

JORGE CASTILLO ABELLA

LOS SERVICIOS DE CUIDADOS INTEGRALES

**El Derecho público de los servicios
a personas especialmente vulnerables
en hospitales y residencias de mayores**

Prólogo de
Francisco Velasco Caballero

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2024

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	15
PRÓLOGO , <i>por Francisco Velasco Caballero</i>	17
NOTA PREVIA	27
ABREVIATURAS	29
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	37
I. LOS SERVICIOS DE CUIDADOS INTEGRALES COMO OBJETO DE ESTE ESTUDIO.....	37
1. La noción de servicios de cuidados integrales.....	37
2. Formas de organización de los SCI.....	41
3. Hipótesis.....	44
II. RASGOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	45
1. El Derecho alemán como término de comparación.....	45
2. El empleo de tipos como instrumento metodológico.....	47
3. La comparación de tipos mediante aspectos de su régimen jurídico.....	49
CAPÍTULO II. FUNCIONES, SUJETOS, TIPOS ORGANIZATIVOS Y RELACIONES EN LA PRESTACIÓN DE SCI	51
I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	51
II. FUNCIONES EN EL SISTEMA DE SCI.....	52
1. Tipología y delimitación de funciones.....	52
2. Funciones nucleares.....	53
2.1. Función garante o configuradora.....	54

	Pág.
2.2. Función aseguradora.....	54
2.3. Función prestadora	56
3. Funciones complementarias.....	56
3.1. Función planificadora.....	57
3.2. Función de control.....	59
III. SUJETOS RELEVANTES EN EL SISTEMA DE SCI	59
1. Sujetos estatales	60
1.1. Nivel estatal.....	60
1.1.1. Seguridad Social española.....	60
1.2. Nivel regional.....	61
1.3. Nivel local	63
1.3.1. Entidades locales españolas	63
1.3.2. Comarcas y ciudades independientes en Alemania.....	64
1.4. <i>Kranken- y Pflegekassen</i>	66
2. Sujetos extraestatales	70
2.1. Entidades aseguradoras privadas.....	71
2.2. Organizaciones religiosas.....	71
2.3. Entidades prestadoras privadas con ánimo de lucro.....	73
2.4. Entidades prestadoras privadas sin ánimo de lucro.....	74
2.5. Asociaciones de hospitales y residencias	75
IV. TIPOS ORGANIZATIVOS EN LA PRESTACIÓN DE SCI	75
1. Utilidad de la clasificación tipológica.....	75
2. Identificación y gradación de los tipos organizativos	77
2.1. Gestión pública.....	77
2.1.1. Centros monosubjetivos	77
2.1.2. Centros plurisubjetivos.....	78
2.2. Gestión mixta	79
2.2.1. Formas de gestión indirecta de SCI y aplicación de la normativa de contratos del sector público.....	80
2.2.2. Acción concertada	84
2.2.3. Contrato público de servicios.....	88
2.2.4. Concesión de servicios.....	93
2.2.5. Mercado regulado.....	95
2.3. Gestión privada.....	99
V. CONSTELACIONES MULTIPOLARES Y TIPOS ORGANIZATIVOS... 100	100
1. Sujetos en la prestación de SCI.....	100
2. Relaciones multipolares en la prestación de SCI.....	100
VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	104

	Pág.
CAPÍTULO III. DENSIDAD REGULATIVA EN LOS TIPOS ORGANIZATIVOS DE SCI.....	107
I. CONFORMACIÓN DE LA PRESTACIÓN	108
1. Teoría de las formas, procedimiento administrativo y relación jurídico-administrativa	108
2. Actividad material y actividad informal.....	111
3. Actividad conformadora.....	113
3.1. En centros públicos	113
3.2. En el resto de los tipos organizativos	114
II. INSTRUMENTOS REGULATIVOS.....	115
1. Densidad regulativa y margen de conformación.....	115
2. Instrumentos regulativos normativos	117
3. Instrumentos regulativos no normativos	118
III. DENSIDAD REGULATIVA Y MARGEN DE CONFORMACIÓN EN LOS DISTINTOS TIPOS ORGANIZATIVOS DE SCI	120
1. En el tipo organizativo de la gestión pública	120
2. En el tipo organizativo de la gestión mixta.....	122
3. En el tipo organizativo de la gestión privada.....	123
IV. CONFORMACIÓN DE LA PRESTACIÓN MÁS ALLÁ DE LOS INSTRUMENTOS REGULATIVOS: ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTO	124
1. Normas organizativas y procedimentales para la prestación de SCI	125
2. Las normas sobre el personal como elemento conformador de la prestación.....	127
2.1. La importancia del personal en la prestación de SCI	127
2.2. Normas referidas al personal prestador de SCI.....	128
V. CONCLUSIONES SOBRE DENSIDAD REGULATIVA.....	130
CAPÍTULO IV. EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS SCI.....	133
I. CONSIDERACIONES GENERALES	133
II. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL USUARIO.....	135
1. Frente al sujeto garante o configurador.....	137
2. Frente al sujeto asegurador	140
3. Frente al sujeto prestador	141
3.1. Frente al sujeto prestador público: la inutilidad dogmática de la relación especial de sujeción.....	141
3.2. Frente al sujeto prestador privado: la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (<i>Drittwirkung</i>).....	144
3.3. Prestadores de SCI y dimensión objetiva de los derechos fundamentales.....	148

	Pág.
3.4. Tres breves ejemplos de conflicto con derechos fundamentales del usuario	150
4. Los ajustes razonables en el marco de los SCI	154
III. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SUJETO PRESTADOR	157
1. Frente al sujeto garante o prestador mediato.....	159
1.1. Libertad religiosa.....	159
1.2. Libertad de empresa	160
2. Frente al usuario.....	161
2.1. Libertad religiosa.....	161
2.2. Libertad de empresa	163
IV. CONCLUSIONES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES	164
CAPÍTULO V. CONTROLES SOBRE SCI	167
I. CONCEPTO DE CONTROL.....	168
II. CONTROLES PREVIOS Y CONTROLES POSTERIORES	172
III. CONTROLES PREVIOS	173
1. Autorizaciones.....	173
1.1. La autorización en el sistema de SCI	173
1.2. Autorizaciones de operación	174
1.2.1. Autorización de instalación	174
1.2.2. Autorización de funcionamiento	176
1.2.3. Autorizaciones de operación en el Derecho alemán.....	178
2. Acreditaciones.....	181
2.1. Concepto de acreditación	182
2.1.1. Acreditación y certificación.....	182
2.1.2. Homologación	184
2.1.3. Admisión y autorización: lo que la acreditación no es.....	185
2.2. Aspectos configuradores de la acreditación.....	185
2.3. <i>Zulassung</i>	189
2.3.1. La <i>Zulassung</i> en los SCI alemanes.....	189
2.3.2. <i>Zulassung versus</i> admisión <i>versus</i> acreditación.....	191
IV. CONTROLES POSTERIORES.....	195
1. Declaraciones responsables y comunicaciones.....	195
2. La inspección de SCI	196
2.1. La relación jurídica de control como marco de la inspección.....	196
2.1.1. Breve caracterización de la relación jurídico-administrativa	196
2.1.2. La relación jurídico-administrativa de control	198
2.2. Facultades de inspección.....	199
2.2.1. Facultades generales.....	200

	Pág.
2.2.2. Facultades especiales.....	202
2.2.3. Controles financieros.....	208
V. CONCLUSIONES SOBRE CONTROLES.....	210
CAPÍTULO VI. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN LOS SCI.....	213
I. CONSIDERACIONES GENERALES	213
II. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA PRESTACIÓN MATERIAL DEL SCI.....	214
1. Tipos organizativos con responsabilidad administrativa.....	214
1.1. Elementos de la responsabilidad administrativa por la prestación material de los SCI.....	215
1.1.1. Servicio público y daño antijurídico	215
1.1.2. Nexo causal	216
1.1.3. Títulos de imputación.....	221
1.2. Ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad administrativa.....	227
1.2.1. Administración y entidades vinculadas o dependientes	227
1.2.2. Sujetos privados prestadores en el sistema público de SCI y responsabilidad administrativa en España	228
2. Tipos organizativos con responsabilidad civil	235
3. Aspectos procesales de la reclamación de responsabilidad.....	236
III. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE CONTROL DE LOS SCI	240
1. Responsabilidad administrativa por controles previos.....	240
2. Responsabilidad administrativa por controles posteriores.....	241
IV. CONCLUSIONES SOBRE RESPONSABILIDAD.....	244
CAPÍTULO VII. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LOS SCI.....	247
I. ASPECTOS FINANCIEROS MACRO- Y MICROECONÓMICOS	248
1. Aspectos macroeconómicos: la financiación del sistema.....	248
2. Aspectos microeconómicos: la financiación de los centros	250
2.1. Financiación de instalaciones y financiación de servicios	250
2.1.1. Concepto de costes de inversión	251
2.1.2. Concepto de costes de operación	253
2.2. Requisitos para la financiación de costes	254
2.2.1. Financiación de costes en el sistema de responsabilidad pública.....	254
2.2.2. Financiación de costes en la gestión privada	261
2.3. Sistemas de pago	262
2.4. Financiación de servicios hospitalarios.....	264

	<u>Pág.</u>
2.5. Financiación de servicios residenciales.....	268
II. CONTRAPRESTACIÓN ABONADA POR EL USUARIO.....	271
1. Calificación jurídica de la contraprestación: naturaleza.....	272
2. Contraprestaciones en el ámbito hospitalario	277
3. Contraprestaciones en el ámbito residencial.....	278
4. Consecuencias de la calificación de la contraprestación abonada por el usuario	281
III. ASPECTOS CONTABLES DE LA ORGANIZACIÓN DE SCI.....	282
IV. CONCLUSIONES SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO.....	284
BIBLIOGRAFÍA.....	289

AGRADECIMIENTOS

Esta monografía tiene su origen en la tesis doctoral que defendí el 17 de abril de 2023 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid ante un tribunal compuesto por los profesores José María Rodríguez de Santiago, M. Mercè Darnaculleta Gardella y Martin Ibler. A ellos les agradezco sinceramente haber evaluado mi trabajo y los comentarios que me formularon en la defensa, que sin duda han enriquecido el resultado que el lector tiene en sus manos. Igualmente, agradezco a los profesores Héctor Santaella Quintero y Martin Heidebach sus informes sobre mi tesis doctoral y que permitieron que obtuviera la mención internacional.

A mis directores de tesis, los profesores Francisco Velasco Caballero y Silvia Díez Sastre, les debo un profundo agradecimiento, por diversas razones que trascienden de su certera supervisión de la tesis doctoral y de su continuo apoyo, ejemplo y magisterio. Gracias a ellos he tenido la suerte de integrarme en un entorno académico extraordinariamente estimulante, moderno y riguroso, y de iniciar mi carrera universitaria inmerso en un grupo inmejorable de iuspublicistas. Al profesor Velasco le debo, además, haberme dado la oportunidad de iniciarme en la investigación académica y haber despertado mi interés, aún durante mi etapa como estudiante, en el Derecho administrativo.

Un agradecimiento especial merece también el profesor Martin Burgi, quien durante casi dos años me acogió en su cátedra de la Universidad de Múnich. La calidez de la acogida y la atención que me prestó, sumadas al excelente ambiente académico de la Facultad de Derecho de esa universidad, me permitieron no solo integrarme plenamente en la vida universitaria alemana, sino también completar mi investigación doctoral e incluir un análisis comparado con el Derecho alemán. Mi agradecimiento al profesor Burgi se extiende más allá del periodo

temporal de la estancia y de la elaboración de la tesis doctoral, pues más allá de ambos se ha extendido (y extiende aún) también su apoyo.

Por mucho que sea un adagio común en el ámbito académico afirmar que la etapa doctoral está marcada por la soledad, he tenido la fortuna de no haberme sentido solo en prácticamente ningún momento. Esto ha sido, sin duda, gracias a la compañía y el apoyo de los colegas de la UAM y de la Universidad de Múnich. El agradecimiento nominal a todos ellos haría este apartado excesivamente extenso, por lo que me limito a mencionar a algunos de ellos: Diego Díez Palacios, Héctor Domínguez Benito, Alfonso Esteban Miguel, Luis Gordo González, Antonio Manuel Luque Reina, Félix Daniel Martínez Laguna, Víctor Sánchez del Olmo, Florian Rast y Sofia Simou.

El mayor agradecimiento se lo debo a mi familia. En especial, a mi hermano Javier, por estar ahí siempre, y a mis padres, Inés y Antonio, por todo. *Dafür, dass sie mich nicht nur während meiner Promotionszeit in Deutschland, sondern auch darüber hinaus noch heute in Spanien begleitet, bin ich Klara unendlich dankbar.*

Por último, agradezco a la editorial Marcial Pons la publicación de esta monografía y al profesor Rodríguez de Santiago la invitación a presentarla para su evaluación y publicación en esta colección. La tesis doctoral y, por tanto, también esta obra se han elaborado gracias a un contrato predoctoral financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (BES-2017-080636) en el marco del proyecto I+D «Aging Cities» (Ciudades Envejecidas) (DER2016-75987-R).

PRÓLOGO

Tengo la suerte de que los pocos prólogos que escribo no necesitan suplir, completar o rectificar el libro prologado. Tampoco necesitan ninguna alabanza. Son libros que se presentan y defienden solos. Y si en ellos escribo una presentación es porque en el momento de la publicación afloran emociones que, en la tradición académica, canalizamos precisamente a través de un prólogo. Aclarado esto, bien podría acabar aquí esta presentación. Me bastaría con decir que el libro que sigue es de un enorme rigor académico, y que contiene propuestas novedosas y útiles para el estudio y la gestión de los servicios públicos y privados regulados. Pero después de cinco años contemplando cómo se escribía este libro, parece que debo acompañar un poco más al doctor Castillo en la presentación pública de su primer libro. Y es que este libro cierra un largo proceso de investigación doctoral orientado, en la UAM, por Silvia Díez Sastre, Chema Rodríguez de Santiago y yo mismo; y en la LMU de Múnich, por nuestro colega Martin Burgi.

I.

Cada servicio público admite diversas formas de organización y gestión. Dada la singularidad de cada servicio público (por su propio objeto, las personas a las que involucra y su estructura financiera) podría pensarse *a priori* que las decisiones organizativas son procedimentalmente muy complejas; y que descansan sobre enormes bases de datos, informes y análisis. Sin embargo, esto no es siempre así. Las decisiones primarias sobre la organización y gestión de los servicios públicos suelen guiarse por *patrones políticos o ideológicos generales*, más que por datos estadísticos y por estudios comparativos sobre las distintas opciones disponibles.

Así, en la década de los años ochenta del siglo xx, y en un contexto argumental claramente liberal, se expandieron los dogmas de la *privatización sustantiva* y de la *externalización gestora* de los servicios públicos, por la mayor eficiencia relativa de las empresas privadas. Se aceptó con facilidad que las empresas privadas podían sustituir por completo —o casi por completo— a los prestadores públicos de servicios. Bastaba para ello con que el interés general residente en aquellos servicios se garantizara mediante instrumentos regulatorios (en el caso de la privatización sustantiva) o mediante instrumentos contractuales (en el caso de la externalización). Poca atención se prestaba al objeto y fin de cada concreto servicio; a los sujetos involucrados en cada servicio; a la mayor o menor necesidad de control administrativo en cada caso; a las consecuencias económico-financieras de cada concreta privatización o externalización.

En aquel contexto privatizador y externalizador se sostuvo —con notable éxito político— que la prestación directa de los servicios públicos más costosos (educación, sanidad y servicios sociales) podía ser sustituida por empresas privadas que actuaran *en competencia*, donde el destinatario del servicio pudiera elegir al prestador material del servicio, quien, a su vez, sería retribuido total o parcialmente por la Administración. Estas propuestas, muchas de ellas llevadas a la realidad, descansaban sobre previos estudios económicos y de gestión. En el ámbito político y académico se formularon contundentes objeciones a este modelo de *choice and competition*. Se habló de la inexistencia de elección real para muchos ciudadanos: por su lugar de residencia, por falta de información y/o capacidad electiva, o por falta de interés de las empresas prestadoras en determinados usuarios. También se objetó el posible incremento de los costes en esta forma de provisión de servicios públicos, porque la Administración aún tenía que ser un operador relevante en el sistema (como regulador, controlador, financiador y prestador subsidiario), con lo que los pagos a las empresas proveedoras no eran los únicos costes del sistema. Todas estas objeciones se respondieron en clave económica y gestora¹. Esto es, sugiriendo ajustes que atajaran las objeciones, aunque muchas veces sin percibir que los propios ajustes, como la mejora de la información y capacidad de elección de los usuarios, o como los incentivos económicos para que las empresas prestadoras se localizaran en barrios marginales o en áreas rurales, suponían un *nuevo coste* para la Administración. Poca atención se prestó entonces a que determinados servicios públicos básicos, como los servicios de «cuidados integrales» a los que se refiere el libro del doctor Castillo, presentan rasgos fácticos y jurídicos muy singulares que dificultan la importación de formas gestoras de servicios ensayadas con aparente éxito en otros sectores y servicios (como los transportes, las funerarias o los suministros energéticos).

En tiempos más recientes, y con mucha menor relevancia, también hemos asistido al viaje de vuelta. En la pasada década, algunos grandes ayuntamientos

¹ Por todos: Julian LE GRAND, *The Other Invisible Hand. Delivering Public Services through Choice and Competition*, Princeton University Press, 2007, p. 83.

de España optaron por la *reinternalización gestora* de algunos servicios públicos municipales. En especial, el servicio de abastecimiento domiciliario de agua². Pero, igual que en década de los ochenta del siglo xx, también ahora la reinternalización respondía a patrones políticos e ideológicos generales. Y, también como en la década de los ochenta, poca atención se prestó a las características específicas (fácticas y jurídicas) de cada servicio público: la posición jurídica de los destinatarios en cada servicio público; las obligaciones de los prestadores privados; el régimen de financiación y presupuestario; las obligaciones de planificación y control de la Administración respecto de servicios externalizados; o la diferente responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con cada forma de gestión del servicio.

Tanto en el viaje de ida (privatizaciones y externalizaciones) como en el de vuelta (reinternalizaciones) el Derecho administrativo ha sido un pasajero de tercera. Se ha limitado a informar sobre los procedimientos necesarios para privatizar, externalizar o reinternalizar los servicios. Y a advertir de los posibles riesgos indemnizatorios (por costes de transición a la competencia, por resolución anticipada de contratos o por subrogaciones en contratos de trabajo). Poco interés ha habido en saber cuál es la situación jurídica de los receptores de los distintos servicios públicos, en función de su forma de organización y gestión; cuál es la relación jurídica entre el prestador del servicio y su receptor; cómo se individualiza el coste del servicio, y con qué garantías para los usuarios; en qué posición queda la Administración, cuando no gestiona un servicio público, pero sigue siendo garante o responsable de su correcta prestación; y en qué medida el coste económico de esa eventual posición de garante es asumido —o no— por la empresa prestadora del servicio. Son, todas estas, preguntas eminentemente jurídicas, que no se resuelven solo comparando los costes finales de producción y provisión de las distintas formas organizativas de los servicios.

El resultado descrito no es atribuible solo a los contextos en los que frecuentemente se adoptan las decisiones políticas: frenéticos, simplificados, condicionados por la inmediatez de la opinión pública, con asesoramiento de personal no experto. También los académicos tenemos nuestra parte de culpa. Porque, con pocas excepciones, no hemos elaborado un *mapa de los factores jurídicos relevantes*, a la hora de decidir sobre la organización y gestión de los servicios públicos. Solo nos hemos sentido interpelados a identificar algunos posibles límites jurídicos sobre algunas concretas formas organizativas o de gestión. Salvo error, no me consta que ningún estudio académico haya presentado sistemática y comparativamente los componentes jurídicos de cada opción organizativa y para cada tipo de servicio público. Solo hemos señalado tal o cual problema jurídico en torno a una concreta opción organizativa. Así, por ejemplo, ha sido mucho el análisis jurídico sobre el carácter contractual de los conciertos de ser-

² Julia ORTEGA BERNARDO, María DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9 (2015), pp. 63-96.

vicios sociales, y sobre su compatibilidad con la legislación europea y española de contratos públicos³. Pero poco análisis comparativo ha habido sobre las diversas consecuencias jurídicas que resultan de optar, como forma de gestión, por el concierto, el contrato de servicios, el contrato de concesión de servicios, o la gestión directa (por órgano administrativo, organismo personificado o entidad jurídico-privada instrumental).

Muy distinto es el planteamiento de fondo que vertebra el libro del doctor Castillo Abella. Centrándose en dos servicios públicos (el de atención hospitalaria y el de cuidado de personas mayores en residencias) identifica varias formas posibles de gestión y varias cuestiones jurídicas relevantes para cada una de ellas. A esto último lo califica como «aspectos» (que, en realidad, pueden considerarse «indicadores») jurídicos de cada forma de gestión. Es precisamente la formación de un *catálogo previo y fijo de indicadores jurídicos* lo que permite la comparación entre las distintas formas organizativas o de gestión en los dos servicios públicos ya señalados. Y lo que permite, también, una *comparación sistemática* entre las respuestas del Derecho español y el Derecho alemán. Todo este planteamiento, en sí mismo sencillo y asequible, está rodeado de varias opciones metodológicas más complejas, a las que me refiero a continuación.

II.

El libro se refiere a dos servicios de cuidados integrales, los hospitalarios y los asistenciales en residencias de mayores. Por definición, toda propuesta científica se formula a partir de una *realidad concreta y acotada*. La delimitación de este ámbito de la realidad —que en el caso del Derecho son las normas que dirigen la conducta de las personas y los órganos públicos— ha de ser precisa y coherente. De lo contrario, los enunciados teóricos resultantes de la investigación serían erróneos (al tratar de explicar realidades ontológicamente distintas)⁴ o poco útiles, porque la incoherencia del ámbito empírico seleccionado solo permitiría conclusiones o enunciados muy abstractos o genéricos, y con ello inútiles⁵. Pues bien, aunque los dos servicios que analiza el libro (los hospitalarios y los asistenciales en residencias de mayores) son distintos, en ambos casos están presentes varios factores comunes que justifican el tratamiento conjunto y la comparación. En ambos servicios, las personas que reciben las prestaciones

³ Por ejemplo, María Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales», en María Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ y María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 71-133.

⁴ Claus-Wilhelm CANARIS, *Función estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1995 (traducción por José Luis de Castro del original alemán, de 1993), p. 71.

⁵ Silvia Díez SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 26.

están —en mayor o menor medida— *institucionalizadas*⁶. Disponen de una autonomía personal muy limitada. Son vulnerables. Dependen de los profesionales del servicio para casi cualquier actividad vital. Esta realidad se condensa en el concepto de «cuidados integrales», que propone el propio autor. De la situación fáctica descrita resultan múltiples consecuencias jurídicas encadenadas. En primer lugar, los derechos fundamentales de los residentes (hospitalarios o en residenciales asistenciales) son especialmente vulnerables. Y de ahí deriva, también, que la Administración siempre haya de estar muy presente en el funcionamiento del servicio, incluso cuando no sea la prestadora. Normalmente, como reguladora y controladora. Y frecuentemente, también como financiadora. Todas estas singularidades encadenadas sirven para mostrar que, a la hora de optar por una forma de gestión, las consideraciones ideológicas o el siempre análisis de eficiencia resulta insuficiente. Para decidir la forma de gestión de los servicios de «cuidados integrales» es necesario atender a sus singularidades fácticas y jurídicas. De este modo, aunque en principio están disponibles todas las posibles formas de gestión directa o indirecta, no todas son por igual idóneas. O, al menos, las distintas formas de gestión indirecta han de incorporar elementos característicos de la gestión administrativa directa.

Una vez seleccionado el objeto del estudio, para su ejecución se adoptan varias *opciones metodológicas* determinantes, como son la atracción de instrumentos de análisis de otras disciplinas académicas y la comparación. En nuestros días, es frecuente apelar a la interdisciplinariedad y la comparación como retos pendientes para la investigación jurídica⁷. Pero, hasta ahora, hemos dedicado más tiempo a teorizar esta necesidad que a satisfacerla⁸. No es el caso de este libro. En él se introducen instrumentos analíticos comunes en otras ciencias sociales (como los tipos, los aspectos-indicadores y las constelaciones de sujetos) y se contiene una comparación estructural entre el Derecho español y el Derecho alemán. Enseguida me refiero a ambas opciones metodológicas.

En primer lugar, el estudio de Jorge Castillo se sirve de varios *tipos ideales* sobre la organización de los servicios de cuidados integrales. De entrada, se proponen tres tipos organizativos básicos (gestión pública, gestión mixta y gestión privada). A partir de ahí se utilizan varios subtipos de gestión pública (centros monosubjetivos y centros plurisubjetivos) y varios subtipos de «gestión mixta»: gestión indirecta (por concierto social, contrato de servicios o concesión de servicios) y provisión de servicios mediante mercado regulado. La metodología tipológica que vertebra el libro es un instrumento de abstracción muy cultivado

⁶ José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007), *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, p. 181.

⁷ Martin BURGI, «Intradisziplinarität und Interdisziplinarität als Perspektiven der Verwaltungsrechtswissenschaft», *Die Verwaltung*, núm. 12 (2017), pp. 33-64 (p. 34).

⁸ Mi crítica, en este sentido, en mi recensión al libro: Wolfgang KAHL y Markus LUDWIGS (Hrsg.), «Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts», *Die Verwaltung*, núm. 1/2022, pp. 123-154.

en la ciencia política desde Max Weber⁹, desde donde luego ha pasado a la ciencia jurídica y otras ciencias sociales. Mediante estos tipos se pueden simplificar realidades complejas en las que están presentes múltiples elementos, pero que en cada concreto tipo aparecen de una forma o con una relevancia distinta. Los tipos no son categorías analíticas puras, admiten en su seno elementos dispares y parcialmente incoherentes¹⁰. Los tipos utilizados en el libro son *ideales*, no solo empíricos. No se limitan a expresar las realidades más frecuentes o medias (esto es, típicas), sino que contienen un mayor grado de abstracción respecto de la realidad, creando modelos (tipos ideales) que no se corresponden con ninguna realidad concreta, aunque parten de ella, facilitan su entendimiento y, finalmente, pretenden modelarla o reconfigurarla¹¹.

En segundo lugar, el análisis de los servicios de cuidados integrales se ordena a través de un catálogo previo y fijo de «aspectos de su régimen jurídico» con los que se analiza cada opción organizativa: la densidad regulativa; la eficacia de los derechos fundamentales; los controles administrativos; la responsabilidad patrimonial; el régimen económico. A través de este panel de indicadores jurídicos se analizan las distintas opciones organizativas disponibles (públicas, mixtas y privadas). La ordenación del análisis a través de un catálogo de «indicadores» jurídicos trae a la investigación jurídica una metodología muy presente en otras *ciencias sociales*, como la sociología, la economía y la ciencia política. Estas ciencias sociales, en su continua aproximación a las ciencias naturales, han ido incorporando instrumentos metodológicos empíricos que permiten captar la realidad que luego es objeto de análisis. Entre estos instrumentos metodológicos se cuenta la formulación de un panel de indicadores con los que medir y valorar fenómenos sociales. Siguiendo este patrón, podemos hablar de indicadores jurídicos como aquellas cuestiones o aquellos ámbitos en los que, para un concreto sector de la realidad, existe una respuesta relevante del ordenamiento jurídico. De esta manera, a través de los indicadores podemos conocer y comparar los tipos organizativos para la prestación de cuidados integrales. En nuestro caso, habiéndose seleccionado los servicios hospitalarios y residenciales como objeto de la investigación, el catálogo de indicadores señala a qué concretos ámbitos y cuestiones jurídicas se va a prestar atención. Es a través de este panel de indicadores como se pueden comparar jurídicamente las distintas opciones prestacionales y señalar cuáles son sus ventajas relativas. Apurando este planteamiento metodológico hasta sus últimas consecuencias, aún sería posible asignar valores numéricos a cada regulación jurídica, mostrando su mayor o menor adecuación al fin de interés general que justifica la existencia de cada

⁹ Max WEBER, *La «objetividad» del conocimiento en la ciencia social y en la política social*, 2.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2017 (traducción del original alemán de 1904 por Joaquín Abellán), p. 104.

¹⁰ Silvia Díez SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 126.

¹¹ Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., Springer Verlag, Berlín, 1991, p. 463.

servicio público. Pero, por ahora, solo el análisis económico del Derecho se ha adentrado en ese espacio metodológico¹², y no está claro que los resultados hayan sido los esperados. Resulta prudente, por lo tanto, utilizar los indicadores de una forma limitada, únicamente para señalar comparativamente cuáles son las ventajas, problemas o riesgos que resultan de la regulación jurídica de cada forma de gestión de cada servicio público. Aquí los indicadores de medición son *cualitativos y analíticos*¹³, pero no por ello dejan de ser indicadores idóneos para la evaluación comparativa de las diversas formas jurídicas de organización y prestación de los cuidados integrales.

Otra opción metodológica distintiva, en el libro de Jorge Castillo, es la atención a los distintos *sujetos* que intervienen en cada forma organizativa. También en este punto se observa una apertura metodológica hacia la ciencia política y la sociología. En la primera parte de libro se identifican los posibles sujetos presentes en cada forma de gestión de los servicios de cuidados integrales. Estos sujetos se caracterizan por la función que cumplen en cada tipo organizativo. Una vez enunciadas las distintas funciones presentes en cada tipo organizativo (función garante o configuradora; función aseguradora; función prestadora; función planificadora; función de control) se presta atención a cuál es el sujeto (público o privado) que cumple cada función. El análisis de un ámbito de la realidad a través de los sujetos que actúan en ella es un planteamiento metodológico común tanto en la sociología (donde es central la identificación de los distintos *roles* sociales en cualquier objeto de análisis) como en la ciencia política, donde es determinante la identificación de cuáles son los «actores políticos» relevantes en cada caso. Con afán analítico, también el libro de Jorge Castillo presenta desde el inicio el catálogo de sujetos involucrados en los servicios de cuidados integrales, catálogo que luego se utiliza sistemáticamente en cada indicador, como instrumento comparativo de segundo nivel. Esto es, dentro de cada indicador (responsabilidad, financiación, vigencia de derechos fundamentales, etc.) se presta atención a la posición que ocupa cada sujeto concernido (prestador, planificador, asegurador, garante, controlador, financiador).

La atención deliberada a los distintos sujetos involucrados en cada servicio conduce a una comprensión *multipolar* de los distintos servicios. Tradicionalmente, tomando como referencia el contrato civil, el concepto de relación jurídica se ha construido de forma bipolar. Este planteamiento, inicialmente presente en la Pandectística, se extendió al Derecho administrativo desde principios del siglo xx. De esta manera, igual que el negocio jurídico privado daba lugar a relaciones jurídicas bilaterales, también su correspondiente jurídico-público (el acto administrativo) daba lugar relaciones jurídico-administrativas bilaterales. Y en estas relaciones difícilmente encajaban otros sujetos, terceros respecto de

¹² Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 195 (2014), pp. 99-133 (p. 108).

¹³ Miryam C. GONZÁLEZ-RABANAL, *Los indicadores como herramienta de evaluación de los programas sociales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 72.

la relación jurídica por definición binaria. En la década de los años ochenta ya se percibió la insuficiencia explicativa y dogmática de este modelo único de relación jurídica, y comenzó a teorizarse la relación jurídico-administrativa multipolar¹⁴. En ella, distintos sujetos defienden diversos intereses, y las posiciones de derecho y deber de cada uno se definen respecto de todos los demás, no solo de una contraparte. Este concepto jurídico se muestra muy útil, en el libro del doctor Castillo, para valorar en qué medida cada forma organizativa de los servicios de cuidados integrales distribuye de forma equilibrada y eficiente distintas tareas a distintos sujetos.

La última consideración metodológica se refiere a la *comparación jurídica*. Todo el libro, para los dos servicios públicos que trata y en relación con todos sus indicadores, está elaborado a partir de dos ordenamientos jurídicos: el español y el alemán. Cuando el lector se adentre en el texto comprobará que no hay unas simples notas de Derecho alemán, sino que la matriz misma del libro es comparada. En relación con cada cuestión jurídica relevante (cada «indicador») se identifican las soluciones o regulaciones funcionalmente equivalentes y se comparan sus ventajas e inconvenientes. En ocasiones se detecta que una determinada técnica no tiene parangón en un ordenamiento (así ocurre con la *Zulassung* hospitalaria alemana o con los conciertos españoles) y entonces se ensaya una explicación para la asimetría. A diferencia de lo que es frecuente en la comparación horizontal, que suele consistir en la atracción de soluciones y teorías de un ordenamiento a otro¹⁵, en este caso la comparación es propiamente bidireccional. La comparación no sirve para importar soluciones, sino para identificar singularidades, poner en valor las bondades relativas de cada ordenamiento y destacar las posibles insuficiencias.

III.

En el inicio de este prólogo dije que la opción por una u otra forma organizativa o de gestión de SCI suele responder a *patrones políticos o ideológicos generales*. Esto es, una vez asumida la mayor eficiencia comparativa de la gestión privada, y constatada la limitación de los recursos financieros públicos, los gobiernos y parlamentos tienden a promover formas mixtas de gestión (mediante conciertos, contratos públicos de servicios, contratos de concesión de servicios, regulaciones de actividades privadas). El problema intrínseco en esta opción no está en el carácter político de cada decisión organizativa o gestora, sino en el déficit ponderativo del que resulta. Pues la idoneidad de cada forma de gestión deriva no solo de un desglose analítico de los costes que se generan en cada una

¹⁴ Matthias SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992, p. 9.

¹⁵ FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, p. 149.

de ellas. Depende, también, de una adecuada atención a la regulación jurídica de cada tipo organizativo. Este es el significado práctico de los «indicadores jurídicos» que estructura el libro de Jorge Castillo.

Según se verá en el libro que sigue, los indicadores jurídicos no pretenden tornar en reglada una decisión organizativa o gestora que hoy es indiscutiblemente política o, al menos, discrecional. La decisión sobre la forma gestora idónea para cada servicio no puede formularse mediante normas condicionales. Ante realidades diversas y temporalmente cambiantes, no se puede determinar en abstracto cuál es la forma organizativa más adecuada. Aquí, como en muchos otros ámbitos del Estado social contemporáneo, el Derecho tiene que renunciar a predeterminar la forma de gestión de cada servicio. Y a falta de esa imposible juridificación sustantiva, tiene pleno sentido que la decisión organizativa o gestora para cada servicio se adopte por órganos que cuentan con legitimidad política (gobiernos, parlamentos, plenos y juntas de gobierno locales). Pero también tiene sentido que, para que la decisión política no incurra en arbitrariedad, sea relativamente previsible y respete los derechos de todos los sujetos (prestadores y receptores), cada decisión organizativa tenga suficientemente en cuenta (esto es, pondere) todos los elementos jurídicos que ordenan cada opción gestora y la relación multipolar a que da lugar. Este juicio ponderativo, por definición muy complejo, necesita que previamente se haya precisado, en abstracto y de forma comparativa, el régimen jurídico de cada opción gestora. Esto es lo que hace el libro del doctor Castillo.

Francisco VELASCO CABALLERO

NOTA PREVIA

El sistema de cita bibliográfica empleado identifica al autor de la obra, el año de publicación y la página correspondiente. Para las obras que cuentan con números marginales para la numeración de párrafos, se ha optado por sustituir la página por el número marginal.

La cita de bibliografía española y extranjera se ha uniformizado con el sistema señalado. Cuando la obra es de dos o más autores, se cita el primero seguido de la expresión latina *et alii* abreviada.

La jurisprudencia española de tribunales ordinarios se cita preferentemente según el número de resolución, con cita del número de recurso y ECLI. Cuando no hay número de resolución se indica su fecha. La cita de jurisprudencia constitucional se hace únicamente aludiendo al número y año de la resolución. Se ha mantenido la forma tradicional de cita de la jurisprudencia alemana según la colección, repertorio o revista donde se publicó la resolución, para mayor facilidad en su localización. En estas citas, el primer número corresponde a la página donde comienza la resolución y el segundo número se refiere a la página que se pretende citar.

La legislación española se indica mediante abreviatura cuando la misma ley se cite dos o más veces en el trabajo. Lo mismo sucede con la normativa europea. La referencia a normas alemanas se hace empleando los términos y abreviaturas propios de ese ordenamiento. Al final del trabajo se incluye un listado de abreviaturas empleadas. No obstante, las disposiciones administrativas españolas se citan indicando su rango, número, año y, en su caso, comunidad autónoma de procedencia.

Las referencias internas en el trabajo se indican siempre precedidas de las expresiones *infra* o *supra*, según corresponda. Si la referencia es a un número

marginal se indica este directamente. Cuando la referencia es a un apartado de un capítulo distinto, se indica en primer lugar el número de ese capítulo. Si el apartado referido pertenece al mismo capítulo o epígrafe, se omite la referencia a estos últimos.

La normativa citada está actualizada a 25 de febrero de 2024, así como las fuentes bibliográficas consultadas por Internet.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

I. LOS SERVICIOS DE CUIDADOS INTEGRALES COMO OBJETO DE ESTE ESTUDIO

1. La noción de servicios de cuidados integrales

1. Los servicios que se ocupan de las necesidades vitales o asistenciales de las personas cuentan con una gran relevancia en las sociedades contemporáneas. La eclosión del Estado del bienestar los ha situado en el centro de *gran parte de las políticas públicas*, independientemente del país o del signo político del gobierno correspondiente. El desarrollo de los sistemas de salud y aseguramiento público y la consagración constitucional de los llamados derechos de segunda generación puede leerse en esta clave¹. Esto es claro, por ejemplo, en el caso de los derechos a la salud o a la atención a la discapacidad.

2. Su importancia se ha visto evidenciada desde 2019 y, en España, desde los primeros meses de 2020, por la *crisis sanitaria* generada por la COVID-19, enfermedad provocada por el virus SARS-CoV-2. La dimensión del contagio de la enfermedad fue tal a nivel mundial que se declaró la situación de pandemia, y, como es sabido, los sistemas sanitarios de todo el mundo tuvieron serias dificultades para afrontar la situación generada por esta enfermedad. Las repercu-

¹ ALONSO-OLEA GARCÍA (2021: 373).

siones de la pandemia en el plano jurídico fueron variadas y muchas de ellas han resultado en vivos debates en la comunidad jurídica y en la opinión pública. El ejemplo más claro lo representa la declaración del estado de alarma operada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que fue declarado parcialmente inconstitucional por la STC 148/2021. Buena prueba de la disparidad de criterios jurídicos en la materia es que esta sentencia cuenta con cinco votos particulares.

3. No obstante, las mayores consecuencias se produjeron en el ámbito de los servicios a la salud y en la atención a las personas mayores. El colapso de los hospitales fue algo cotidiano en los primeros meses de la pandemia. Especialmente preocupante era la alta ocupación de las unidades de cuidados intensivos, en gran medida dedicadas a atender a pacientes de COVID-19 con cuadros clínicos severos. Para tratar de paliar la veloz transmisión del virus se tomaron medidas de aislamiento y se publicaron protocolos en los que el contacto interpersonal era nulo o mínimo. A pesar de todo, dadas las dificultades de lograr ese aislamiento, se impusieron varios confinamientos domiciliarios.

4. Es claro, sin embargo, que el confinamiento domiciliario es menos susceptible de evitar el contagio en aquellos lugares donde conviven muchas personas. El caso de las residencias de mayores fue especialmente preocupante, pues a esa circunstancia se sumó la propensión de los mayores a desarrollar síntomas muy graves. Todo ello conllevó una mortandad muy elevada por COVID-19 en estas residencias.

5. El ejemplo de la COVID-19 muestra que, en la actualidad, los servicios sanitarios y sociales forman parte esencial de la acción pública. Los Estados deben desplegar una actividad que permita garantizar que la población cuenta con una *cobertura adecuada* para afrontar situaciones en las que se resientan su salud o autonomía, entre otras. Ello no implica necesariamente que el Estado deba prestar esos servicios. Según los casos, también puede ser admisible que su labor se limite a garantizarlos.

6. El objeto de este estudio son los *servicios de cuidados integrales* (SCI). Bajo esta denominación se pretende identificar a aquellos servicios prestados a personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, dependencia o riesgo vital extremos, por razón de su estado de salud, edad o ausencia de autonomía personal. Se trata de una vulnerabilidad causada por factores endógenos a la persona².

7. Desde este punto de vista, el trabajo se ocupa de los servicios hospitalarios y residenciales. El paciente que acude a un hospital porque sufre una enfermedad o necesita una intervención quirúrgica se encuentra en una situación como la descrita. En circunstancias comparables se encuentra una persona mayor alojada en una residencia de mayores porque no es capaz de realizar por sí misma las tareas más elementales de la vida autónoma. En ambos casos, *el*

² TINAO LLERANDI (2024: 9).

usuario del servicio es incapaz de valerse por sí mismo para eliminar, remediar o paliar esa situación extrema en la que se encuentra. Requiere la ayuda y asistencia profesional de otras personas, que los que prestan el SCI.

8. Esta situación es distinta de la del usuario de otros servicios que también requieren la intervención de personas ajenas para cambiar la situación de partida, aunque todas sean situaciones de necesidad³. Buen ejemplo de estos últimos son los servicios educativos. En ellos, el usuario (alumno) también es vulnerable, dependiente y normalmente necesita recibir la enseñanza de sus profesores para aprender los contenidos correspondientes. Sin embargo, su situación puede considerarse una situación razonable, media, esperable, normal. Es la situación de todas las personas de la edad del alumno. En el caso de los SCI, la situación del usuario puede considerarse *patológica*. No todas las personas de la edad y circunstancias del paciente se encuentran en su misma situación, al igual que no todas las personas mayores son dependientes.

9. La *relevancia cuantitativa* de estos servicios se refleja en los distintos informes y documentos que dan cuenta de su prestación. El número de hospitales en España en 2020 era de 770, 464 de los cuales pertenecían al Servicio Nacional de Salud (SNS). Estos contaban con un total de 139 910 camas disponibles, de las que 113 616 (el 81 por 100) se integraban en el SNS y 26 294 (el 19 por 100) no lo hacían⁴. En lo que hace a las residencias de mayores, en 2021 había en España 5 485 residencias, de las cuales 1 433 (el 26 por 100) eran de titularidad pública y 4 052 (el 74 por 100) de titularidad privada. Conjuntamente, esto suponía una capacidad total de 397 343 plazas. De estas últimas, el 62 por 100 era de financiación pública y el 38 por 100 restante era de financiación privada⁵.

10. La idea de servicios de cuidados integrales es *novedosa*. Más allá de la acuñación de la expresión, este trabajo estudia por primera vez los servicios hospitalarios y residenciales como dos elementos de una categoría común recorrida por la vulnerabilidad del usuario. Así, el análisis va más allá de lo que se ha denominado atención sociosanitaria. Esta alude más bien a la necesidad de prestar conjuntamente servicios sanitarios y sociales a una persona que necesita ambos. Es claro el caso de una persona alojada en un centro residencial que, a su vez, padece alguna enfermedad crónica asociada a su avanzada edad. Se habla así de coordinación entre los ámbitos sanitario y social. No obstante, lo que late tras el concepto de SCI no es una simple suma de servicios a personas. Más bien, de lo que se trata es de la identificación de un sector que puede explicarse jurídicamente con las mismas claves.

11. El foco de este trabajo no se sitúa sobre la prestación conjunta de servicios hospitalarios y residenciales a la misma persona. El nivel de análisis es

³ VAQUER CABALLERÍA (2002: 178).

⁴ MINISTERIO DE SANIDAD (2020: 4, 13).

⁵ INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES (2021: 31, 34).