

La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud*

Francisco José Villar Rojas

Profesor de Derecho Administrativo

Vocal de la Junta Directiva de la Asociación de Juristas de la Salud.

Sumario: 1. Los hechos: la creación de entidades instrumentales para la gestión de la sanidad. 1.1 La creación de empresas públicas para la prestación de servicios sanitarios. 1.2 La conversión de la autoridad sanitaria en una entidad instrumental. 1.3 La gestión jurídico-privada de servicios en mano pública no es privatización de servicios. 2. Las razones: la búsqueda de una gestión eficaz de la sanidad. 2.1 La aplicación de técnicas empresariales a la sanidad. 2.2 El substrato ideológico: las propuestas del Informe Abril. 3. Los títulos jurídicos de la administración: la eficacia y libertad de elección del modo de gestión. 3.1 Significado y alcance del principio de eficacia en la sanidad. 3.2 La libertad de elección del modo de gestión: el caso de las entidades de derecho público. 4. Los títulos jurídicos de los ciudadanos: los límites a la organización y funcionamiento de los servicios de salud. 4.1 El estatuto del servicio: núcleo irreductible del derecho público. 4.2 La prestación del servicio: la imposible huida del derecho. 5. Los efectos: ¿sigue siendo lo organizativo elemento esencial de lo básico?

1. LOS HECHOS: LA CREACIÓN DE ENTIDADES INSTRUMENTALES PARA LA GESTIÓN DE LA SANIDAD

1.1 La creación de empresas públicas para la prestación de servicios sanitarios

El modelo integral de salud atendido por una organización pública, centralizada y básica, prevista por la Ley General de Sanidad (1986) parece estar en el baúl de los recuerdos. Se está extendiendo la prestación de los servicios sanitarios a los ciudadanos mediante empresas públicas que acomodan su funcionamiento a normas de derecho privado (mercantil, civil y laboral). Encontrar ejemplos de este cambio en la gestión de la sanidad no es complicado. Baste mencionar algunas de las empresas públicas que han sido creadas en los últimos años:

-Adscritas al Servicio Catalán de la Salud: 1) *El Centro de Resonancia Magnética de Vall d'Hebron* (1991, hoy denominada *Instituto de Dia-*

gnóstico por la Imagen), entidad de derecho público con personalidad jurídica cuya actuación se acomoda al derecho privado, encargada de los servicios de diagnóstico de alta tecnología mediante técnicas de resonancia magnética en el ámbito de esa ciudad sanitaria; 2) *Energética de Instalaciones Sanitarias, S.A.* (1991), empresa pública con forma de sociedad anónima, que tiene como objeto lograr la mejora de la eficiencia energética en los centros sanitarios que configuran el Servicio Catalán de la Salud; 3) *Sistema de Emergencias Médicas, S.A.* (1992), también como sociedad anónima, que tiene por objeto la atención de las emergencias médicas, realizando cuantas actividades sean necesarias con el fin de garantizar en todo momento la atención pre-hospitalaria, el transporte asistido y el ingreso en el centro adecuado de enfermos críticos; y 4), las empresas denominadas: *Gestión de Servicios Sanitarios, Instituto de Asistencia Sanitaria, y Gestión y Prestación de Servicios de Salud* (1992), todas con forma de entidad de derecho público que ajusta su actividad al derecho privado, y que tienen la misión de atender los servicios de atención sanitaria, promoción de la salud, prevención de la enfermedad y atención socio-sanitaria, que fueron traspa-

* Ponencia presentada en las XIV Jornadas de Economía de la Salud, (Santiago de Compostela, junio 1994), a las que acudió en representación de la Asociación de Juristas de la Salud, si bien el autor es el único responsable de su contenido.

sados de las Diputaciones de Lérida, Gerona y Tarragona, respectivamente, a la Generalidad de Cataluña.

-Tuteladas por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía: el *Hospital de la Costa del Sol* (1992), entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, que se rige en sus relaciones "ad extra" por normas de derecho mercantil, civil y laboral, a la que se encomienda la gestión del *Hospital de Marbella* para la asistencia sanitaria de las personas incluidas en su ámbito geográfico y poblacional; y, aun sin constituir (fue creada en marzo de 1994), la empresa pública que ha de encargarse de la gestión de los servicios de emergencia sanitaria en Andalucía, también como entidad de derecho público con personalidad propia y sujeta a normas de derecho privado.

-Vinculada al Servicio Vasco de Salud, la sociedad pública, con forma de sociedad anónima, *Alta Tecnología Sanitaria, S.A.* (1992), cuyo objeto social es la gestión, administración y explotación de servicios de diagnóstico y tratamiento sanitario que conlleven la aplicación de alta tecnología. Su financiación procederá de la venta de sus servicios y actuará en el mercado como un proveedor más.

A esto debe añadirse la propuesta que se contiene en el documento *Estrategias de Cambio para la Sanidad Vasca* (junio, 1993) para la conversión de todos los centros asistenciales dependientes del Servicio Vasco de Salud en sociedades públicas sometidas al derecho privado, cuya dirección se encomienda a un ente público, también sujeto al ordenamiento privado, que actuará como un "holding de empresas" -en línea con la tarea que desempeña el Ente Vasco de la Energía o, en el ámbito estatal, el Instituto Nacional de Industria-, reservando las funciones de regulación y financiación al Departamento de Sanidad.

Pese a existir normas autonómicas sobre empresas públicas, a los efectos de esta exposición, las empresas descritas son reconducibles a dos grupos en atención a la forma de personificación y su régimen jurídico: uno integrado por todas aquellas que tienen personalidad jurídico-pública, cuya organización y funcionamiento se regula por la respectiva norma de creación, que incluye los organismos autónomos comerciales, las entidades

de derecho público y los entes públicos apátridas -de acuerdo con los art.4 y 6.1,a y 6.5 Ley General Presupuestaria-; y otro formado por las que tienen personalidad jurídico-privada, esto es, sociedades anónimas cuya organización queda sujeta a la legislación mercantil y, en su caso, civil -art.6.I,b Ley General Presupuestaria-. En ambos casos, la sujeción a un ordenamiento jurídico singular, propio de cada empresa, quiere ser el mecanismo que permita a los administradores mayor libertad en la gestión de los fondos públicos, la toma de decisiones y el desarrollo de la actividad que tengan encomendada (provisión de bienes o servicios).

La primera manifestación de ese ordenamiento singular se produce frente a la normativa que ordena los presupuestos, el gasto, y la contabilidad de las administraciones públicas. Las empresas mencionadas obtienen, en mayor o menor grado, suficiente autonomía financiera para tener mayor disponibilidad sobre los fondos públicos que le sean asignados -controles a posteriori-, capacidad de generar recursos propios y, en ocasiones, escapar de las reglas de contabilidad públicas. Baste mencionar, a título de ejemplo, que el presupuesto de ingresos y gastos, que obliga a toda unidad administrativa se sustituye en las sociedades estatales por un programa anual de actuación, inversiones y financiación, que aprueba el Gobierno (art. 87 a 90 de la ley General presupuestaria).

La segunda manifestación de la huida del derecho administrativo pretende evitar la aplicación de las normas sobre formación de la voluntad de las administraciones públicas, tanto el derecho común -Ley de Procedimiento Administrativo Común, 1992-, como el derecho general de la administración institucional -Ley de Entidades Estatales Autónomas, 1956-. Se trata de que la toma de decisiones sea más ágil y, por tanto, que no esté formalizada.

La tercera proyección del derecho "ad hoc" se refiere a la ordenación de su actividad externa. Estas empresas sujetan sus relaciones con terceros a normas de derecho privado: la contratación de bienes y servicios, el régimen jurídico de su personal y la gestión de su patrimonio, -normalmente cuentan con facultades para crear uno propio-, se realiza según la legislación mercantil, civil y labo-

ral, a imagen de cualquier empresa privada. En esta faceta, la huida lo es de la normativa sobre contratos públicos, el estatuto de los funcionarios y las leyes sobre el patrimonio y la hacienda públicas; aunque, en realidad, lo es de la obligación de respetar los principios de concurrencia y publicidad que rigen la contratación administrativa, los de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, y las limitaciones establecidas en cuanto a la disponibilidad del patrimonio público, siempre sujeto a un interés general. En otras palabras, se acude al derecho privado para contratar sin límites y de forma directa, para pagar más al personal -superando los topes salariales de los presupuestos públicos y "usar" el patrimonio con criterios empresariales, con amplias facultades de disposición.

La utilización del derecho privado en la gestión externa debe ser matizada para no inducir a equívocos. Alguno de los estatutos de las empresas mencionadas fijan criterios que pretenden limitar la libertad de pactos que rige la contratación privada. Así, por ejemplo, el *Hospital de Marbella* se regirá por el derecho mercantil, civil y laboral, " *sin perjuicio del sometimiento de su actuación a estrictos criterios de interés público y rentabilidad social, así como a los criterios de publicidad y concurrencia* ". El problema es determinar el grado de exigibilidad de un criterio, que no es un principio jurídico vinculante.

1.2 La conversión de la autoridad sanitaria en una entidad instrumental

El cambio en la gestión de los servicios de salud también alcanza a la forma en que se organiza la autoridad sanitaria. Como es conocido, siguiendo el modelo del Instituto Nacional de la Salud, los servicios regionales de salud se fueron configurando como organismos autónomos de carácter administrativo, sujetos en su actuación a normas de derecho público (País Vasco -1983-, Andalucía -1986-, Galicia -,1989y Navarra -1990-), hasta que la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña (1990) adoptó una organización diferente.

El Servicio Catalán de la Salud es un ente público de carácter institucional, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el

cumplimiento de sus fines. Sus tareas se pueden reconducir a dos tipos: a) la gestión y administración de los centros, servicios y prestaciones del sistema sanitario público, que puede realizar empleando cualquiera de los modos de gestión de servicios conocidos, incluyendo fórmulas de derecho privado; y b) la ordenación, planificación, programación y evaluación sanitarias, socio-sanitarias y de salud pública, así como su financiación. En otras palabras, esta entidad instrumental tiene la responsabilidad de prestar asistencia sanitaria, pero puede hacerlo empleando cualquier mecanismo jurídico, público o privado. Al tiempo, le compete la función de regular y financiar el servicio público, tarea que implica el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, su sujeción al derecho administrativo. Consecuencia de esta descentralización, tan sólo resta a la administración matriz (el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña) la definición de la política sanitaria.

La fórmula del ente público institucional, capaz de emplear el derecho privado para cumplir sus obligaciones prestacionales, ha sido adoptada con posterioridad por las leyes reguladoras de los servicios de salud de Asturias (1992), Islas Baleares (1992) y Castilla-León (bajo la denominación de Gerencia de Salud, 1993).

En suma, la autoridad sanitaria tiende a configurarse como una entidad instrumental que sujeta su actividad a un derecho singular, esto es, a un conjunto normativo "ad hoc" construido para regular su funcionamiento y que se caracteriza por evitar la aplicación de las leyes que regulan la actividad de las administraciones públicas.

1.3 La gestión jurídico-privada de servicios en mano pública no es privatización de servicios

El cambio en la gestión de la sanidad que representan los ejemplos descritos debe entenderse en sus justos términos. No se trata de un caso de privatización de servicios públicos (MARTÍN MATEO, ARIÑO ORTIZ, VILLAR ROJAS). Esta consiste en la reducción de la actividad pública de producción y distribución de servicios mediante el traspaso, en ocasiones la devolución, de esa función a la iniciativa privada. La desna-

cionalización, la concertación, la desregulación o la liberalización son algunas de las técnicas jurídicas que sirven a los objetivos de privatización. Es más, en su proyección sobre los servicios públicos, la privatización tiene tres efectos: la reducción de las actividades calificadas como servicio público, la reordenación jurídica de la actividad para asegurar la universalidad, igualdad y continuidad de lo que sigue siendo servicio, y, por último, la gestión indirecta por empresas privadas que asumen cargas de servicio público. Pero lo singular es que para garantizar lo que sigue siendo servicio público *la regulación es absolutamente inevitable*. Una regulación que engloba la definición de las prestaciones, las responsabilidades de las autoridades, el título habilitante para la gestión, y los derechos y deberes de los usuarios.

Tampoco se trata de la privatización de la gestión, del cambio de técnicas de gestión directa a modos indirectos de prestación, que en la sanidad se resumen en los conciertos y convenios previstos en la Ley General de Sanidad.

Ni una, ni otra formas de privatización puede encontrarse en la incipiente reorganización de la gestión de los servicios de salud. Por el contrario, el cambio descrito encaja con la denominada privatización de la organización de los servicios sin cambio de titularidad (VILLAR PALASI, MARTIN-RETORTILLO, GARRIDO FALLA), esto es, de la gestión jurídico-privada de servicios en mano pública tan en boga en los últimos años en nuestro país y de la que es paradigma la Agencia Tributaria.

2. LAS RAZONES: LA BÚSQUEDA DE UNA GESTIÓN EFICAZ DE LA SANIDAD

2.1 La aplicación de técnicas empresariales a la sanidad

La razón aducida para esta descentralización de la gestión de los servicios de salud y, en particular, de la huida del derecho administrativo hacia la libertad que ofrece el derecho mercantil, es la mejora de la eficacia en la prestación de los servicios. Pero, a diferencia de la privatización de servicios públicos, la eficacia no se busca mediante el traspaso de la titularidad pública a la privada

-que pasa a actuar en régimen de concurrencia-, sino que se acude a mecanismos jurídicos que permitan una gestión más flexible.

Está en la Constitución: uno de los principios que deben regir el funcionamiento de las administraciones públicas al servicio de los intereses generales es el de eficacia (art. 103 CE). También está en la Ley General de Sanidad: "*los servicios sanitarios (...) adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad*" (art. 7). Las exposiciones de motivos de las normas que han creado las empresas públicas mencionadas expresan la misma idea:

El acuerdo de autorización al Servicio Catalán de la Salud para la creación de la empresa *Gestión de Servicios Sanitarios* explica la utilización de mecanismos de gestión empresarial adecuados con el carácter prestacional de la administración sanitaria "*con el fin de alcanzar una gestión óptima de los servicios transferidos mediante la utilización de mecanismos ágiles y que permitan el máximo aprovechamiento de los recursos existentes, garantizando los principios de racionalización, eficacia, simplificación y eficiencia de la organización sanitaria*". No se explica, sin embargo, por qué no se emplea la técnica mercantil por excelencia: la sociedad anónima.

La Ley andaluza 2/94, de 24 de marzo, de creación de la empresa pública para la gestión de los servicios de emergencias sanitarias explica la elección de la entidad de derecho público personificada afirmando que "*garantiza el carácter público y gratuito y (es) la que mejor se adapta a la gestión de estos servicios sanitarios de emergencia, por varias razones de naturaleza, organización, régimen de su actividad, funciones y objetivos a cumplir (...) pues con esta opción puede conseguirse la equilibrada combinación entre las técnicas públicas y privadas de administración, que demanda una actividad como la gestión de dichos servicios sanitarios*". Quedan sin explicación cuáles sean esas razones que motivan la decisión de crear una entidad instrumental en detrimento de la administración territorial.

En el nivel de la organización de la administración sanitaria, el preámbulo de la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña razona que lo singu-

lar del ente público *Servicio Catalán de la Salud*, frente a otros servicios regionales de salud, es la diversidad de fórmulas de gestión que puede emplear, en orden a avanzar *"en la incorporación de mecanismos de gestión empresarial, adecuados al carácter prestacional de la Administración sanitaria, no obstante su naturaleza pública"*. Queda en manos del ente público decidir sobre el modo de gestión de los centros y servicios sanitarios, pero téngase en cuenta que esta discrecionalidad se refiere a la prestación de servicios, no a las funciones de ordenación, planificación y financiación.

En todos los casos se defienden las técnicas empresariales de gestión sin referencia alguna a las deficiencias que pueda tener la gestión tradicional ordenada por el derecho administrativo. Los legisladores parecen actuar a partir de una opinión común sobre la necesidad de gestionar la sanidad mediante entidades instrumentales sujetas en su actuación al derecho privado, dando por supuesto que las deficiencias expresadas existen.

2.2 El sustrato ideológico: las propuestas del Informe Abril

Conocido por todos, el Informe Abril (1991) propone en materia de organización dos cambios sustanciales respecto a lo dispuesto por la Ley General de Sanidad: 1) la sustitución del concepto integral de salud por uno basado en la separación de las funciones de autoridad sanitaria y de las funciones de prestación de servicios, que, a su vez, se organizan según lo que se conoce como *"mercado interno"*, esto es, la separación entre el regulador y financiador (la autoridad sanitaria), el comprador de servicios (las áreas de salud), y los proveedores (los centros asistenciales públicos y privados); 2) el otro cambio sustancial es la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado en la gestión de los centros y servicios asistenciales públicos.

La creación de un mercado interno en el que compitan centros sanitarios públicos y privados exige, cuando menos, conferir autonomía de gestión y capacidad de contratar a los centros públicos. Una y otra medida, añade el Informe, podrían alcanzarse transformando los centros sanitarios públicos en sociedades estatales sujetas en su

funcionamiento al derecho privado, lo que afectaría a la contratación de bienes y servicios -no a la prestación de servicios sanitarios a las áreas de salud-, a la contratación de personal en régimen de derecho laboral, ya la gestión de su patrimonio, reconociéndoles la capacidad de tener su propia caja.

¿Por qué no se acude a fórmulas de derecho público? Por razones que aparecen a lo largo de todo el informe. Al referirse a las dificultades para reordenar las funciones de las áreas de salud en orden a la separación de las competencias de financiación y compra de las de gestión y provisión, se dice: *"por si fuera poco, el INSALUD actúa de acuerdo con principios ajustados al Derecho Público, absolutamente incapaces de impulsar, en términos jurídicos correctos, el dinamismo y agilidad necesarios para la gestión de la asistencia sanitaria. El derecho público podría servir eventualmente para las funciones de financiación y compra, pero de ninguna manera puede adecuarse a la gestión"*. Más adelante, al comenzar la explicación de la reforma en cuanto a la gestión se afirma: *"el análisis de otros sistemas europeos (...), confirma de modo absoluto que las formas administrativas son inadecuadas para atender y manejar la complejidad y el volumen de los servicios actuales de asistencia sanitaria. La rigidez normativa en este tipo de actividades diversas y versátiles acaba confiriendo a la burocracia una especie de primacía perversa sobre el fin de atención al consumidor y, en definitiva, a la sociedad"*. De otra parte, al detallar las causas por las cuales en el sistema sanitario español no existe una cultura de gestión, se señala, entre otras: *"la omnipresencia de un sistema burocrático, guiado por el principio de legalidad de las formas, más que un sistema de gestión, orientado al logro de resultados"*. En suma, el Informe apunta que una parte de las deficiencias del sistema sanitario español es imputable a su tradicional gestión según normas administrativas que hacen ineficaz la prestación e impiden atender con calidad las necesidades de los ciudadanos.

Los argumentos expuestos constituyen el sustrato ideológico que está implícito en la decisión de crear empresas públicas para la prestación de servicios sanitarios. La gestión de la sanidad con técnicas empresariales aparece como la panacea

frente a la rigidez e ineficacia que resulta del derecho público; sin que nadie parezca haberse planteado el por qué del derecho administrativo, ni cuáles son las posibilidades de reformar algunas de sus normas fundamentales para mejorar la gestión de los servicios públicos.

3. LOS TITULOS JURIDICOS DE LA ADMINISTRACIÓN: LA EFICACIA y LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL MODO DE GESTIÓN

3.1 Significado y alcance del principio de eficacia en la sanidad

En sanidad, y en general en los restantes servicios públicos en los que se ha producido la huida hacia el derecho privado, las razones esgrimidas, como la racionalización, la flexibilidad, la simplificación de la gestión son reconducibles a un principio constitucional que rige el funcionamiento de las administraciones públicas: la eficacia.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional (PAREJO ALFONSO), su contenido resulta de la suma de los siguientes elementos: 1) este principio consagra un bien o interés jurídico de orden constitucional, 2) tiene un contenido amplio, capaz de permitir diversas opciones legislativas, de forma que su concreción corresponde al legislador ordinario en relación a lo que sea el interés general 3) obliga a todas las administraciones públicas, y 4) por mandato constitucional, este principio alcanza a la organización de la administración, a su funcionamiento, y se proyecta sobre todos los servicios públicos en un sentido amplio.

Pese a su fuerza jurídica, la ubicación institucional de este principio tiene dos condicionantes fundamentales: sus efectos dependen del legislador ordinario y, en caso de conflicto con otros principios o bienes constitucionales, siempre cede ante ellos.

Los efectos que pueda producir este principio dependen del legislador ordinario. Este debe precisar su alcance para cada acción pública. En unos casos se tratará de atender un fin empleando los menos recursos, en otros consistirá en la mera prestación del servicio, y en otros supuestos, la

calidad de la prestación o la protección de determinados bienes jurídicos serán lo determinante. De ello resulta que la eficacia sólo puede exigirse una vez que el legislador haya fijado su contenido en relación a un fin público determinado. En el caso que nos ocupa, la eficacia de la gestión depende de lo que sean prestaciones sanitarias, porque sólo si están definidas podrán fijarse los objetivos a conseguir: reducir costos, extender la asistencia especializada a todos los ciudadanos, desarrollar alta tecnología, etc.

El segundo condicionante es la subordinación de la eficacia a los demás bienes jurídicos constitucionales. En todo servicio público, y por tanto la sanidad, la eficacia buscada a través de la cláusula mercantil nunca podrá justificar un desplazamiento del principio de legalidad -determinación de lo que sea servicio público y habilitación de potestades para la administración-, tampoco podrá contradecir el principio de seguridad jurídica -derechos y deberes de los gestores y de los usuarios-, ni vulnerar el principio de igualdad en sus diversas manifestaciones: igualdad en el acceso (universalidad y desequilibrios territoriales), igualdad en el funcionamiento (calidad y tarifas) e igualdad entre los gestores (conurrencia y publicidad en la contratación de servicios). La razón es sencilla: en el ámbito público, la eficacia no puede alcanzarse a cualquier precio (MARTIN REBOLLO), y menos aún cuando la contraprestación consiste en reducir o eliminar las garantías constitucionales que protegen a los ciudadanos frente a la acción del poder público o le imponen obligaciones.

3.2 La libertad de elección del modo de gestión: el caso de las entidades de derecho público.

Principio rector de la ordenación de cualquier servicio público es la libertad de la administración para elegir el modo de gestión (ALBI, DE LA CUETARA). Una vez que la ley define lo que sea servicio público, atribuye potestades a la administración para su prestación, y establece las garantías de los usuarios, al Derecho es indiferente la forma en que aquélla se materialice, por gestión directa (órgano administrativo), empresa pública), o por gestión indirecta (contratación con tercero).

La decisión por uno u otro modo de gestión es discrecional. Corresponde a la autoridad administrativa optar por aquella fórmula que, atendidos todos los intereses en juego, asegure la mejor prestación a los ciudadanos: la más barata, la de más calidad, la más segura, en suma la más eficaz.

La opción por la empresa pública para la gestión de la sanidad es un ejemplo de esa potestad discrecional. La personalidad jurídica permite la adopción de un ordenamiento singular que facilite la autonomía presupuestaria y convierta a la empresa en centro de imputación de relaciones jurídicas, aunque no puede ocultar que estamos ante una administración pública gestionando un servicio (relación de instrumentalidad, GARCÍA DE ENTERRIA). Prueba de ello es la exclusión de que se suscriban contratos de gestión de servicios públicos con entidades personificadas, o con sociedades de derecho privado de capital íntegramente público (art.62 Ley de Contratos del Estado). Debe añadirse que la discrecionalidad sobre el modo de gestión alcanza también a la forma jurídica que adopte la empresa pública (ente de derecho público, sociedad anónima); no, en cambio, al régimen jurídico que dependerá de la forma que aquélla adopte.

La constitución de sociedades anónimas públicas para la provisión de servicios (ej. *Sistema de Emergencias Médicas, S.A.*) es un fenómeno que cuenta con tradición en nuestra administración pública (ej. *sociedades, anónimas municipales*). Del derecho administrativo se pasa al derecho privado (mercantil y laboral), tanto en su organización interna, como en su actuación, permitiéndoles actuar en el mercado como si fuesen empresas privadas. No obstante, siempre habrá un núcleo de derecho público: el integrado por las normas que regulan su creación y otorgan potestades de dirección y control de la administración matriz, junto con los principios constitucionales que le son de aplicación en cuanto que poder público, pese a la vestidura mercantil.

La opción por entidades de derecho público es igualmente legítima y, como se ha expuesto, la de más frecuente utilización en la gestión de servicios de salud. Se trata de una organización con personalidad jurídico-pública, pero que actúa conforme al ordenamiento privado, tanto para la

prestación de un servicio público (ej. *Hospital de la Costa del Sol*), como para el ejercicio de funciones de autoridad sanitaria (ej. *Servicio Catalán de la Salud*). Para la doctrina (SALA ARQUER), la contradicción que supone huir del derecho administrativo pero mantener una personalidad de derecho público, responde a que ésta es la vía para lograr la máxima flexibilidad y libertad en su funcionamiento. Teniendo personalidad pública, los aspectos más enojosos de la legislación mercantil, como el control de la competencia desleal o la normativa sobre abuso de posición dominante, quedan obviados porque no es una sociedad anónima; al tiempo que, en cuanto persona pública, puede ostentar potestades administrativas. En cambio, su calificación como empresa pública le permite escapar de las leyes generales sobre formación de la voluntad de las administraciones públicas -y sobre todo de sus mecanismos de control-, someterse a normas privadas en materia de contratación, personal y patrimonio, y actuar bajo un régimen presupuestario menos exigente.

La posibilidad de disfrutar de las ventajas de ambos ordenamientos sin tener que soportar sus inconvenientes es lo que hace atractiva esta fórmula a los gestores públicos. Su fundamento es simple: si en virtud del principio de libertad de elección del modo de gestión, la administración puede elegir la técnica para prestar el servicio, también podrá -al menos eso parece decidir el régimen jurídico que regirá su actuación, siempre que se utilice la norma de rango adecuado.

Esta afirmación obliga a formular una pregunta: ¿puede la administración desprenderse de las normas que entorpecen su actividad y someterse a aquéllas que le ofrecen libertad sin ninguna clase de límites? La respuesta, que se explicará más adelante, debe ser anticipada: la administración pública, cualquiera que sea su ropaje jurídico, está sujeta al principio de legalidad -sólo puede hacer lo que la ley le autorice y debe actuar siempre al servicio de los intereses generales; no tiene libertad de acción como los particulares -que pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba-, ni puede evitar la aplicación de los principios jurídicos que ordenan su actuación en cuanto que poder público.

4. LOS TITULOS JURIDICOS DE LOS CIUDADANOS: LOS LÍMITES, A LA ORGANIZACION y FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

4.1 El estatuto del servicio: núcleo irreductible del derecho público

Asegurar el funcionamiento de la sanidad como servicio público es imposible con mecanismos jurídico-privados. Si se quiere asegurar el acceso de los ciudadanos a unas prestaciones básicas -y parece que nadie discute que la universalidad y la equidad deben regir la sanidad deben otorgarse poderes exorbitantes a las administraciones públicas, porque no se imagina cómo asegurar su continuidad -frente al derecho de huelga-, encauzar su prestación -limitando la libertad de creación de empresas-, o imponer la obligación de prestar el servicio sin discriminación -frente a la libertad de elección del cliente con normas que se basan en la libertad de contratación y de pactos. Desde otra perspectiva, todo servicio público impone la exclusión de las reglas del mercado en su funcionamiento: el libre juego de la oferta y la demanda -la capacidad económica del usuario no sirve para fijar las condiciones de acceso a la sanidad. Ahora bien, la concesión de esos poderes debe ir acompañada de instrumentos legales que protejan los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y, en su caso, establezcan con claridad cuándo, cómo y bajo qué condiciones deben ceder ante las potestades administrativas. Este equilibrio entre potestades y garantías constituye el fundamento del derecho administrativo, sólo este ordenamiento puede regular las potestades administrativas, y sólo él es capaz de asegurar la existencia del servicio público y de proteger a sus usuarios.

Su fundamento constitucional es indudable. La legitimación de la intervención pública se apoya en el deber de "promover

las condiciones para que sean reales y efectivas la libertad y la igualdad de los ciudadanos" (art.9.2 CE), y de "servir con objetividad los intereses generales" (art.103.1)", en particular, "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones necesarias" (art.43.2). Las garantías de los ciudadanos arrancan de la doble vinculación de toda actuación

administrativa: en cuanto que poder público, la administración queda sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art.9.1), donde se incluyen los derechos fundamentales y los principios generales constitucionales (art.9.3); en tanto que parte del poder ejecutivo, debe servir los intereses generales "con sometimiento pleno a la ley y al derecho" (art.103.1) bajo el control de los tribunales (art.106.1); a ello debe añadirse que, en materia sanitaria, es misión de la ley fijar los derechos y deberes de todos los sujetos del servicio (art.43.2 CE in fine).

Como mínimo, lo jurídico-público debe definir el interés general y ordenar el equilibrio entre potestades y garantías. En sanidad abarca las responsabilidades de las autoridades sanitarias -el objeto de la prestación y las potestades que pueden ejercitar para su consecución, las obligaciones y los derechos de los gestores -el título habilitante-, y los derechos y deberes de los usuarios; en otros términos, los elementos básicos del estatuto del servicio público. No ocurre nada parecido con la gestión. Si la administración lo considera conveniente, la prestación puede realizarse acudiendo al derecho privado y aprovechando las fuerzas del mercado, en particular las ventajas que derivan de la concurrencia.

La aplicación de lo expuesto a nuestro sistema sanitario es complicada. Lo que sea servicio público está por definir. La Ley General de Sanidad no dice qué es la salud, tampoco la Ley General de la Seguridad Social respecto al objeto de la asistencia sanitaria -servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios-. Por el contrario, como es sabido, aquella ley está volcada en lo organizativo y deja en manos de las administraciones sanitarias la determinación de las prestaciones que constituyen el objeto de las funciones de promoción, prevención, asistencia y rehabilitación de la salud, la fijación de las normas de acceso al servicio, y la garantía de calidad de las prestaciones.

El proyecto de Real Decreto sobre prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud (versión de 24 de marzo de 1994) constituye el primer intento por definir el objeto de la asistencia sanitaria pública. El fin es plausible, no así su contenido, ni su forma.

En primer lugar, porque, siendo la sanidad un servicio público descentralizado, el Estado tiene competencia para fijar las prestaciones mínimas, pero no las máximas. Si una Comunidad Autónoma gestiona mejor sus recursos no existe título jurídico que le impida ampliar las prestaciones básicas que ofrece a sus ciudadanos. Debe recordarse que, en materia de servicios públicos, corresponde al Estado fijar el nivel de suficiencia de todas y cada una de las prestaciones que se estimen básicas, que asegure un trato igual de los ciudadanos; pero que la uniformidad *la* es en el nivel básico. A partir de él, las Comunidades Autónomas podrán aumentar en calidad o cantidad las prestaciones en la medida que mejoren la gestión de los recursos básicos que reciben del Estado o destinen parte de sus recursos propios a esa finalidad. Los desequilibrios que puedan producirse no serán ya inconstitucionales, sino resultado de la descentralización territorial del servicio público.

En segundo lugar, lo que sea servicio público debe contar con el máximo de legitimidad democrática y social. Sin entrar a valorar el rango de la norma empleada -no es el lugar, pero la Constitución reserva a la ley la fijación de los derechos y deberes de los ciudadanos en orden a la protección de la salud, art.43.2 CE-, sí que debe ponerse de manifiesto que la definición de los elementos esenciales del estatuto del servicio debe realizarse por ley, debe ser el legislador quién decida qué tipo de sanidad quiere, no ya desde su organización, sino desde su contenido: qué prestaciones quiere garantizar a todos los ciudadanos y cómo financiarlas. El proyecto mencionado no sólo no hace esto, sino que además reserva a la administración sanitaria la facultad de decidir la incorporación de nuevas técnicas y, con ello, el poder de fijar en cada momento las prestaciones a que tienen derecho los ciudadanos.

4.2 La prestación del servicio: la imposible huida del derecho

Separado lo sustantivo (el estatuto del servicio) de lo instrumental (la gestión), aquél sujeto al derecho público, y éste en condiciones de efectuarse con fórmulas jurídico-privadas, procede volver a cuestionarse si la libertad de elección del

modo de gestión es también una libertad para construir su régimen jurídico como parece ocurrir con las entidades de derecho público

Ante todo debe recordarse que la personalidad jurídica de estas entidades no puede ocultar que son un instrumento ideado por la administración titular del servicio para su mejor atención. pero que carecen de intereses propios (p.ej. la empresa *Gestión de Servicios Sanitarios* presta servicios sanitarios en Lérida que son responsabilidad de la Generalidad). Cada una de estas entidades está vinculada con la administración de la que nacen por una relación de instrumentalidad. aquella nombra a sus directivos. establece sus líneas generales de actuación e interviene sus decisiones más relevantes (p.ej. inversiones). La huida al derecho privado se proyecta sobre la toma de decisiones y sobre las relaciones con terceros (contratación. personal y patrimonio). pero no sobre la prestación del servicio que aparece ordenada por su estatuto. De hecho. de aplicar la técnica del levantamiento del velo -ejemplo de doctrina jurisprudencial garantista. art.24 CE-. detrás de la personalidad y del ropaje jurídico-mercantil. siempre se encontrará una administración sujeta al principio de legalidad. que sólo puede hacer aquello que la ley le autoriza y en las condiciones que la autoriza. Cualquiera que sea la forma que adopte. la administración no tiene libertad para elegir su régimen jurídico porque no puede renegar de ser quien es.

Consecuencia de lo expuesto, el marco constitucional que ordena la actuación de las administraciones públicas es de aplicación a todas las entidades instrumentales (GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ hablan de principios constitucionales que vinculan a los poderes públicos; DEL SAZ y PARADA VAZQUEZ de una *garantía institucional de Derecho Administrativo*). Sin ninguna duda están sujetas a ese marco cuando ejercitan potestades administrativas, cualesquiera que éstas sean, no sólo las coactivas -lo que confirma el art.2.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común-. Pero también cuando actúan como si de auténticas empresas se tratase porque carecen de autonomía para formar su voluntad. Así, entre otros mandatos, en la contratación de bienes y servicios con terceros deberán respetar los principios de concu-

rrencia y publicidad (art.14 CE); los de mérito y capacidad en la selección de su personal (art.23 CE); la gestión de su patrimonio debe estar al servicio de los fines públicos que ordene la norma de creación (art.103.1 y 31.2 CE); los daños que causen serán imputados de forma objetiva (art.106.2 CE); su actuación debe regirse por el principio de objetividad, porque la Constitución proscribiera la arbitrariedad (art.9.3 CE); en fin, toda su actividad está sujeta al principio de legalidad (art.9, 103.1 y 106.1 CE).

De otra parte, y por lo que se refiere a su actuación conforme al derecho privado, por instrumental que sea la gestión, tampoco es una esfera de libertad para los gestores públicos. El derecho mercantil es un ordenamiento cada vez más intervencionista, en el que la protección del pequeño accionista, la defensa de los intereses de los consumidores, la transparencia de los mercados, el control del abuso de posición dominante, etc., han determinado cargas importantes para los gestores y una ampliación de su responsabilidad (SALA ARQUER, BORRAJO INIESTA). Por su parte, el derecho comunitario europeo cuenta ya con un marco jurídico que limita la acción de las empresas públicas (MUÑOZ MACHADO). Baste con mencionar las directivas sobre transparencia financiera, para controlar las ayudas de los Estados miembros que privilegien a sus empresas, y las que ordenan la contratación pública de obras, servicios y suministros. Además, la jurisprudencia comunitaria está consolidando principios generales sobre el funcionamiento de los poderes públicos, con independencia del dato formal de su personificación y de su ropaje jurídico "ad extra", que afectan también a las entidades instrumentales de nuestro país.

No obstante, sería ilusorio no reconocer que lo expuesto es más fácil de decir que de hacer realidad. La creación de entidades instrumentales para la prestación de servicios o para el ejercicio de potestades públicas pone en cuestión el papel del derecho como garantía. Cada vez más serán frecuentes las situaciones que atenten contra la seguridad jurídica, cuya corrección dependerá de la decisión y la voluntad de los tribunales que deban resolverlas. Baste mencionar dos de las causas de esa inseguridad jurídica implícitas en la regulación de las entidades de derecho público.

Es práctica reiterada que los estatutos de estas entidades sometan al derecho administrativo ya los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa los actos que dicten en ejercicio de potestades públicas (o de funciones públicas); pero que no precisen cuáles sean esas potestades, ni cuando se ejercitan. La segunda causa se refiere a la toma de acuerdos. Excluida la legislación común de las administraciones públicas, los estatutos de esas empresas regulan la forma de tomar acuerdos, pero se genera un vacío legal importante, porque esas disposiciones no cuentan con los mecanismos de contrapeso -procedimiento, motivación, expresión escrita, recurso de la legislación desplazada (PARADA).

Sujetar la actividad de todas las entidades instrumentales al marco constitucional que les vincula es una tarea ingente, que está por hacer, y tanto más complicada en la medida que cada entidad cuenta con su propio ordenamiento. De ahí la búsqueda de criterios que faciliten el control como la técnica de los actos separables, el levantamiento del velo de las personas jurídicas, o la propuesta de unidad jurisdiccional para los actos de las administraciones. Igual fundamento comparten las propuestas para simplificar las entidades instrumentales, o para reestablecer la ecuación entre la forma jurídica del órgano administrativo y el régimen jurídico de su actividad {GARRIDO FALLA}. Y, de ahí también la petición de una legislación básica sobre entidades instrumentales (PEREZ MORENO).

5. LOS EFECTOS: ¿SIGUE SIENDO LO ORGANIZATIVO ELEMENTO ESENCIAL DE LO BÁSICO?

La gestión jurídico-privada de los servicios de salud pone en cuestión uno de los dogmas que sustentan el sistema sanitario español: que lo organizativo es elemento esencial de lo básico. Este principio explica la uniformidad del modo de gestión que impone la Ley General de Sanidad a todas las Comunidades Autónomas: creación de un servicio regional de salud, organización del servicio en áreas de salud, con competencias de autoridad sanitaria y de asistencia, y distinción entre atención primaria y atención especializada, con precisos mandatos sobre su ordenación -

centros de salud, red de hospitales de utilización pública-.

En su defensa se ha argumentado (PEMAN GAVIN) que siendo las prestaciones sanitarias *"muy tecnificadas (se requiere unos saberes altamente especializados, un instrumental muy sofisticado y una organización muy compleja), en las que la dimensión temporal (el antes o el después de la asistencia) tiene en muchos casos un valor determinante, y en las que las posibles deficiencias o errores pueden dar lugar a situaciones irreversibles (...), La mejor garantía no está en la simple definición legal de las prestaciones o la previsión de acciones o recursos para exigir las (con ser esto importante y necesario) sino en los estándares de rendimiento de los servicios, en la calidad de la atención prestada (...) Lo fáctico, lo instrumental, lo organizativo, tiene así una directa relevancia substantiva que no es posible desconocer"*,

El fenómeno estudiado demuestra lo contrario. La gestión es instrumental, existen servicios de salud organizados como organismos autónomos administrativos (p.ej. País Vasco, Navarra, Galicia, Andalucía), otros como entes de derecho público (Cataluña), e incluso alguno como órgano administrativo sin personalidad (Valencia), sin que su diferente organización desvirtúe un ápice sus responsabilidades públicas. En algunas CC.AA. han sido creadas empresas públicas para prestar servicios, en otras igual tarea es desempeñada por la administración sanitaria, o es concertada con compañías privadas (p.ej. urgencias médicas), tampoco aquí cambian las obligaciones de las administraciones sanitarias. Lo importante es delimitar cuáles son las prestaciones exigibles por los ciudadanos, cuál su contenido -estándares de calidad-, cuáles los requisitos y condiciones exigidos para prestar el servicio, cuáles las potestades de la administración sanitaria, señalando con claridad las vías para su ejercicio y los medios para que cada parte pueda defender sus intereses. Para el Tribunal Constitucional, lo que sea básico está constituido por la regulación del interés general de la materia de que se trate (noción material de bases), y en sanidad el interés general se resume, se identifica con el estatuto del servicio (art.43 CE), del que no forma parte el modo de gestión porque lo organizativo es instrumental.

En conclusión, la huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud es un intento de buscar ámbitos donde la administración pueda actuar con mayor libertad, donde su actividad no sea frenada por las garantías del derecho administrativo -concurrencia en la contratación, mérito y capacidad del personal, control del gasto público, motivación de sus decisiones-. En ocasiones, incluso, parece que lo realmente buscado es la huida del derecho, de todo control jurídico -público o privado-, de toda norma que dificulte o limite una gestión eficaz; de ahí la proliferación de entidades de derecho público. Pero, como se ha explicado, la eficacia no se puede obtener a cualquier precio. El derecho reaparece por todas partes, en su organización, en su actividad, porque las administraciones públicas no son libres para elegir las reglas de juego. La libertad de elección del modo de gestión no es libertad, es discrecionalidad otorgada por el derecho y limitada por éste. Razones técnicas, económicas, organizativas explican en cada caso la gestión directa -personificada o no indirecta de los asuntos públicos, pero en todos los casos la administración sanitaria sigue siendo una organización al servicio de los intereses generales sometida a la ley, a los derechos fundamentales y al resto de los mandatos constitucionales que vinculan la acción de los poderes públicos.

Bibliografía:

Sobre el modelo sanitario que establece la Ley General de Sanidad (1986) pueden consultarse, entre otros, los trabajos de J. PEMAN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria* (Real Colegio de España, Bolonia, 1989), M. BEATO ESPEJO, *"El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad"* (R.A.P. 119 y 120, 1989), y S. MUÑOZ MACHADO, *"La organización de los sistemas de salud (la integración, la reforma y la crisis de los servicios sanitarios)"* (libro de ponencias primer congreso "Derecho y Salud", 1993). Su reconsideración a la vista de las propuestas contenidas en el Informe Abril: M. BEATO ESPEJO, *"Nuevo modelo económico en la prestación de servicios sanitarios: privatización en la gestión y técnicas gerenciales, fomento de la libre elección por el*

usuario y ejercicio libre de la actividad empresarial", (R.A.P. 131, 1993).

Entre la abundantísima bibliografía que ha generado el tema de la empresa pública basta destacar los estudios de G. ARIÑO ORTIZ, "*La empresa pública*", en obra colectiva, *El modelo económico en la Constitución* (I.E.E., 1981), R. MARTÍN MATEO, *Derecho Público de la Economía* (Ceura, 1985), y S. MARTÍN RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico* (La Ley, 1988), todos ellos reconocidos especialistas. En particular, sobre el régimen jurídico de las empresas públicas-entidades instrumentales previstas en los art.4 y 6 de la Ley General Presupuestaria, el trabajo más completo sigue siendo el de F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico* (I.N.A.P., 1986). Sobre la legislación autonómica en materia de empresas públicas pueden encontrarse referencias en el libro citado de MARTÍN RETORTILLO.

Sobre el significado de la privatización pueden verse R. MARTÍN MATEO, *Liberalización de la Economía* (Trivium, 1988), G. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado* (Marcial Pons, 1993) y F.J. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos* (Tecnos, 1993).

El equilibrio entre la eficacia (potestades) y el control (garantías), esencia del derecho administrativo, merece muchas páginas en todos los manuales generales de la asignatura; como también el significado y alcance del principio de legalidad que vincula a la administración. Para una aproximación en clave constitucional: L. MARTÍN REBOLLO, "*La administración de garantías: vigencia y limitaciones*" (R.C.E.C. 13, 1992). En torno al significado de la eficacia: L. PAREJO ALFONSO, "*La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*" (D.A. 218-219, 1989). Sobre la libertad de elección del modo de gestión, el clásico libro de F. ALBI, *Tratado sobre los modos de gestión de las corporaciones locales* (Aguilar, 1960); más reciente, J.M. DE LA CUETARA MARTINEZ, *La actividad de la administración* (Tecnos, 1983).

En torno a la huida al derecho privado, con carácter de análisis general del fenómeno, J.L. VILLAR PALASI, "*Tipología de los entes instrumentales en Derecho Administrativo*", S. MARTÍN-RETORTILLO, "*Las empresas públicas: reflexiones en el momento presente*", y F. GARRIDO FALLA, "*Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas*" (todos en las actas del Congreso Homenaje a Clavero Arévalo, Sevilla, 1991). También, J.M. SALA ARQUER, "*Huida al Derecho Privado y huida del derecho*" (R.E.D.A. 75, 1992). Otros trabajos se han centrado en la fijación de límites jurídicos al fenómeno de las entidades instrumentales: destacan los principios constitucionales E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ-RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (vol.I, 6 ed., Civitas, 1993), R. PARADA VAZQUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (vol.I, 5 ed., Marcial Pons, 1993) y S. DEL SAZ, "*Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva Constitucional*", en obra colectiva *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo* (Civitas, 1992); desde la perspectiva del derecho comunitario S. MUÑOZ MACHADO, "*Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española*" (R.E.D.A. 75, 1992); y tomando como referencia el derecho que rige las sociedades mercantiles L. BORRAJO INIESTA, "*El intento de huir del Derecho Administrativo*" (R.E.D.A. 78, 1993). Una línea diferente ha sido la propuesta de simplificación de las entidades instrumentales: F. GARRIDO FALLA, "*Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales*" (R.E.D.A. 79, 1993), y la de armonización de las leyes autonómicas sobre empresas públicas: A. PÉREZ MORENO, "*Las entidades instrumentales en las Comunidades Autónomas*" (Congreso Homenaje a Clavero Arévalo, Sevilla, 1991).

Finalmente, la cita sobre el carácter básico de lo organizativo en sanidad está tomada del libro de PEMAN GA VIN, y citado, su crítica en F.J. VILLAR ROJAS, "*La ordenación sanitaria de Canarias: límites competenciales*" (La Laguna, 1992).