ha sido aquí de nuevo referente indiscutible, con la censura del modelo de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid por parte del Tribunal Constitucional y su análisis a cargo del profesor Tolivar Alas¹². Sobre las propuestas de reorganización gestora, competencial y contractual han versado todas las ponencias y aquí de nuevo la motorización legislativa (culminada en las nuevas Leyes de procedimiento administrativo y régimen jurídico) corrobora la vitalidad del proyecto.

Como creo que ha quedado expuesto, el interés y actualidad del tema objeto de este proyecto no está ni mucho menos agotado. Por eso no es extraño que tengamos ya a la vuelta de la esquina otro nuevo reto, también con financiación nacional, que llevará al mismo equipo investigador a estudiar estas y otras cuestiones, bajo el título “Respuestas jurídicas ante los riesgos derivados de las transformaciones en la Administración: demandas sociales y protección del e-ciudadano”. No sabemos si la crisis económica nos está o no abandonando de forma definitiva, pero otra crisis y nuevas brechas, como las tecnológicas, requieren también de atención. Para tal empresa el equipo de

12 En relación con este tema puede consultarse también Palomar Olmeda, A., “Gestión privada de los hospitales en la Comunidad de Madrid: un análisis desde la perspectiva del caso concreto y de la doctrina de los pronunciamientos judiciales” en Pérez Gálvez, *cit.*, pp. 217 y ss.

trabajo cuenta con nuevos miembros, que además aportarán una visión multidisciplinar. Espero también que nos dé la oportunidad de seguir en contacto con colegas como los profesores Lasagabaster y Ezquerro, a quien sólo me queda agradecer su colaboración y deferencia para con este equipo investigador, este proyecto y la Universidad de Oviedo en general.

