

# LA LEY DE HABILITACION DE NUEVAS FORMAS DE GESTION DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: ¿HACIA LA DESREGULACION DE LA SANIDAD PUBLICA?<sup>1</sup>

*Francisco José Villar Rojas*

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna

## **1.- LA NUEVA REGULACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS**

1.1 La Ley 15/97, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud

Precedida por el RD.-L. 10/96, de 17 de junio, de habilitación de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud<sup>2</sup>, la Ley 15/97 abre las puertas de un cambio en la gestión de los servicios sanitarios públicos. Es cierto que no es una novedad, con anterioridad algunas Comunidades Autónomas ya habían introducido nuevas formas de prestación de servicios (Cataluña, Galicia, Andalucía), ni tiene efectos formales de norma básica, calificación que el legislador omite; pero, sin embargo, con ella parece iniciarse una nueva reforma de

la sanidad pública -la enésima-, como siempre, introduciendo cambios en la organización<sup>3</sup>.

Pese a su larga discusión, el contenido normativo de esta disposición se limita a un sólo precepto. Dice así:

*"1. En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.*

*En el marco de lo establecido por las leyes, corresponderá al Gobierno, mediante Real Decreto, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas -en los ámbitos de sus respectivas competencias-, determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados.*

*2. La prestación y gestión de los servicios sanitarios y socio-sanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios pro-*

---

<sup>1</sup> El presente trabajo, corregido y ampliado, tiene su origen en la ponencia que el autor presentó en el VI Congreso "Derecho y Salud", titulado "La Sanidad Pública: problemas pendientes", celebrado en Valladolid los días 15 a 17 de octubre de 1997.

<sup>2</sup> Comentado por Pemán Gavín, J., "Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio)", en obra colectiva Reforma y Liberalización económica, Civitas, Madrid, 1996, págs. 320 a 330.

---

<sup>3</sup> Con razón se ha dicho que la historia de la sanidad española es la historia de la organización. Desde la Ley de Bases de Sanidad Nacional (1944) hasta que la Ley General de Sanidad (1986) declara lo organizativo elemento esencial de lo básico. Véase, Morell Ocaña, L., "La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria", Revista de Administración Pública, 63, 1970, págs. 161 y 162.

*pios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad*".

Por primera vez una norma califica la sanidad de servicio público<sup>4</sup>. En rigor se dice que tiene la condición de servicio público, no que lo es, quizás por entender que su declaración como tal arrastraría la titularidad pública excluyente sobre la actividad (ex art. 128.2 de la Constitución). Cuando ni el monopolio público es admisible en la asistencia sanitaria (art. 43.2 en relación con el art. 38 de la Constitución), ni aquella calificación acarrea siempre la publicatio de la actividad. No obstante, estas dudas tienen su explicación cuando se considera que, en su origen y configuración legal (1942 y 1963), la asistencia sanitaria de la seguridad social era una de las prestaciones de ese seguro público obligatorio, que se basaba en la condición de beneficiario (del cotizante y de su familia), no en la condición de ciudadano, que es lo propio de cualquier servicio público (el caso de la enseñanza obligatoria). La Ley General de Sanidad (1986) no alteró estos principios. El servicio sanitario se desarrolló sobre los pilares de la asistencia sanitaria de la seguridad social: subsiste la obligación legal de cotizar, las prestaciones sanitarias y farmacéuticas son de la seguridad social, la universalización supuso la ampliación de la condición de beneficiario (prestaciones no contributivas), y, hasta hoy, una parte de la financiación sanitaria sigue procediendo de las cuotas sociales, siquiera sea de manera transitoria<sup>5</sup>.

La relación con el sistema de seguridad social no es bastante, sin embargo, para negar la condición de servicio público de la sanidad. En la legislación vigente se encuentran los elementos que conforman el "*régimen jurídico básico del servicio público*", empleando los términos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 157.2). Esos elementos son los siguientes:

1) Las competencias administrativas. Las potestades y los deberes de las autoridades sanitaria recogidos, fundamentalmente, en los art. 40, 41, 42 Y 46 de la Ley General de Sanidad.

---

<sup>4</sup> Doctrina y jurisprudencia formularon esta calificación mucho antes, entre otros, Fernández Pastrana, J.M. *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Madrid, Civitas, 1984, págs. 26 a 39, y Pemán Gavín, J., *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1989, págs. 79 y 80.

<sup>5</sup> De forma transitoria a tenor de la Ley 24/97, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social. Según esta norma, todas las prestaciones no contributivas y las universales de la Seguridad Social, con inclusión expresa de la asistencia sanitaria, se financiarán en su totalidad con cargo a los Presupuestos Generales del Estado antes del ejercicio económico del 2000 (art. 1 de la Ley que modifica el 86.2 y la disposición y transitoria 14a de la Ley de Seguridad Social de 1994). Con ello desaparece el último resquicio que se utilizaba para poner en duda el carácter de servicio público de la sanidad.

2) La determinación del alcance de las prestaciones en favor de los usuarios y sus garantías. Básicamente recogidos en los art. 3, 10 y 14 de la Ley General de Sanidad, y en los RD. 93/95, de 20 de enero y 83/93, de 22 de enero, que contienen los catálogos de las prestaciones sanitarias y farmacéuticas.

3) La declaración de que la actividad es responsabilidad de la Administración de acuerdo con los art. 43.2 de la Constitución, 18 y 46 de la Ley General de Sanidad-.

4) La delimitación del título habilitante del gestor. El contractual a que se refieren los art. 67 y 90 de la Ley General de Sanidad. La acreditación y la autorización que regulan los art. 40.7 y 10 Y 50 y 56 de la Ley General de Sanidad.

5) La determinación de los mecanismos de financiación. En general, impuestos y cotizaciones sociales de acuerdo con el art. 79 de la Ley General de Sanidad; a los que se suma el copago en las prestaciones farmacéuticas previsto por el art. 94 de la Ley del Medicamento.

Como dispone el citado art. 157.2 de la legislación de contratos, ese régimen jurídico debe estar determinado antes de decidir cómo gestionar el servicio, de ahí su que su contenido y alcance sea indisponible para el gestor, sea público o sea privado. Que su prestación se efectúe por un hospital no personificado, una empresa pública sanitaria o un centro concertado resulta de la potestad de autoorganización por las autoridades sanitarias; salvo que la legislación imponga una forma determinada (el caso de las áreas de salud de acuerdo con el art. 56 de la Ley General de Sanidad). Pero cualquiera que sea la forma de gestión, el servicio que se preste debe ajustarse al régimen jurídico básico. La razón es que el modo de prestación no es condición esencial del servicio, por más que, en supuestos de gestión directa, las funciones de regulación (planificación, reglamentación y autorización) se confunden con las de prestación (gestión), haciendo que, en muchos casos, las obligaciones impuestas sobre los gestores sean inexigibles -cuando menos en comparación con los instrumentos de control público sobre los centros y servicios concertados- .

Es sobre este ámbito, el de la gestión, donde se proyecta la Ley 15/97 de habilitación de nuevas formas de gestión. Su trascendencia reside en que abre las puertas a formas de gestión que poco tienen que ver con la decisión de la Ley General de Sanidad en favor de una organización administrativizada e integrada de los servicios sanitarios.

## 1.2 El por qué de la gestión directa en la Ley General de Sanidad

### a) El principio de integración.

La integración de los recursos en un dispositivo único es la clave de la organización de los servicios sanitarios en la Ley General de Sanidad. Su exposición de motivos lo expresa con claridad. Tras repasar la situación precedente concluye: "*se ha mantenido una pluralidad de sistemas sanitarios funcionando en paralelo, derrochándose las energías y las economías públicas, sin acertar a establecer estructuras adecuadas a las necesidades de nuestro tiempo. No obstante ha sido posible mantener un nivel razonablemente eficiente de nuestra sanidad que, sin duda, podrá mejorarse y hacer más rentable y eficaz si se impulsa con firmeza el establecimiento de un nuevo sistema unitario adaptado a las nuevas necesidades*". A su vez, la extensión de un modelo organizativo y su consideración como básico se justifica por dos razones: "*La integración de los servicios sanitarios es básica, no sólo porque sea un principio de reforma en cuya aplicación está en juego la efectividad del derecho a la salud que la Constitución reconoce a los ciudadanos (sic), sino también porque es deseable asegurar una igualdad de las condiciones de vida, imponer la coordinación de las actuaciones públicas, mantener el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y, en fin, lograr una efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como sus prestaciones*".

En suma, el uso eficiente de los recursos disponibles y la garantía de igualdad de los ciudadanos en el acceso a estos servicios y en la calidad de sus prestaciones son las causas del modo en que está organizado este servicio público<sup>6</sup>. La idea es simple: si los recursos forman un todo, no existirá ni duplicación ni despilfarro, tan sólo lo necesario para atender las necesidades de cada uno -tantas camas por tantos habitantes, tantos beneficiarios por cada médico-. Asimismo, la igualdad en las condiciones de prestación requiere una ordenación uniforme de manera que ni la capacidad económica, ni los desequilibrios territoriales y sociales condicionen la calidad del servicio que cada uno recibe. Consecuencia inevitable de este planteamiento es la planificación del servicio público conforme a criterios territoriales y poblacionales bien conocidos: servicios regionales de salud (art. 50 Ley General de

Sanidad), áreas de salud con su hospital de referencia (art. 56 y 65 Ley General de Sanidad), zonas básicas de salud con su centro de atención primaria (art. 62 Ley General de Sanidad). Un modo de ordenar el servicio que también se recoge en el art. 2 de la Ley 16/97, de 25 de abril, de regulación de los servicios de farmacia; si bien, en este caso, los términos apuntan hacia una planificación de mínimos.

La Ley General de Sanidad busca el uso racional y eficiente de los recursos sanitarios disponibles mediante su distribución territorial y poblacional conforme a una planificación de máximos. Con ello mantiene y refuerza el modelo tradicional de organización de la asistencia sanitaria en nuestro país, basado en la asignación de cupos de beneficiarios a cada centro y profesional. Así desde la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad, de 14 de diciembre de 1942 (art. 30 y 31), pasando por la Ley General de Seguridad Social de 1966 (art. 110 y 111), hasta la Ley General Seguridad Social de 1974 (art. 110 y 111). La principal aportación de la Ley General de Sanidad fue la integración de la mayor parte de los sistemas sanitarios públicos preexistentes en uno sólo (funcionarios locales, beneficencia, etc).

### b) El por qué de la gestión directa de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

El principio de integración de los servicios no prejuzga que la gestión de las prestaciones deba ser directa o indirecta. Que la mayor parte de los centros, servicios y establecimientos sanitarios en los que se atiende a los usuarios sean de titularidad pública, es el resultado del complejo proceso de publicación de la seguridad social. A efectos de este estudio, las claves a considerar son las siguientes:

En primer lugar, la gestión directa fue, en buena medida, consecuencia del "éxito" de la seguridad social español<sup>7</sup>. En efecto, cuando en 1942 se crea el Seguro Obligatorio de Enfermedad, encargando su funcionamiento al Instituto Nacional de Previsión, la Seguridad Social carecía tanto de profesionales, como de centros sanitarios propios. Inicialmente, por tanto, la asistencia sanitaria a los trabajadores y sus familias se canalizó mediante contratos de prestación de servicios con los centros y hospitales de las Administraciones Locales y privados, fundamentalmente religiosos. El art. 29 de esa Ley se refiere a conciertos con cajas de empresas, mutualidades e igualatorias. Las deficiencias de estas instalaciones, unida a la gran cantidad de recursos de que pronto dispuso la Seguridad Social, explican la construcción de una red propia de hospitales, "las residencias sanitarias", y de ambulatorios, en las que presta servicio el personal estatutario. Que pudo ser

<sup>6</sup> Ampliamente, Muñoz Machado, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, págs. 104 a 108, y Pemán Gavín, ob. cit. págs. 86 y 87. En contra, poniendo el acento en la delimitación de los derechos -prestaciones de los usuarios y en los mecanismos para su exigibilidad, Villar Rojas, F., "*La ordenación sanitaria de Canarias: límites competenciales*", en obra colectiva *Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna*, La Laguna, 1993, vol II, págs. 1055 a 1076.

<sup>7</sup> En este sentido, Velarde Fuertes, J., *El tercer viraje de la Seguridad Social en España. Aportaciones para una reforma desde la perspectiva del Gasto*, Madrid, 1990, 423 págs., en especial, págs. 204 a 208.

de otra manera lo evidencia con claridad la reducida red de centros propios en el caso de la asistencia social de la seguridad social. El declive de la asistencia sanitaria local y la expansión de la prestada por la Seguridad Social convirtió a ésta en la red asistencial más importante del país.

En segundo lugar, en la Ley de bases de la Seguridad Social de 1963 se encuentra un elemento decisivo: la prohibición expresa de que la ordenación y la actividad de ese seguro público pudiera servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil (base 1ª, nº 1). En su exposición de motivos se justifica esa medida afirmando que "la inexistencia de ánimo de lucro es una de las causas que explica más satisfactoriamente, no sólo la gestión pública, sino también la pervivencia y esplendor a través de los siglos del fenómeno mutualista". De ahí la prohibición de actuar en el ámbito de la Seguridad Social obteniendo o buscando lucro. Es evidente que esta disposición no determinó ese modo de gestión, también lo hicieron otras normas de la época (la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944 y la Ley de Hospitales de 1962), pero sí expresa el entendimiento que el legislador de entonces tenía sobre la cuestión. Este rechazo a "hacer negocio con la salud" permite entender también la tradicional ausencia de control económico y gestión empresarial de los centros sanitarios públicos, al identificar cualquier cuestión económica con un ánimo de lucro.

En tercer lugar, la "administrativización" del seguro público, y de las entidades gestoras, fue la consecuencia del incremento de la aportación estatal (presupuestaria) al sistema de seguridad social, lo que condujo de manera inexorable a un mayor control del gasto y a la aplicación de las normas propias de las Administraciones Públicas<sup>8</sup>.

De la importancia que, desde entonces, ha tenido la gestión directa da cuenta el hecho de que la primera regulación de los conciertos data del comienzo de los años ochenta y se contiene en una disposición normativa general de mínimo rango, la Resolución de 11 de abril de 1980 (dictada en desarrollo del art. 211 Ley General Seguridad Social de 1974, hoy art. 199 del Texto Refundido de 1994 ).

c) El art. 43.2 de la Constitución no impone la gestión pública del servicio.

La Constitución ni afectó ni modificó ese modo de organización. El art. 43.2 de la misma no impone la gestión pública directa. Que sea responsabilidad de los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, no implica que el cumplimiento de ese deber deba hacerse con medios de

titularidad pública, tampoco que deba existir una red mínima de centros y servicios sanitarios públicos<sup>9</sup>. Tampoco el art. 41 impone la gestión directa exclusiva del sistema público de la Seguridad Social. La jurisprudencia constitucional es concluyente: "el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social (salvado el carácter indisponible para el legislador de la garantía constitucional de esa institución) es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema ... el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas..." (ste. 37/94, f.j. 4º, también 187/97, f.j. 15º Y 16º). La gestión directa y administrativizada de la sanidad pública es una decisión de la Ley General de Sanidad. Su calificación como elemento esencial de lo básico en materia sanitaria, también lo es.

Pues bien, la Ley 15/97 autoriza tanto la gestión directa como la gestión indirecta de los servicios y centros sanitarios y sociosanitarios, abriendo las puertas a cualquier forma de gestión y organización admitidas en Derecho. A ellas se dedica buena parte de las páginas que siguen. Pero antes de abordadas es preciso hacer una reflexión sobre la cláusula de autorización al Gobierno para que determine las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal, de cada una de esas nuevas entidades y organizaciones.

### 1.3 Sobre la autorización al Gobierno para desarrollar el régimen jurídico de cada nueva forma de gestión

El segundo párrafo del número 1 del artículo único de la Ley 15/97 autoriza al Gobierno y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas para que regulen el estatuto de cada una de las nuevas formas de prestación. La mención "en el marco de lo establecido por las leyes" evita que se trate de un caso patente de deslegalización, que resultaría contrario a la reserva de ley, material o formal, que rige la ordenación de la mayor parte de las formas de gestión. En unos casos, como las fundaciones públicas, la existencia de una reserva material de ley (art. 34 en relación con el 53.1 de la Constitución); en otros, el carácter básico de la legislación, como en el caso de

---

<sup>9</sup> Así lo entiende la mayoría de doctrina, por todos, Fernández Pastrana, ob. cit. págs. 30 y 31 y Muñoz Machado, ob. cit., pág. 102. Se separa de esta conclusión Tornos Mas, J. En su trabajo "Aspectos constitucionales y distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas" (Libro de Ponencias del 1º Congreso "Derecho y Salud", Comunidad de Madrid, 1993, pág. 23), afirma que: "la Constitución no se limita a exigir que las Administraciones Públicas asuman la tarea de organizar la prestación del servicio, sino que exige que estas realicen de modo directo las prestaciones y servicios necesarios".

---

<sup>8</sup> Para un desarrollo de esta cuestión, Garrido Falla, F., "La administrativización de la gestión de la Seguridad Social", Revista de Administración Pública, 140, 1996, págs. 7 a 24.

los consorcios (sujetos a los principios de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, art. 7, y de la Ley de Bases de Régimen Local, art. 87, ambas dictadas al amparo del art. 149.1.18 Constitución), impone la intervención legislativa previa y limita la potestad normativa otorgada al Gobierno. Igual consideración debe hacerse en relación a las materias presupuestarias y patrimoniales, tanto en el ámbito estatal, como en el autonómico. La expresa mención al "*régimen de garantías de la prestación*" requiere un comentario particular.

Se trata, sin ninguna duda, de una materia que excede de lo organizativo, de lo instrumental, para formar parte del régimen básico del servicio público sanitario sujeto a reserva material de ley. En efecto, en relación con la obligación pública de tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, la Constitución ordena que: "*La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*" (art. 43.2). Corresponde a la ley fijar los derechos que dan contenido al de asistencia sanitaria, pero también le compete determinar los mecanismos e instrumentos jurídicos que garanticen la prestación del servicio sanitario (en este sentido, el art. 10 de la Ley General de Sanidad); de lo contrario, el derecho se convertiría en una mera declaración de intenciones, al devenir inexigible. En consecuencia, pese a los términos del precepto, la regulación de esas garantías corresponde la legislador y, una vez establecidas, serán vinculantes para cuantos se encarguen de la prestación del servicio, cualquiera que sea la forma o modo elegido para ello, pública o privada, personificada o no.

## **2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN**

### *2.1 Las empresas públicas sanitarias: apunte*

La Ley 15/97 generaliza las previsiones sobre prestación de servicios sanitarios mediante empresas públicas, que sujetan su funcionamiento al derecho privado, admitidas con anterioridad por un buen número de leyes territoriales de ordenación sanitaria. De ellas existen ya bastantes ejemplos (*Sistema de Emergencias Médicas*, 1992, adscrita al Servicio Catalán de la Salud, *Hospital Costa del Sol*, 1992, vinculada al Servicio Andaluz de Salud, o *Alta Tecnología Sanitaria, S.A.*, 1992, adscrito al Servicio Vasco de Salud), de los que se ha dado cuenta en otro lugar<sup>10</sup>.

En unos casos, esas entidades adoptan formas jurídico-públicas (organismos autónomos y entidades públicas empresariales siguiendo la nomenclatura de los art. 41 a 65 de la

Ley 6/97, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado), lo que las sitúa entre las entidades de naturaleza pública mencionadas en la Ley 15/97. En otros, esas organizaciones asumen formas mercantiles (de acuerdo con el art. 6.1.b de la Ley General Presupuestaria), lo que encaja con las entidades de titularidad pública también aludidas en aquella Ley. Pero, independientemente de la forma de personificación, todas esas organizaciones comparten cuatro notas definidoras: 1) cada una es responsable de la gestión de un servicio sanitario determinado - en los casos mencionados más atrás, el transporte sanitario urgente, la atención hospitalaria en un área determinada, o la aplicación de alta tecnología-; 2) tienen personalidad jurídica propia, pública o privada, y cuentan con un patrimonio propio, garantía de su autonomía; 3) todas son empresas públicas en la noción comunitaria (desde la Directiva 80/723/CEE); y 4) todas se sujetan a un ordenamiento jurídico singular, caracterizado por la no aplicación de las normas sobre formación de la voluntad de las Administraciones Públicas, la flexibilidad de las reglas sobre uso y disposición de los fondos públicos, y la voluntad de sujetarse al derecho privado en las relaciones externas (contratación de bienes, servicios y personal, y gestión del patrimonio). Personificación y sometimiento a un ordenamiento "ad hoc" son los mecanismos con los que se pretende asegurar la autonomía suficiente para que puedan actuar con la flexibilidad y libertad de las empresas privadas, sin las trabas que soportan las Administraciones Públicas.

El fundamento de esta reorganización de las formas de prestación de los servicios sanitarios -como en general, de la provisión de los servicios públicos- es mejorar la eficacia en la gestión, actuando con criterios empresariales, para lo cual es imprescindible otorgar la máxima autonomía a los centros sanitarios. Las exposiciones de motivos de las normas de creación suelen repetir que el deficiente funcionamiento de los servicios es debido al encorsetamiento de la gestión por normas administrativas: la Ley de Procedimiento Administrativo Común, con sus requisitos sobre toma de decisiones, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con sus principios de objetividad, publicidad y concurrencia, la legislación funcionaria!, con sus presupuestos de igualdad, mérito y capacidad, las leyes presupuestarias con sus exigencias sobre control de gastos, y las leyes sobre patrimonio, en cuanto limitan la capacidad de disposición sobre los bienes públicos. Frente a ello, una gestión eficaz demanda flexibilidad jurídica; la que ofrecen el derecho mercantil, el civil y el laboral. Con ellos sí se puede contratar de forma directa, cambiar el régimen retributivo del personal, o utilizar el patrimonio como cualquier sociedad mercantil. El Informe Abril (1991) dedicó un buen número de páginas a explicar la carga que supone una gestión sometida a normas administrativas y a

<sup>10</sup> Villar Rojas, F., "*La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud*", Revista Derecho y Salud, 2/2, 1994, págs. 98 a 106.

resaltar las virtudes del derecho privado<sup>11</sup>. Lo llamativo - desde sus primeras manifestaciones- es que en los estatutos de estas empresas no se delimitan los fines que permitan controlar si la gestión es eficaz, tampoco los objetivos y estándares de rendimiento que sirvan para evaluar la calidad; ni las vías que permitan a los ciudadanos exigir su cumplimiento. Se trata de "escapar del Derecho Administrativo", de los equilibrios que subyacen en este ordenamiento, para actuar conforme al Derecho Privado, pero sin asumir los fundamentos y equilibrios de este ordenamiento; el más importante, la libre competencia<sup>12</sup>.

Con todo, los tribunales vienen reconduciendo poco a poco esa huida a sus justos términos. Y es que, pese al disfraz que adopta, detrás de esas empresas se encuentra un poder público responsable de la prestación del servicio, que nombra y cesa a los directivos de esa empresa, que aprueba o autoriza las decisiones más relevantes, que financia sus actividades, en suma, que se sirve de esa organización para el cumplimiento de sus fines. Como poder público está sujeto por una serie de mandatos constitucionales de los que no puede separarse; a lo sumo de manera transitoria, lo que tarde en responder el sistema jurídico. La doctrina del Tribunal Constitucional para explicar y responder a este fenómeno es nítida: en unos casos se refiere a la "*relación de dependencia*" de esas entidades interpuestas respecto de los poderes públicos (ste. 35/83, f.j. 3º), en otros habla de la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado en cuanto "*remiten su titularidad final a una instancia administrativa, inequívocamente pública*", como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexian dichos entes con la Administración de la que dependen (ste. 14/86, f.j. 8º); en fin, que la Administración actúe sometida al Derecho Mercantil o Civil -tiene declarado también- no la exonera de su deber de respetar el orden constitucional de competencias (ste. 52/94, f.j. 5º). La jurisprudencia comunitaria avanza en el mismo sentido como ejemplifica la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 15 de enero de 1998, en el asunto C-44/96. A los efectos de determinar la aplicabilidad o no de las normas comunitarias sobre contratación pública, esa resolución judicial define como organismo de Derecho Público cualquier organismo con personalidad jurídica creado para servir necesidades de interés general y cuya

actividad dependa de una entidad pública territorial o de otro organismo de derecho público. Estos razonamientos determinan la sujeción de estas "entidades y empresas públicas" a los mandatos constitucionales que disciplinan el actuar de los poderes públicos.

En conclusión, insistiendo en lo dicho en otra ocasión, la reordenación de la gestión de los servicios sanitarios es tan sólo una manifestación de la denominada privatización de la organización de los servicios sin cambio de titularidad, esto es, de la gestión jurídico-privada de servicios en mano pública. En realidad, un caso de desadministrativización de la gestión de estos servicios. No cambia ninguna de las reglas básicas del servicio público. Tampoco los centros que adoptan formas privadas pierden su posición de monopolio administrativo: la planificación territorial y poblacional de los servicios les asegura un número de usuarios obligados a recibir sus prestaciones. El único cambio afecta a lo instrumental: las normas que rigen el funcionamiento de cada centro que dejan paso a normas privadas. Pero ni cambia el modo de gestión, que sigue siendo directo, ni se produce la privatización del servicio público<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Particular mención merece el proceso de conversión de la autoridad sanitaria en una entidad pública instrumental, con personalidad y patrimonio propios, que sujeta su actividad externa al derecho privado. La legislación más reciente intenta separar las funciones que, por suponer ejercicio de potestades, quedan sometidas al derecho administrativo, de aquellas otras que pueden realizarse de conformidad con las normas jurídico-privadas.

Ejemplifican esta separación el art. 4 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña, según la redacción dada por la Ley 11/95, de 29 de septiembre, conforme al cual, la regla general de funcionamiento del Ente Público, Servicio Catalán de la Salud, es el Derecho Privado. No obstante, el legislador precisa que se somete al Derecho Público en: las relaciones del ente público con el Departamento de Sanidad, el régimen patrimonial, el régimen financiero, presupuestario y contable, el régimen de impugnación de sus actos y de responsabilidad patrimonial, y uno especialmente relevante, las relaciones de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública con el Servicio Catalán de la Salud. La tensión subsiste en materia de contratación. Se somete a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero se remite a unas normas específicas para los conciertos sanitarios contenidas en el Decreto 169/96, de 23 de mayo-. Igual referencia merece el art. 21 de la Ley 8/97, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, que si bien declara con carácter general la sujeción del ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud al Derecho Privado en cuanto a su régimen económico, hacendístico-financiero, organización y funcionamiento interno y relaciones jurídicas externas, somete al Derecho Público las cuestiones referidas a la Hacienda General del País Vasco, las relaciones con el Departamento de Sanidad, la contratación según las previsiones de la legislación básica del Estado, el régimen de personal, y en general cuando ejerza potestades administrativas, patrimonio y en materia de responsabilidad patrimonial ante terceros por el funcionamiento de sus servicios. Lo singular de esta norma -a los efectos de eSTC trabajo- es el cambio que se introduce en materia presupuestaria, económica y financiera al admitir, a partir de la separación de funciones de regulación, financiación y provisión, que los centros sanitarios que lo soliciten cuenten con una suerte de caja descentralizada (tesorería propia y facturación por servicios a terceros y al Departamento de Sanidad), y se rijan por un sistema económico contable privado, que les asegura un grado notable de

---

<sup>11</sup> Informe elaborado por la "Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno en el momento actual y futuro", creada por el Consejo Interterritorial de Salud (4 de junio de 1990) en cumplimiento del acuerdo adoptado por el Congreso de los Diputados instando al Gobierno a su constitución (acuerdo de 13 de febrero de 1990). Rindió su informe en julio de 1991.

<sup>12</sup> De entre la abundante bibliografía generada en torno a estas cuestiones, últimamente, Martín-Retortillo Baquer, S., "*Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo*", Revista de Administración Pública, 140, 1996, págs. 25 a 67.

## 2.2 Las fundaciones públicas sanitarias

### a) Antecedentes y régimen jurídico estructural.

La forma de gestión directa que parece querer impulsar la Ley 15/97 es la fundación sanitaria. Otra vez, el legislador estatal da cobertura a una organización ya utilizada por algunas Comunidades Autónomas. Galicia con la *Fundación Hospital Verín* (1993), que tiene por objeto en el área de influencia de ese hospital realizar actividades de promoción, prestación y gestión directa o indirecta de servicios sanitarios, además de docencia e investigación, y la *Fundación Centro de transfusión de Galicia* (1991), responsable del servicio público de hemodonación y hemoterapia en esa Comunidad Autónoma. y Cataluña con la *Fundación Augusto Pi y Sunyer* (1991), Fundación Privada de la Ciudad Sanitaria de Bellvitge para la promoción y difusión de la investigación médica. Pero, a diferencia de las que hemos denominado empresas públicas, el interés en crear fundaciones sanitarias está ya acreditado. Entre la publicación del R.D.-L. 10/96 Y la aprobación de la Ley 15/97, el Gobierno autorizó la constitución de dos fundaciones: el "*Hospital Alcorcón*" y el "*Hospital Manacor*", para gestionar dos nuevos hospitales de la red del Instituto Nacional de la Salud<sup>14</sup>.

El régimen estructural de estas fundaciones públicas requiere diferenciar tres aspectos<sup>15</sup>: 1) lo que tiene de privado por ser

---

autonomía en la gestión (cfr. art. 17 a 19 del Decreto 225/97, de 11 de noviembre, que aprueba los Estatutos Sociales del Ente Público).

En uno y otro caso, la separación deja interrogante s sin respuesta. Es el caso de la responsabilidad patrimonial frente a terceros del Servicio Vasco de Salud. El problema es si este régimen alcanza también a su actividad prestacional a través de terceros, bien mediante entidades instrumentales, bien por concierto sanitario, o, por ser una excepción al régimen privado general, quedan fuera de esa clase de responsabilidad -con independencia de los mandatos constitucionales y legales sobre esta materia-. Con todo, esta separación entre público y privado en sanidad encaja con la distinción entre el régimen básico del servicio y sus modos de gestión. y, con ello, se reduce el riesgo más grave de la conocida huida al derecho privado: el de una empresa mercantil dictando actos administrativos (en palabras de Villar Palasí, J.L., "*Tipología de los entes instrumentales en Derecho Administrativo*", Libro Homenaje a M. Clavero Arévalo, Civitas, Madrid, 1994, t. 1, pág. 160).

<sup>14</sup> La aplicación de esta forma de organización a otros ámbitos públicos es escasa. Tan sólo la "Fundación Escuela de Organización Industrial", creada por el art. 154 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, a partir de la transformación-extinción del organismo autónomo comercial "Escuela de Organización Empresarial", cuyos fines asume aquella junto a otros. El régimen jurídico se acomoda a la Ley 30/94, contando las excepciones con la cobertura de ser una Ley la que determina su creación. Con todo, su ámbito de actuación nada tiene que ver con la prestación de un servicio público.

<sup>15</sup> La Resolución de 21 de enero de 1997, de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria del Ministerio de Sanidad, dio publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996, por el que se autorizó al INSALUD a constituir determinadas fundaciones al amparo de la disposición final única del R.D.-L. 10/96, del 7 de junio (B.O.E. 32, de 6 de febrero de 1997). En ese mismo acuerdo fueron aprobados los Estatutos de ambas Fundaciones. El estudio que sigue se basa en el contenido de esas normas estatutarias.

persona jurídica de esa naturaleza, 2) lo que tiene de público por cumplir un fin de interés general; y 3) lo que tiene de público porque ese fin sea la realización de prestaciones que son responsabilidad legal de las Administraciones sanitarias. Este último, además, es decisivo para establecer qué modalidad de gestión son las fundaciones sanitarias.

1) En cuanto a su condición de personas jurídico-privadas, cualquiera de las fundaciones mencionadas es una organización sin ánimo de lucro que, por voluntad de una Administración sanitaria, tienen afectado su patrimonio a la satisfacción de un fin de interés sanitario general, ya sea la gestión y provisión de servicios, ya sea la promoción y la prevención, ya sea la docencia y la investigación.

Con antecedentes directos en las leyes autonómicas de fundaciones (Galicia, 1983, Canarias, 1990), su cobertura formal se encuentra en la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, cuyo art. 6.4, con carácter de norma básica, autoriza la constitución de fundaciones a las personas jurídico-públicas, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario; previsión esta última que no aparece en las leyes de ordenación sanitaria autonómicas ni, menos aun en la Ley 15/97. Es preciso resaltar que la facultad de constituir fundaciones que se reconoce a las personas públicas es una decisión del legislador estatal; no es una exigencia constitucional. El art. 34 de la Constitución da cobertura a las fundaciones como mecanismo para la participación de los particulares en la consecución de fines de interés general. Por ello se ha dicho -no sin razón- que las fundaciones públicas desnaturalizan esta institución jurídica<sup>16</sup>.

De conformidad también con la Ley 30/94, las fundaciones hospitalarias citadas tienen personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar, y deberían tener un patrimonio dotacional "*adecuado y suficiente*" -dice el art. 10.1 de aquella Ley- para el cumplimiento de sus fines, distinto del patrimonio ordinario. El patrimonio fundacional es un elemento clave de esta institución no sólo porque la diferencia de las empresas públicas sanitarias, sino por lo que aclara sobre su naturaleza jurídica. En efecto, no vale cualquier dotación -como podría valer un capital social "anecdótico" en una empresa pública- sino que ese patrimonio fundacional debe estar en relación con los fines a atender; de otra manera el negocio jurídico fundacional estaría incurso en causa de nulidad.

En el caso de las fundaciones sanitarias, la imposibilidad legal de que una organización que no sea Administración Pública sea titular de bienes de dominio público, junto con la

---

<sup>16</sup> Véase, AA. VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Escuela Libre Editorial y Marcial Pons, Madrid, 1995, 2 vols. La referencia en pág. 50 del vol. I.

prohibición de desmembrar el patrimonio de la Seguridad Social, hace que, en los estatutos, lo que se regule sea el régimen de cesión de los bienes afectos a los servicios que se gestionan, sujetando su enajenación o baja a la previa autorización del Instituto Nacional de la Salud, y en general a la legislación sobre el patrimonio de la Seguridad Social. Por esta razón, los bienes que constituyen la infraestructura de estos hospitales no pueden constituir la dotación de la fundación, con lo que esas organizaciones nacen con una dotación inicial anecdótica, que ni es adecuada, ni es suficiente, para cumplir sus fines y para responder de las obligaciones que contraigan.

Tras el acto fundacional, toda fundación se separa del fundador y opera como sujeto jurídico-privado que sirve los intereses generales que aquél estableció. De esta naturaleza privada deriva que, en principio, en sus relaciones con terceros se someten al derecho privado: en la contratación de bienes y servicios se someten al derecho civil y mercantil, en la contratación de personal se sujetan al derecho laboral; igualmente, la gestión de su patrimonio es privada, con los límites que se señalarán a continuación. Lo cierto es que, como se verá, esta conclusión no es posible mantenerla en el caso de las fundaciones sanitarias.

2) De otra parte, según se adelantó, el régimen de estas organizaciones no es privado en su totalidad. En la medida que se trata de un patrimonio afecto a un fin de interés general, el respeto de la voluntad del fundador y con ello la realización de actividades que sirvan a ese fin, justifican la intervención y el control público sobre su funcionamiento. La Ley 30/94 regula con minuciosidad esa intervención pública. Encomienda su ejercicio a la Administración Pública, que la ejercerá a través del Protectorado, que corresponde al Ministerio de Justicia (art. 32 a 34). En cuanto a su contenido, el control público se refiere a la constitución de la fundación, a su funcionamiento y a su extinción. Tomando como referencia las críticas que se formularon a la desregulación de las empresas públicas, merece particular atención la obligación legal de que los estatutos fijen las reglas de constitución y toma de acuerdos del órgano de dirección de la fundación -el Patronato-, los requisitos legales para adquirir y perder la condición de patrono, la necesidad de autorización previa del Protectorado para determinados actos de gestión y disposición del patrimonio fundacional, la fiscalización del cumplimiento de los fines fundacionales, y la facultad de instar revisión judicial de las actuaciones de la Fundación. Se califique esta intervención de derecho público, o de derecho privado, es manifiesto que responde a la necesidad de establecer mecanismos específicos que aseguren el interés público.

Los estatutos de las fundaciones sanitarias estatales se separan de este régimen jurídico. De una parte, el control público se atribuye al Ministerio de Sanidad (disposición adicional

primera del RD. 316/96, de 23 de febrero), en detrimento del Ministerio de Justicia, con lo que se diluye la separación entre Protectorado y Fundación, entre regulador y regulado, que impone la Ley 30/94 como garantía del adecuado control de las actividades fundacionales. De otra parte, la manifiesta identidad entre los fines fundacionales y las responsabilidades del fundador, el INSALUD, explica que esas fundaciones se sujeten a los criterios de planificación y coordinación y las directrices de carácter general que dicten las autoridades sanitarias en el ámbito de sus respectivas competencias. De este modo, los fines fundacionales no son ya los manifestados en el acto fundacional, ni tampoco su interpretación corresponde exclusivamente al Patronato, bajo la supervisión del Protectorado -como pasa con cualquier fundación privada-, sino que la Administración fundadora conserva la facultad de reinterpretar aquella voluntad, no ya con disposiciones normativas, sino con criterios y directrices carentes de eficacia jurídica, salvo cuando responden al principio de jerarquía.

c) El tercer bloque del estatuto jurídico de estas fundaciones lo forman un conjunto de normas que se explican en la condición pública del fundador y en el carácter de servicio público de los fines que se les encomiendan -de algunas se ha hablado ya-, que quiebran definitivamente cualquier analogía con las fundaciones de la Ley 30/94. Basten algunas de esas excepciones al régimen común:

De forma análoga a las sociedades mercantiles públicas, estas entidades deben elaborar un proyecto de presupuestos de ingresos y gastos, el cual, junto a una memoria explicativa y la cuenta de explotación, serán incorporados a los Presupuestos Generales del Estado. Nada se indica sobre quién tiene la competencia para su aprobación, pero parece que debe ser el Gobierno, en línea con las sociedades estatales (art. 6.1.a Ley General Presupuestaria y concordantes). La concertación de préstamos requiere la aprobación por el Patronato Rector, dentro de los límites fijados por las leyes de presupuestos. En cuanto a los ingresos, se prevé la posibilidad de recibir subvenciones, como cualquier otra empresa pública, además de los eventuales ingresos extraordinarios que, en concepto de donación, pudiera percibir<sup>17</sup>.

Estas fundaciones se someten a las reglas de la contabilidad pública, no a las de la contabilidad privada exigibles a cualquier fundación. El control financiero se atribuye a la Intervención General de la Seguridad Social.

En conclusión, de los estatutos de las fundaciones sanitarias públicas resulta la misma relación de instrumentalidad con la Administración Sanitaria que la que existe con las empresas

---

<sup>17</sup> En la posterior Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, en el art. 15, se establecen determinados controles sobre el presupuesto de estas entidades, controles que se encomiendan al Ministerio de Hacienda.

públicas sanitarias. La Administración aporta los bienes que forman el patrimonio dotacional y el ordinario. Los fines de interés general que persigue la fundación son obligaciones prestacionales de la Administración constituyente. Los miembros del Patronato son nombrados por la Administración fundadora, coincidiendo con los cargos directivos de ésta. Aquella establece sus líneas generales e interviene sus decisiones más importantes: los actos de gravamen o disposición sobre el patrimonio. A diferencia de cualquier otra fundación, en el caso estatal, el responsable del servicio, el Ministerio de Sanidad, asume las funciones de protectorado, rompiendo el principio de separación entre el regulador y el regulado. En suma, estas instituciones, como antes las empresas públicas, son un instrumento ideado para mejorar la eficacia de un servicio del que es titular el fundador, titular también de su patrimonio. Se trata, por ello, de un nuevo ejemplo de gestión con normas jurídico-privadas de un servicio en mano pública, sin cambio de su régimen jurídico básico.

b) ¿Las fundaciones sanitarias públicas son fundaciones?

El conjunto de excepciones al régimen de la Ley 30/94 que contienen los estatutos de las fundaciones hospitalarias, agravado por el rango del acuerdo que establece su inaplicación parcial, obliga a preguntarse si realmente esas fundaciones merecen esa calificación y, de serlo, cómo se explica la derogación singular de la Ley que las regula<sup>18</sup>.

Lo cierto es que esas fundaciones sanitarias no son fundaciones de la Ley 30/94 o, si lo son, tanto su constitución como sus estatutos están incurso en causa de nulidad por infracción del principio de reserva de ley material. En ningún caso un acuerdo del Gobierno puede desplazar, inaplicar o derogar singularmente una ley básica estatal. Del contenido de sus estatutos, también del acto de constitución con un patrimonio dotacional insuficiente, lo que resulta es una relación de dependencia e instrumentalidad con la Administración sanitaria, más próxima a un organismo público, incluso a una sociedad estatal, que a una fundación<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> En este sentido, muy crítico, Piñar Mañas, J.L., "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", Revista Española de Derecho Administrativo, 97, 1998, en especial, págs. 56 a 61.

<sup>19</sup> De los estatutos de estas dos fundaciones resulta una mezcla del régimen propio de las sociedades estatales (por ejemplo en su constitución y régimen económico, financiero, presupuestario y contable), con el régimen de las fundaciones de la Ley 30/94, y con el de los organismos públicos, en este caso por carecer de patrimonio dotacional adecuado y suficiente, teniendo los bienes que conforman el hospital en régimen de adscripción. Tal cúmulo normativo recuerda a las Fundaciones Públicas del Servicio, de los art. 85 a 88 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, luego transformadas en los actuales organismos autónomos locales (art. 85.3.b de la Ley de Bases de Régimen Local), de los que dio cuenta Albi, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, 1960, págs. 329 a 345.

Que no son fundaciones "stricto sensu" lo evidencia la mera proyección de los criterios de clasificación de los modos de gestión de la Ley 15/97. De su tenor resulta que las fundaciones sanitarias deberían ser un modo de gestión indirecto puesto que ni tienen naturaleza pública, ni son de titularidad pública -que lo fuera el fundador no transforma su naturaleza-. En cambio, la relación de instrumentalidad que las vincula a todos los efectos con una Administración Sanitaria impone su inclusión entre los modos directos de gestión, entre aquellos que tienen personalidad jurídica privada. La aplicación de los criterios jurisprudenciales empleados para encontrar a la Administración detrás del disfraz de empresa pública -más atrás expuestos- lo confirman. En la misma Ley 15/97 se encuentra un dato clarificador. Se define la gestión indirecta excluyendo la prestación y gestión "con medios propios", esto es, el caso de las fundaciones sanitarias<sup>20</sup>.

La consecuencia necesaria de lo expuesto hasta aquí no puede ser otra que la sujeción de esas fundaciones hospitalarias, en primer término, a los mandatos constitucionales que vinculan a los poderes públicos (art. 14,23.2,31, 103.1 Y 106 de la Constitución), así como a las normas que los desarrollan, y en segundo término, al régimen jurídico básico del servicio público, del que no pueden separarse. Únicamente puede quedar la duda sobre su régimen de contratación, que parece sea análogo al de las sociedades públicas, esto es, privado pero sujeto a los principios de publicidad y concurrencia (disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). y es que las fundaciones sanitarias no son sino una nueva manifestación de huida del derecho administrativo, más aun, de huida del propio derecho privado de las fundaciones hacia un estatuto jurídico propio plagado de excepciones<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> El primer borrador de anteproyecto de Ley de Fundaciones Públicas Sanitarias confirma cuanto se ha dicho (julio de 1998). Su objeto es desarrollar el régimen de una de las formas de gestión de naturaleza y titularidad pública de la Ley 15/97, con lo que se separa de la Ley 30/94. Configura esa clase de fundaciones como entidades públicas empresariales de las previstas por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 1997. Ello determina, entre otras consecuencias, la sujeción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 1.3), al menos mientras esta ley básica no sea modificada como se explica en la memoria de ese borrador normativo. Se resuelve con ello la imposibilidad de dotadas de un patrimonio adecuado y suficiente por tratarse de bienes pertenecientes al patrimonio de la Seguridad Social. En cuanto a quién puede crearlas, el borrador pretende que pueda hacerlo el Consejo de Ministros por Real Decreto, en línea con las ya existentes; pero la personalidad jurídica pública es materia sujeta a reserva de Ley.

<sup>21</sup> La exposición de motivos de la Ley 15/97 se refiere también a los consorcios. Como es sabido, se trata de una Administración instrumental, con personalidad jurídica propia, constituida por Administraciones Públicas y, en su caso, entidades privadas sin ánimo de lucro, para el ejercicio conjunto de sus competencias. Su constitución es voluntaria, salvo en los casos en que la Ley impone su creación y delimite sus funciones.

### 2.3 La gestión indirecta: "mediante acuerdos, convenios o contratos"

a) Alcance de la Ley 15/97: apertura a nuevas formas indirectas de gestión.

Como fue destacado, la Ley 15/97, de 25 de abril, sitúa en un plano de igualdad los modos de gestión directa de los servicios y centros sanitarios y sociosanitarios con los de gestión indirecta, sin limitar el ejercicio de la potestad de organización de las Administraciones responsables. Esta equiparación exige considerar si este mandato altera los principios rectores de la concertación sanitaria establecidos en la Ley General de Sanidad (art. 66 y 90).

Esta Ley carece de eficacia derogatoria sobre la Ley General de Sanidad. Su contenido organizativo, la indefinición de su cláusula derogatoria, y la falta de pronunciamiento, sobre su carácter básico sustentan esa afirmación. La equiparación entre los dos modos de gestión tampoco altera los principios de la concertación. Que la Administración pueda elegir entre la gestión directa o la indirecta no es contradictorio con el principio de que la gestión concertada requiera previamente la óptima utilización de los recursos propios (art. 90.1 de la Ley General de Sanidad). Este principio es manifestación de los principios de buena administración y de economía que rigen el actuar de cualquier Administración Pública (art. 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Tampoco pugna con el principio de preferencia de los centros privados sin ánimo de lucro cuando se den análogas condiciones de eficacia, calidad y costes (art. 90.2 de la Ley General de Sanidad). Se trata -como se dijo- de un título que sirve de cobertura a la concertación, más importante por el cambio que representa en el entendimiento tradicional de la gestión, que por sus efectos sobre la Ley General de Sanidad.

La Ley 15/97 admite que la colaboración privada en la gestión de la sanidad pública se realice mediante acuerdos, convenios o contratos, en los términos de la Ley General de Sanidad. El significado de esta última expresión no es limitativo. Ciertamente que no se recogía en el texto del R.D.-L. 11/96, pero carece de efectos restrictivos. No se trata de reducir esos acuerdos a las formas previstas en la Ley General de Sanidad (convenios singulares de vinculación y conciertos sanitarios). De hacerlo, este mandato resultaría superfluo e inútil. Por el contrario, esa referencia implica la sujeción de los acueltrilos convenios y contratos que se suscriban a dos mandatos: 1) las

normas sobre gestión indirecta que contiene aquella Ley, obviamente a los que tienen carácter básico; y 2) las normas que configuran el estatuto del paciente, sus derechos y deberes, entre ellos la existencia de la lista de espera única (art. 16 de la Ley General de Sanidad).

Adoptando un enfoque más general, el precepto que se analiza no es sino una manifestación más del art. 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dice ese precepto: "*la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración*"; si bien, debe recordarse, este principio no equivale a la libertad de contratación de los particulares del art. 1255 del Código Civil, habida cuenta la vinculación de la Administración a la Ley (art. 103.1 de la Constitución). De este mandato resulta, en consecuencia, la posibilidad de utilizar cualquiera de las modalidades de gestión contractual de servicios públicos admitidas en Derecho, con excepción de aquellas que estén prohibidas o sean manifiestamente incompatibles con el servicio sanitario.

Abordar el estudio de cada uno de esos acuerdos, convenios y contratos excede con mucho de los fines de este trabajo. Lo mismo que volver a repasar el régimen de las formas tradicionales: los convenios singulares de vinculación y los conciertos sanitarios, para los centros sanitarios privados, junto con los convenios de adscripción e integración para los centros sanitarios públicos, de lo que se ha dado cuenta en otro lugar<sup>22</sup>. Lo importante es resaltar que con esta Ley tiene cabida en la provisión de servicios sanitarios públicos cualquier acuerdo, convenio o contrato, con independencia de su forma y contenido. Ello es cobertura suficiente para fórmulas tan novedosas, en el ámbito de la sanidad pública, como la concesión del "Hospital de Alcira" o la eventual extensión a las cooperativas de profesionales sanitarios en la atención primaria<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Villar Rojas, F.J., *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 103 a 107, sosteniendo la naturaleza de contratos de gestión de servicio público. Considera, en cambio, que el convenio singular es una resolución administrativa necesitada de aceptación, Menéndez Rexach, A., "*Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario*", Libro de Ponencias del In Congreso Derecho y Salud, Pamplona, 1995, págs. 73 a 93.

<sup>23</sup> La primera referencia legal a las llamadas "cooperativas" de profesionales sanitarios se encuentra en la disposición adicional 10ª de la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña). En ella se prevé que las regiones sanitarias puedan establecer contratos de gestión de servicios y establecimientos sanitarios con entidades de base asociativa, legalmente constituidas, con personalidad jurídica propia, integradas por profesionales sanitarios, con preferencia a quienes vienen trabajando por el Servicio Catalán de la Salud, que previamente hubiesen sido acreditadas. El Decreto 309/97, de 9 de diciembre, regula esa acreditación y determina las formas jurídicas que pueden adoptar esas entidades: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad laboral y cooperativa. El Plan Estratégico del Insalud (publicado en

---

Su norma básica de organización y funcionamiento son sus Estatutos. Cfr. Nieto Garrido, E., *El consorcio administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1997, 258 págs. *pássim*. Sobre los consorcios sanitarios, las reflexiones de Lafarga i Traver, J.L., "*El consorcio: instrumento al servicio del consenso en la gestión de los servicios sanitarios. La experiencia en Cataluña*", en *Revista Derecho y Salud*, vol. 2/2, 1994, págs. 107 a 112.

b) *Sujeción de la gestión indirecta a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

La ampliación de los modos de gestión indirecta del servicio público sanitario obliga a considerar la cuestión de la sujeción de esos acuerdos, convenios y contratos con personas o entidades públicas o privadas, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El problema que subyace es el siguiente: la planificación territorial de los servicios -un número de camas por tanta población, incluyendo hospitales privados-dificulta, si no impide, la aplicación del principio de concurrencia, sobre todo en la asistencia especializada. En la mayor parte de las áreas de salud, existe un único hospital, consecuencia de aquella opción legislativa por la integración y planificación de los recursos, con lo que se hace muy complejo elegir. Podría haber concurrencia por un contrato de prestación de servicios sanitarios, pero salvo el centro instalado en la zona, todos los demás agravarían la condición de los usuarios, obligados a desplazarse fuera de su residencia para recibir la asistencia, o requerirían una duplicación de los servicios disponibles. Es evidente, por otra parte, que esta limitación no alcanza a todas las prestaciones. En el transporte sanitario, la asistencia ambulatoria, o tratamientos como la hemodiálisis, no digamos la adquisición de medicamentos, la competencia es real y ello permite aprovechar las ventajas de la concurrencia.

No es este el lugar para dar una solución a este problema, tan sólo para apuntar algunos elementos para su estudio. Presupuesto inexcusable es que la asistencia sanitaria pública es un servicio público y, por tanto, su prestación por particulares está sujeta por los principios de publicidad y concurrencia ordenados por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 155 y 160). Se exceptúan los casos en que la gestión se realice mediante la creación de entidades públicas instrumentales, ya tengan personalidad pública o privada. Se trata de ejemplos de gestión directa de servicios públicos y nadie puede contratar consigo mismo (art. 155.2). El conflicto queda centrado en aquellos casos en los que se encomiende la prestación a una Administración Pública distinta de la titular del servicio público, o a una entidad instrumental dependiente de aquella.

En este caso, cabe preguntarse si son admisibles las fórmulas de los convenios de colaboración interadministrativos, negocio jurídico excluido de aquella ley y, por tanto, del principio de concurrencia (art. 3.1.c Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>24</sup>, teniendo en cuenta, además, que la Ley

General de Sanidad diseña dos modalidades de estos convenios: los de adscripción e integración (art. 50.2 y disposición transitoria primera). La respuesta debe ser negativa. Los convenios de adscripción y de integración son verdaderos convenios interadministrativos, regidos por los principios de autonomía e igualdad en el cumplimiento de los compromisos asumidos, sin que ninguna de las partes esté dotada de las prerrogativas que, en los contratos administrativos típicos, el ordenamiento otorga a la Administración titular del fin de interés general que pretende satisfacerse (art. 60 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). En cambio, encomendar a una entidad local la gestión de un centro o servicio sanitario, ya sea por la vía del convenio de vinculación -en sus efectos, muy cercano al convenio de integración-, ya sea un concierto sanitario, es el objeto típico del contrato administrativo de prestación de servicios públicos y, en consecuencia, esa adjudicación está sujeta a los principios de publicidad y concurrencia<sup>25</sup>. Tampoco es admisible la vía de los convenios de colaboración con sujetos privados (art. 3.1.d Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), en el caso de la constitución de una sociedad pública, habida cuenta que su objeto, la prestación de servicios sanitarios, está comprendido entre los contratos administrativos típicos. En suma, publicidad y concurrencia son principios rectores de los convenios, contratos y acuerdos para la provisión de servicios sanitarios que la Administración pretenda suscribir con personas físicas o jurídicas privadas, tengan o no éstas ánimo de lucro<sup>26</sup>.

Con ello, sin embargo, no se resuelve la tensión entre el principio de concurrencia y la planificación territorial de los servicios. El art. 72 de la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de

---

<sup>25</sup> Sobre esta cuestión, ampliamente, Gómez Martín, M., "El contrato-programa del Hospital Universitario de Canarias", Revista Derecho y Salud, 5/1, 1997, págs. 85 a 96.

<sup>26</sup> Los Servicios Regionales de Salud son los herederos de una polémica, nunca definitivamente resuelta, si las entidades gestoras de la Seguridad Social están o no sujetas a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. De la interpretación conjunta de los art. 43.5 de la Ley de Seguridad Social de 1974 y disposición transitoria I a del Reglamento de Contratos del Estado resultaba la exclusión de los contratos que suscribieran las entidades gestoras del ámbito de la Ley de Contratos del Estado. Pero esa situación normativa cambió a partir de la Orden ministerial de 10 de mayo de 1981, que sometió al derecho público las fases de preparación y adjudicación, dejando al derecho privado la ejecución y extinción del contrato. El art. 83 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985 -y desde entonces anualmente- determinó esa sujeción a la legislación de contratos administrativos, sin que pueda encontrarse título alguno que explicara una excepción en el caso de los conciertos sanitarios. Ampliamente, Bassols Coma, M., "La contratación administrativa en el marco de la Seguridad Social", Libro Homenaje a J. González Pérez, Civitas, Madrid, vol. III. Con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 la cuestión queda resuelta, la misma resulta de aplicación tanto por su ámbito subjetivo (sujeción de contratos de organismos autónomos), como objetivo (gestión de servicio público). Mucho más a la luz de la normativa comunitaria sobre transparencia de la contratación pública: cualquier servicio regional de salud merece la consideración de poder adjudicatario.

---

enero de 1998) también menciona esta figura, si bien las denomina "sociedades médicas".

<sup>24</sup> Para un estudio específico de los convenios de las letras c) y d) del art. 3.2 de esta Ley, Panizo García, A., "Régimen jurídico de los convenios de colaboración", Revista La Ley, 24 de octubre de 1995, 3895, págs. 1 a 5.

Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, abrió una pequeña puerta, al añadir una nueva letra al artículo 160.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

*"f) Los relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertada con medios ajenos, derivados de un convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que éste último haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley".*

De esta forma se incorpora un nuevo supuesto para la utilización del procedimiento negociado en la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos.

Con este precepto se superan las dificultades que suscita el convenio de colaboración interadministrativo como mecanismo empleado para evitar la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia. Su inclusión entre los supuestos en que es admisible el procedimiento negociado tiene un doble efecto: 1) reconocer que esos convenios de colaboración con las entidades locales titulares de centros sanitarios son contratos de gestión de servicios públicos, no un negocio jurídico excluido del art. 3.1.c de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; y 2) resolver para estos contratos el conflicto entre concurrencia y planificación territorial de los equipamientos sanitarios. Resta, no obstante, la duda de si esta exclusión no puede resultar contraria a la garantía constitucional y comunitaria de publicidad y concurrencia de los contratos públicos; aunque por su razón y la situación a que se refiere expliquen la decisión.

En cuanto a los conciertos sanitarios con particulares, la novedad es la aplicación del "contrato marco" a esta clase de contratos administrativos. En efecto, esta categoría aparece en la regulación del contrato de suministro como uno de los supuestos en los que es admisible el procedimiento negociado sin publicidad. Dice el art. 183, letra f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: *"En las adjudicaciones derivadas de un acuerdo o contrato marco, siempre que éste último haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley"*. Esta previsión procede de la Directiva 93/38/CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, una de las disposiciones que conforman el bloque normativo comunitario sobre la contratación en los sectores excluidos<sup>27</sup>. A tenor de la misma, y en relación con los contratos de servicios -que, de forma aproximativa, son todos aquellos que no sean de obras ni de suministro-, el acuerdo marco es aquél acuerdo que tiene por objeto fijar los términos de los contratos de servicios que

hayan de adjudicarse en un período de tiempo determinado, precisando los precios y las cantidades previstas. La excepción de los principios de publicidad y concurrencia solo cabe si en su adjudicación han sido respetados. La incorporación del contenido de esta directiva, en cuanto es aplicable a los contratos de obras y de suministro, explica su mención entre las circunstancias habilitantes del procedimiento negociado en el contrato de suministro.

Es manifiesto que esa directiva no menciona los contratos de gestión de servicios sanitarios, que no tienen cabida en la misma ni por el tipo de contrato -prestación de servicio público-, ni por la clase de servicio -los sanitarios no forman parte de la categoría de sectores excluidos-. Su incorporación al derecho interno es una decisión del legislador dirigida a solucionar el problema expuesto de falta de concurrencia real. Con todo, para obtener sus ventajas, el contrato marco requiere ser adjudicado conforme a los principios de publicidad y concurrencia, pasando a actuar, entonces, como título habilitante de sucesivos conciertos en favor del adjudicatario. Si esta fórmula es mejor que la de acudir al procedimiento negociado *"por no ser posible promover concurrencia en la oferta"* (letra a del art. 160 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), lo que acaecerá en muchos casos en razón de la territorialización de los servicios sanitarios, dependerá de cómo se aplique. El contrato marco puede servir para dar seguridad jurídica a las relaciones entre la Administración contratante y el centro concertado, dando respuesta a la demanda de estabilidad de esta clase de centros; pero también puede producir el efecto contrario si, en lugar de seleccionar a los contratistas, se suscriben acuerdos marco con todos cuantos lo soliciten, para elegir luego libremente entre los que hubieran suscrito aquél acuerdo.

La pugna entre los principios de la contratación administrativa y la falta de concurrencia en la oferta de servicios sanitarios por más que se trata de una situación transitoria que no afecta a todos los servicios- tendría un cariz bien distinto si todos los que reuniesen determinados requisitos pudieran optar a ser concertados -como ocurre en la enseñanza pública-, o bien si, en lugar de una ordenación planificada de la prestación, existiese un mercado regulado de servicios sanitarios basado en la libre elección por el usuario de entre los profesionales, centros y servicios, públicos y privados, homologados o acreditados previamente por la Administración sanitaria. Si todos los que cumplen unos requisitos de calidad pueden prestar servicios, la concurrencia deviene innecesaria, ya sea porque tendrán derecho a ser concertados, ya sea porque serán los usuarios quienes elijan. Pero no es esta la situación de la prestación de servicios. Lo cierto es que los cambios normativos en materia de gestión indirecta confluyen con la el fenómeno de "huida del derecho administrativo" de la gestión directa en un punto crucial: en ningún caso se promueve la libre competencia.

---

<sup>27</sup> Sobre esta directiva, AA.VV., *La contratación pública en los llamados sectores excluidos (agua, energía, transportes y telecomunicaciones)*, Civitas, Madrid, 1997, 403 págs. En torno al contrato marco, págs. 168 y 169.

c) El "Hospital de Alcira"; aplicabilidad de la concesión de servicio público a la sanidad.

De entre las nuevas formas de gestión indirecta que la Ley 15/97 parece admitir, una centró de inmediato la polémica: el contrato de concesión de servicio público para la gestión de la atención sanitaria especializada del área de salud 10 del Servicio Valenciano de Salud, previa construcción y equipamiento del centro hospitalario necesario para la prestación del servicio<sup>28</sup>.

En síntesis, el objeto de la concesión es la construcción del hospital de referencia del área de salud mencionada, que se denominará "Hospital Comarcal de la Ribera", y la gestión del servicio de asistencia sanitaria especializada durante diez años, prorrogables por otros cinco más. Ello supone, no sólo la gestión del centro hospitalario, sino también la gestión de los centros de especialidades, de titularidad pública, de Sueca y de Alcira (este último se integrará en el nuevo Hospital).

Serán beneficiarios de esa asistencia los que tengan derecho a la misma en el área de salud señalada, sin menoscabo de la asistencia urgente. En cuanto al pago, se establece sobre bases capitativas, esto es, un precio por persona y año, habiéndose fijado como tipo máximo de licitación la cantidad de 34.000 ptas. Ese pago incluye tanto el coste de la asistencia que se preste como los de construcción y financiación del nuevo centro hospitalario y su mantenimiento. Con el fin de controlar la gestión y supervisar el funcionamiento del servicio, el Servicio Valenciano de Salud nombrará un funcionario que desempeñará su tarea de control en las instalaciones hospitalarias. Llegado el término del contrato -o en caso de resolución anticipada-, el hospital revertirá al Servicio Valenciano de Salud, integrándose en su patrimonio.

Se trata de una fórmula que facilita la financiación privada de obras públicas (en este caso un hospital); aunque, en rigor, lo que permite es demorar la financiación pública de una infraestructura dado que su coste se termina pagando por la vía del concierto posterior. El valor de este mecanismo es que permite abordar la ejecución de infraestructuras públicas sin necesidad de la previa consignación presupuestaria<sup>29</sup>. Se trata

de una modalidad más de financiación aplazada de infraestructuras públicas que tiene parecido con el contrato de obra llave en mano o con la constitución de sociedades públicas para la contratación de obras hidráulicas y vías públicas, previstos en los art. 158 y 173 de la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. La diferencia con estas últimas es que no se trata de una mera huida al derecho privado, como ocurre con esas fórmulas de gestión, sino que el concesionario es un empresario privado (en concreto una Unión Temporal de Empresas)<sup>30</sup>.

La polémica que ha suscitado esta nueva modalidad de gestión puede centrarse en dos aspectos fundamentales: qué clase de contrato es esta "concesión" y si la concesión de servicio público es compatible con la naturaleza del servicio sanitario.

La duda sobre su naturaleza resulta de su parecido con el contrato de concesión de obra pública (art. 130 y ss. Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Su mejor ejemplo sigue siendo las autopistas de peaje. Pero no lo es. En principio, porque su objeto principal es la gestión del servicio de asistencia especializada, siendo accesoría la construcción del hospital. Pero sobre todo por el modo de pago. En la concesión de obra pública, en cuanto que explotación de una infraestructura, el pago puede corresponder solo al usuario o, en determinados supuestos, a los usuarios y a la Administración mediante una subvención-dotación (art. 130.1 de aquella Ley). En cambio, en este caso, el precio total, aun calculado sobre el número de beneficiarios, lo abona en su totalidad el Servicio Valenciano de Salud.

Tampoco puede considerarse un concierto sanitario (o un convenio singular de explotación) dado que ambas son modalidades contractuales que presuponen la existencia de un centro sanitario en funcionamiento. Empleando la terminología legal, el concierto lo es con empresarios que vienen realizando actividades análogas a las que constituyen el servicio público (art. 157.c de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). En este caso no existe el centro hospitalario. Asimismo debe excluirse la consideración como arrendamiento de servicios, habida cuenta que ello preciaría que el Servicio Regional fuese titular del hospital y cediese en arrendamiento su gestión (art. 85.4.d Ley de bases de Régimen Local y art. 138 del Reglamento de Servicios de las

<sup>28</sup> La convocatoria del concurso público para la adjudicación de la concesión fue publicada en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana (de 25 de febrero de 1997).

<sup>29</sup> Esta clase de medida viene a coincidir con la fórmula británica de construcción de nuevos hospitales públicos. La *Private Finance Initiative* (1996) formulada por el Ministro de Sanidad del último Gobierno conservador británico, y aceptada por el Gobierno Laborista, pretende que los empresarios privados construyan centros hospitalarios garantizándoles una doble contraprestación: un concierto con el Servicio Nacional de Salud (NHS), en el que éste aportaría el personal, y la gestión de todos los servicios complementarios (hostelería, limpieza, catering). De este modo se consigue financiación privada y con ello se intenta minorar uno de los problemas de la sanidad pública: la falta de recursos para nuevos equipamientos. También se responde a uno de los más complejos problemas de las privatizaciones: si las empresas

gestoras son privadas, la inversión en nuevas instalaciones sólo la afrontarán si cuentan con garantías de rentabilidad, lo que requiere un compromiso público de utilización de las mismas (cfr. Villar Rojas, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 223 a 226).

<sup>30</sup> La constitución de sociedades estatales con el fin de convertir en contrato privado de obras lo que no es sino un contrato administrativo de obra pública, ha sido duramente criticado por Martínez López Muñiz, J.L., "*¿Sociedades públicas para contratar obras públicas?*", Revista de Administración Pública, 144, 1997, págs. 45 a 73.

Corporaciones Locales, que prohíbe su empleo en los servicios sanitarios).

Técnicamente, sólo puede ser un contrato de gestión de servicio público, modalidad concesión, dado que sólo esta admite como objeto la realización de las obras e instalaciones necesarias para prestar el servicio además de la gestión efectiva del servicio público (art. 114.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales); que es el objeto del contrato estudiado. Pudiera pensarse que este uso desvirtúa la finalidad propia de la concesión: trasladar a un empresario el riesgo y ventura de la explotación, percibiendo de los usuarios las tarifas pactadas; en otros términos, que no cabe la concesión si el precio total lo paga la Administración. Pero esa conclusión no resulta del la legislación vigente. Que la financiación del servicio y, con ella, la contraprestación del gestor, la fije y abone la Administración es conforme con el ordenamiento vigente (así el art. 115.6ª y 7ª Y 129.2 del citado Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales). Numerosos servicios los reciben los ciudadanos sin pagar una tarifa al concesionario, tan sólo abonando los tributos que correspondan. Es el caso, bien conocido, de la recogida domiciliaria de basuras. En conclusión, que el pago del precio del contrato lo asuma la Administración Sanitaria no es obstáculo a la utilización de esta modalidad de contrato de servicio público.

Mucho más complejo resulta resolver el problema de cómo controlar al concesionario. Tradicionalmente, los conciertos sanitarios se han centrado en la fase de tratamiento, en la realización de determinados actos médicos, previamente diagnosticados en los centros sanitarios públicos. La excepción siempre existió con los centros de titularidad pública local (de las Diputaciones y de los Cabildos Insulares). En cambio, en un caso como la concesión del hospital de Alcira, queda en manos privadas el diagnóstico -y con él las pruebas necesarias para establecer la enfermedad y, si es posible, su causa-, además del tratamiento. En esta situación podría pensarse que el empresario intente ganar más dinero -o ahorrarlo- reduciendo las pruebas diagnósticas, ya sea demorando su práctica en relación con el momento en que se hubieran practicado en un centro público, ya sea dificultando su realización con trabas burocráticas, o bien remitiendo enfermos a la atención primaria o hacia otros centros de referencia. La eventual discriminación en el trato que recibirían estos pacientes frente a los atendidos por centros públicos sería suficiente para rechazar esta nueva forma de gestión. Pero no parece que sean estos los términos a considerar, al menos no son los únicos.

Una valoración completa pasa por ponderar, además, otros dos aspectos. El primero, que no existe limitación jurídica que impida la aplicación de esta fórmula en el ámbito sanitario público. La segunda, que el riesgo descrito lo que exige es idear y desarrollar mecanismos de control por parte de las Administraciones Sanitarias que impidan y, en su caso, co-

rrijan y reparen, esa clase de actuaciones. Para ello basta con dar contenido y ejercitar tanto las potestades que conserva la Administración para asegurar la buena marcha del servicio (art. 156.3 y 164 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), como las que le facultan para proteger los derechos de los usuarios (art. 67.5 y 94 de la Ley General de Sanidad). La aplicación de técnicas como la medicina basada en la evidencia o el establecimiento de protocolos, ideados para controlar las consecuencias económicas de las decisiones médicas, servirían para evaluar y controlar las decisiones de esta clase de gestores.

Sin duda que lo dicho es complicado, no sólo por constituir un cambio drástico en la función de la Administración Sanitaria, sino también por la clase de servicio que es la asistencia sanitaria. A diferencia de otros, en los que su buen o mal funcionamiento es fácil de establecer por consistir en obligaciones de resultado (transportes, comunicaciones), en la sanidad pública es bastante más difícil por tratarse de una obligación de medios. Pero ello no impide la colaboración privada, ni tampoco el establecimiento de normas de calidad y mecanismos de control que aseguren un trato igual para los usuarios que reciban asistencia en centros privados vinculados a la red pública que en los centros públicos<sup>31</sup>.

### **3.- ¿HACIA LA DESREGULACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS?**

#### *3.1 La "privatización de lo organizativo": una de las vías de reforma de la sanidad pública*

El cambio legislativo expuesto, dirigido a introducir formas de organización y gestión alternativas a las tradicionales, constituye una respuesta de alcance bastante limitado a las tensiones que rodean a la sanidad pública, pero que tiene su correlato en la corriente de reformas emprendidas en todo el mundo<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> El problema planteado es común a cuantos casos de privatización de servicios asistenciales se han llevado a cabo en nuestro entorno. Obligación de medios es la asistencia sanitaria, pero también la enseñanza pública y la asistencia social. Introducir competencia en esos servicios no significa que los gestores decidan cuál es el contenido de las prestaciones, ni quiénes reúnen las condiciones para acceder a ellas, ambas decisiones forman parte del estatuto de esos servicios públicos, in disponible para los gestores. El problema real es el paso de una Administración proveedora de servicios a otra reguladora, encargada de proteger los derechos de los usuarios y asegurar un servicio de calidad. Sobre el alcance de los contratos para la gestión de programas sociales y la necesidad de garantías públicas, "Whose Welfare?", editorial de The Economist, 17 de mayo de 1997.

<sup>32</sup> Para un amplio repaso de las reformas sanitarias en los países de nuestro entorno económico y social, *La modernización de la sanidad pública en el mundo*, SmithKline Beecham y Arthur Andersen, Madrid, 1997, 269 págs

Como es bien sabido, el crecimiento del gasto público sanitario y la necesidad de controlado es la causa de todas las reformas sanitarias. El dilema que se pretende resolver es cómo controlar el gasto manteniendo un servicio universal de calidad. Para ello, dos son los caminos seguidos -sin que tengan carácter excluyente-: el recorte directo de los gastos (del que es paradigma Alemania, pero también Italia con la introducción del copago según la capacidad económica y Suecia) y la reforma de la gestión, buscando fórmulas que sean más eficientes (del que es ejemplo el llamado "mercado interno" en Gran Bretaña y también en Suecia). De momento, tanto el recorte real de prestaciones, como el incremento de los impuestos destinados a costear el gasto sanitario, siguen siendo medidas objeto de reflexión (aunque ya pueden encontrarse ejemplos, caso del recorte de prestaciones en Nueva Zelanda y el impuesto finalista para la seguridad social implantado en Francia)<sup>33</sup>.

El alcance de los cambios en la gestión -el que interesa en este análisis- viene condicionado por la respuesta que se dé a la siguiente cuestión: ¿el funcionamiento es deficiente porque las normas que ordenan el servicio dificultan una gestión eficiente y racional de los recursos, o bien ello se debe a las deficiencias vinculadas a la posición monopolística del gestor público?

Si se considera que la deficiencia tiene que ver con las normas que disciplinan al gestor, la eficacia en la prestación de los servicios se pretende acudiendo a mecanismos jurídicos que permitan una gestión más flexible. En otros términos, una gestión empresarial basada fundamentalmente en conferir autonomía a los centros sanitarios e introducir elementos de competencia en el servicio público. Del derecho público se pasa al derecho privado, de la organización centralizada a otra descentralizada funcionalmente. Las propuestas organizativas del Informe Abril (1991) se expresan en este sentido: de una parte, separación de funciones, entre el regulador y financiador (la autoridad sanitaria), el comprador de los servicios (las áreas de salud) y los proveedores (los centros asistenciales públicos y privados); y de otra conversión de los centros sanitarios en empresas de servicios (personificación y autonomía), con la singularidad de que se propone no su transformación en sociedades anónimas públicas, sino en entidades de derecho público sujetas al derecho privado<sup>34</sup>. Se pretende con ello construir un "mercado interno" de la sanidad. Mercado, en cuanto considera que la separación de funciones

producirá competencia entre los proveedores. Interno porque sólo incluiría los centros públicos o concertados, no los privados. Que se trata de una mera ficción lo refleja la separación reglamentaria de funciones. El R.D. 1893/96, de 2 de agosto, formula una separación funcional, no jerárquica, pero tampoco real, reservando al Ministerio la dirección y planificación y dejando al Insalud la gestión y provisión. El levantamiento del velo y la manifiesta relación de dependencia entre ambas entidades públicas es suficiente para evidenciar que no existe tal separación.

En la exposición de motivos de la Ley 15/97 se encuentra este mismo argumento. En ella se dice que: "*debe constituir un instrumento de flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria, necesidad ineludible de la actual organización pública, con vistas a mejorar la eficacia del Sistema Nacional de Salud*". Los términos se repiten: flexibilidad, autonomía y eficacia, aunque sigue sin explicarse cuáles son los males, cuál razón de ser de cada una de esas "trabas administrativas", y por qué motivo no se intenta su modificación en lugar de su sustitución por normas, las privadas, que responden a otros equilibrios internos.

El entendimiento expuesto se encuentra, también, en el Plan Estratégico del Insalud, titulado "*De la autonomía a la competencia regulada*" (enero de 1998), en el que se propone un repart. interno de funciones entre los distintos centros y servicios de esa entidad gestora, articulando las relaciones de los centros asistenciales con los servicios centrales mediante contratos de gestión para la compra de servicios (que no son contratos, como tampoco lo eran los llamados contratos-programa). Se trata de una nueva interpretación del mercado interno, pues, pese a su título, en modo alguno se regula un mercado sanitario. No existe mercado que regular.

En fin, las dificultades de implantar y hacer funcionar un mercado interno pueden contrastarse con cualquier estudio sobre la reforma del "National Health Service" británico, sus limitados resultados y la enorme carga burocrática que supone gestionar esa gran ficción que es el mercado interno<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Sobre el copago y el recorte de prestaciones sanitarias como alternativas de control del gasto, "*The health service at 50*", *The Economist*, 4 de julio de 1998, págs. 37 a 41.

<sup>34</sup> En contra, por todos, Ariño Ortiz, G. y Sala Arquer, J.M., "*Las gestiones de los servicios sanitarios mediante formas personificadas. Especial referencia a empresas y sociedades públicas*", en Libro de ponencias del In Congreso Derecho y Salud, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1994, pág. 67.

<sup>35</sup> Por lo gráfico de su contenido, Hughes, D., "*The reorganization of the National Health Service: The rhetoric and reality of the internal market*", *The Modern Law Review*, 1991, 54/1, págs. 88 a 103. En él se afirma que los contratos NHS son el resultado de una regulación estatal, no surgen del mercado; que el mercado interno es un mercado deficiente; y que esos llamados contratos no son exigibles ante los tribunales (pág. 90 y 91). No puede, por otra parte, ocultarse que la indudable complejidad de la sanidad explica, en buena medida, que fuera junto con la enseñanza pública el único servicio público que quedó fuera del programa privatizador de la Sra. Thatcher. No tanto por no ser rentable (en 1993 se privatizaron los trenes, incluyendo las líneas deficitarias, que recibieron subvenciones), sino por su significado como símbolo del Estado de Bienestar británico. También, Le Orand, J. y Robinson, R., "*Evaluating the NHS reforms*", Kings Fund Institute, Londres, 1994, y Le Orand, J., "*Quasi-markets: the answer to market failure in health care?*", en Day, P. y otros, *The State, Politics and Health*, Blackwell, Oxford, 1996. Más reciente, "*The health service at 50*", ob. cit., págs. 37 a 39.

Cuando la respuesta a por qué funciona mal el servicio se dirige hacia la posición de monopolio que tiene el gestor (empresa pública, hospital, centro, profesional) en la prestación del servicio, y no tanto en las normas a las que está sujeto, la reforma puede abordarse por dos caminos distintos: el primero, modificando las normas públicas que dificultan la gestión sin alterar, al menos substancialmente, aquella situación de cuasi-monopolio, el segundo, sustituyendo la gestión basada en la planificación territorial y poblacional de los servicios por un régimen de libre concurrencia en la provisión de servicios.

Aun partiendo de la misma respuesta, la primera vía podría explicarse en el temor al descontrol del gasto con la introducción de competencia real en la gestión, también recordando los orígenes, el por qué de la gestión directa y administrativizada. Desde estos presupuestos, las medidas a adoptar pasan por la modificación de las normas administrativas sin menoscabo de su finalidad garantista. Basten algunos ejemplos. En lugar de "laboralizar" al personal, como parece pretenderse con fórmulas como las empresas públicas y las fundaciones, la clave está en reformar el estatuto de los profesionales sanitarios (a través del Estatuto-Marco) para responder a las nuevas necesidades en materia de personal, también para solucionar problemas viejos como el de los interinos eternos. Para ello no es preciso "saltarse" ni el mérito, ni la capacidad. Si el problema es la lentitud que deriva del sistema de intervención previa del gasto, la legislación presupuestaria ya regula el control económico-financiero y las auditorías como mecanismos alternativos, bastaría su aplicación sobre los centros y establecimientos sanitarios. En el caso de la contratación, desde la ampliación de los supuestos del procedimiento negociado a una mayor ampliación de competencias delegadas en las autoridades inferiores, son fórmulas igualmente válidas. Ninguna de las normas que, en la actualidad, ordenan la actividad de las Administraciones Públicas son inmutables. Si lo es, en cambio, el equilibrio entre poder y garantía que fundamenta esas normas, aquello que constituye su causa. Ello exige ponderar en cada caso cuáles son las garantías y los bienes protegidos. Es fácil hablar de autorizar cajas en cada hospital, puede que sea necesario, pero la decisión pasa por conocer el por qué de las cajas especiales se pasó a la caja única, el por qué del principio de unidad presupuestaria y de su aprobación por el Parlamento, frente a la aprobación de los Programas de Actuación, Inversiones y Financiación (P.A.I.F.) por el Gobierno, o el por qué de la publicidad y la concurrencia en la manejo de recursos públicos.

Indudablemente puede avanzarse mucho más lejos. El segundo camino a seguir, cuando se admite que el monopolio es la causa primera de las deficiencias del servicio, es la privatización de la gestión. El objetivo es crear las condiciones de concurrencia que permiten hablar de un mercado. Para ello, el

paso fundamental es cambiar las reglas de funcionamiento del servicio público, de la planificación a la competencia regulada, dejando que sean la competencia y la libertad de elegir las que articulen el funcionamiento del servicio, esto es, desregular los servicios sanitarios -este es el caso de Holanda, también de Alemania en la medida que existe libre elección de caja de seguro-.

Desregular es una de las técnicas empleadas en la privatización de los servicios públicos<sup>36</sup>. Supone cambiar las reglas conforme a las cuáles se garantiza el servicio público a los ciudadanos -titularidad pública, monopolio de facto y gestión directa- por otras que se basan en introducir la competencia en la gestión como garantía de calidad de los servicios prestados, limitándose el Estado a regular el servicio, no su provisión. En su manifestación extrema, desregular sería derogar la obligación de cotizar a la seguridad social aunque con ello se produciría la privatización del servicio público, que dejaría de ser responsabilidad pública; e, igualmente, manteniendo el carácter obligatorio del aseguramiento, que el ciudadano pudiese asegurarse con cualquier entidad pública o privada. Desregular sería terminar con la fijación administrativa del precio de las especialidades farmacéuticas no publicitarias (previsto para las no financiadas con fondos de la seguridad social para el año 2001 según la disposición transitoria novena de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre). Desregular, en suma, consiste en reducir o eliminar la intervención pública sobre una actividad de interés general o sobre un servicio público, cambiando las normas que disciplinan esas actividades y servicios, que pasan, en todo o en parte, a regirse por las reglas del mercado.

De acuerdo con lo expuesto, la consolidación e impulso de nuevas formas de gestión que supone la Ley 15/97 en modo alguno puede calificarse de desregulación. No cambia ninguna de las reglas que articulan este servicio público, tan sólo cambia la gestión: bien porque el gestor público se disfraza de sociedad privada, bien porque se contrata la gestión con un tercero. La creación de empresas públicas, de fundaciones, o de consorcios, la constitución de asociaciones de profesionales para prestar servicios de atención primaria, incluso la diversificación de las formas -también de los nombres de los contratos de gestión de servicios sanitarios, es desregulación sólo en la medida que se pretende reducir el control público sobre las actividades de los gestores, sustituyéndolo por los mecanismos del derecho privado -aunque con alcance limitado-, pero nada más. Cada uno de estos centros -cualquiera que sea su forma jurídica- conserva una posición de monopo-

---

<sup>36</sup> Sobre los conceptos de privatización, desregulación y liberalización, Villar Rojas, E.J., *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 99 a 104, y 145 a 154.

lio que nada tiene ver con la competencia ni con la libertad de elección.

Queda claro que desregular (también liberalizar) es una técnica jurídica aplicable bien a todo un servicio público o bien a alguno de sus elementos. La cuestión es si, existiendo consenso sobre la universalidad de la sanidad y su financiación pública<sup>37</sup>, es posible introducir competencia en este servicio público.

### 3.2 La libertad de elección del usuario: la llave de la competencia en la sanidad pública

El carácter universal del servicio y su financiación pública no impiden la existencia de un mercado regulado de servicios sanitarios, ni imponen que su gestión sea pública y directa<sup>38</sup>. La universalidad y la equidad del servicio no predeterminan el modo de financiación de la prestaciones podría ser privado, en todo o en parte-, ni la universalidad y financiación pública imponen un forma determinada de gestión. Tampoco la garantía de esos dos valores reduce la libertad de elección del usuario ni tiene porqué constreñir la calidad del servicio. El servicio universal es compatible con la concurrencia y con la libertad de elección, esto es, con la creación de un mercado regulado de servicios sanitarios<sup>39</sup>. Mercado para que exista competencia. Regulado, esto es sujeto a ordenación y control público, como garantía del derecho a la asistencia sanitaria y de la calidad de las prestaciones, pero también para evitar que las empresas elijan a los usuarios en función de su estado de salud, de su capacidad económica, o de la calidad de las prestaciones<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> En este sentido se manifestó el Pleno del Congreso de los Diputados, el 18 de diciembre de 1998, al aprobar el acuerdo de la Comisión relativo al Informe redactado por la Subcomisión para avanzar en la consolidación del Sistema Nacional de Salud mediante el estudio de las medidas necesarias para garantizar un marco financiero estable y modernizar el sistema sanitario manteniendo los principios de universalidad y equidad en el acceso. El manejo es el que publicó el Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad (48 págs).

<sup>38</sup> Ampliamente, Merrill, J.c., *The road to health care reform*, Plenum Press, New York, 1994, págs. 102 a 115.

<sup>39</sup> Entre nosotros la mejor explicación del servicio público en concurrencia se contiene en la obra de Ariño Ortiz, G., De la Cuétara Martínez, J.M., y Martínez López-Muñiz, J.L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, 1997, 277 págs, pássim.

<sup>40</sup> El servicio en concurrencia no es una categoría desconocida en nuestro derecho. Las recientes leyes sobre electricidad (Ley 54/1997, de 27 de noviembre), telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril) y sobre el servicio postal (Ley 24/1988, de 13 de julio) incorporan esa nueva relación. El art. 2 de la Ley General de Telecomunicaciones lo ejemplifica: "*Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el art. 5 (servicios de defensa nacional y protección civil) y en el título III de esta Ley*". En este segundo caso, la obligación de servicio no supone la desaparición de la concurrencia, ni el reconocimiento de derechos exclusivos a uno o

La libertad de elección, en el mundo sanitario, suele suscitar la duda sobre quién debe elegir. En ocasiones se sostiene que el carácter técnico de la profesión médica impide que sea el paciente, falto de conocimientos y en situación de debilidad psicológica, el que decida qué centro y profesional deben atenderle. Refuerza este planteamiento el hecho de que la asistencia sanitaria sea una obligación de medios. En este sentido, elegir compañía aérea es más fácil que elegir médico o centro sanitario por cuanto, si bien la diferencia de información entre el piloto y los ingenieros y el usuario sea equivalente, se trata de una obligación de resultado. Si este no se alcanza el servicio ha funcionado mal. A estos argumentos suele sumarse el tradicional paternalismo que ha caracterizado la relación médico-paciente, junto con la relación de sujeción del beneficiario con la entidad gestora de la seguridad social. La planificación territorial de los centros y recursos sanitarios completa esta posición: esa forma de provisión hace difícil la libre elección de profesional y centro. Un buen ejemplo de esta aproximación al problema lo constituye la reforma sanitaria británica<sup>41</sup>. Esa capacidad de decisión se reconoció y afirmó en favor de los médicos generales, para decidir con respecto a la medicina especializada, asignándoles además la gestión de un presupuesto determinado. El paciente no elige. El médico decide lo que considera que más le conviene.

Cuando se habla de libertad de elección -en particular para restringirla- también se suele esgrimir el mal ejemplo de la sanidad en los Estados Unidos de América. No elige el usuario, tampoco el médico. Elige la compañía aseguradora.

Como es sabido, el cambio sustancial en la sanidad americana, la respuesta a la necesidad de controlar el gasto sanitario, lo supuso la expansión del "managed care" (medicina gestionada). El modelo tradicional de aseguramiento y pago por acto médico, clave en el crecimiento del gasto (cuantos más actos médicos más ingresos para el profesional, pero también más gasto sanitario), dio paso a comienzos de los años noventa a las "Health Maintenance Organizations, HMO". En su configuración inicial (1945), consistió en el acuerdo de un empresario con un grupo de médicos para la atención sanitaria de sus trabajadores mediante el pago de una cantidad fija por empleado; no por acto médico. De esta manera, el profesional tenía un incentivo para practicar una medicina preventiva, evitando la enfermedad, y para ponderar la necesidad de

---

varios operadores, sigue existiendo libre competencia (art. 15, 16 Y 19 de la misma Ley). De la declaración genérica de servicio público se pasa a la de carga u obligación de servicio público que se impone a los operadores que actúan en un mercado libre. Este entendimiento procede, en el caso español, de la liberalización de servicios emprendida por las autoridades comunitarias con base en los art. 37 y 90.2 del Tratado de la Unión Europea.

<sup>41</sup> Cfr. Edwards, B., "*Las reformas del sistema sanitario en el Reino Unido*", en *La modernización...*, ob. cit. págs. 84 a 98, en concreto pág. 90.

determinadas intervenciones. Las HMO responden a ese modelo de gestión, pero su expansión dio lugar a la aparición de aseguradoras que ofrecen la cobertura sanitaria que los empresarios precisan para sus trabajadores, siendo aquellas las que contratan los servicios de los médicos o grupos de médicos. Lo que más se conoce es que esas compañías controlan las decisiones médicas más importantes, sometiendo su realización a autorización previa. Deciden, por tanto, cuál es el paquete de prestaciones sanitarias y su precio, al tiempo que controlan el gasto dirigiendo y supervisando la actuación de los profesionales. En este sistema, la libertad de elección se manifiesta en dos momentos: en el de elección de aseguradora y paquete de prestaciones por el empresario (últimamente también los trabajadores y profesionales), y en el de elección de médico, de centro, e incluso de clase de actuación médica (determinadas pruebas diagnósticas) que realiza la compañía aseguradora<sup>42</sup>.

En España no existe libre elección de médico y centro sanitario. Quien elige es la Administración sanitaria. Es cierto que los usuarios pueden elegir, en el mejor de los casos dentro del área de salud, médico general y centro de atención primaria, pero se trata de una concesión de los administradores hacia aquellos, no de un derecho -así R.D. 1575/93, de 10 de septiembre, y RD. 8/96, de 15 de enero-. La planificación territorial de los servicios y la asignación de cupos de usuarios por centro y profesional deja escaso margen para la libre elección de centro y profesional. En última instancia, los reglamentos que regulan este derecho reservan a la Administración sanitaria la facultad de rechazar la decisión del usuario -art. 9 RD. 1575/93 Y 6 RD. 8/96-<sup>43</sup>. Queda siempre el consuelo, para sus defensores, de que el actual régimen coincide con el tradi-

cional. En términos parecidos lo reconocía el art. 30 de la Ley del Seguro de Enfermedad (1942), la base 6ª de la Ley de Bases de Seguridad Social (1963) y el art. 112 del texto articulado de esa Ley (1966), y el art. 112 de la Ley de Seguridad Social de 1974; de los que el art. 10.13 de la Ley General de Sanidad es heredero. En todos los casos, se trató siempre de una facultad otorgada por la Administración, subordinado siempre a las necesidades derivadas de la organización del servicio. De ahí que quien elija sea la Administración al organizar y planificar los servicios y los recursos sanitarios.

Que no existe libertad de elección -salvo para aquellos que disponen de los recursos económicos suficientes para salir del servicio- lo evidencia la realidad. Para elegir supermercado, tienda de ropa, compañía aérea o empresa de telecomunicaciones, no se precisa de ningún reglamento que establezca los requisitos, el alcance y el procedimiento para que el ciudadano pueda acudir a uno u otro. La libertad de contratación y la autonomía de la voluntad son suficientes para asegurar aquella capacidad de decisión. Sólo cuando esa libertad no existe es preciso reglamentar el derecho a elegir dentro de la organización que la Administración ha establecido para determinada prestación. La exposición de motivos del reglamento que regula la libre elección de centro educativo (de colegio de educación infantil, primaria y secundaria) es suficientemente esclarecedora. Para justificar la disposición dice: "*resulta oportuno adaptar la regulación legal para evitar que las exigencias de la planificación terminen construyendo la referida libertad (la libertad de los padres de elegir centro docente para sus hijos) hasta el punto de hacerla inefectiva*" (RD. 366/97, de 14 de marzo). Queda claro que el derecho de elegir centro y profesional sanitario, que reconoce como principio la legislación sanitaria tradicional, pugna y queda constreñido por la planificación territorial de los servicios.

La libertad de elección requiere que existan servicios entre los que elegir. En un sistema articulado sobre la universalidad y la financiación pública, la decisión se reduce a la elección de centro y profesional, público o privado. Sólo si existe pluralidad de oferta, aquél derecho será reconocible como tal, como manifestación de la capacidad y la libertad personal de elegir<sup>44</sup>. Se debería poder elegir entre centros y profesionales, públicos o privados, obligados a atender al usuario, pero que

---

<sup>42</sup> Valorar en términos razonables la experiencia de la sanidad americana requiere tener en cuenta, cuando menos, tres datos clave: 1) que se trata de un mercado sanitario libre -no existe servicio universal-, en el que la sanidad es un bien privado; 2) que la medicina gestionada ha cumplido con creces la misión por la que se expandió: el control del gasto sanitario y de su crecimiento; y 3) que los defectos y abusos que se le imputan están en directa relación con el sujeto que, en cada caso, elige y paga a la compañía aseguradora. En efecto, en su formulación original, el cliente de estas compañías no es el trabajador-paciente, es el empresario. Controlar el gasto, incluso recortarlo, constituye una medida que satisface a quien paga. Es en el precio donde se sitúa la competencia entre aseguradoras. Ello explica también que en cuanto la decisión de elegir la asumen los trabajadores a título individual, la conducta de aquellas compañías empiece a cambiar. Quien elige ahora es quien recibirá la asistencia sanitaria, la competencia se desplaza desde el precio del seguro hacia la calidad de las prestaciones, que es lo que preocupa al pagador. Aparecen medidas como admitir el acceso directo a los especialistas sin la previa autorización de un médico general de la aseguradora, e incluso la posibilidad de acudir a profesionales no vinculados con la compañía siempre que el usuario abone el 20% de su coste. Ampliamente, "*Health Care in America. Your money o your life*", The Economist, 7 de marzo de 1998.

<sup>43</sup> Con razón se ha escrito que la libertad de elección médica es un *flatus vocis* (Villar Palasí, J.L., "*Prestaciones sanitarias: catálogos. Problemas de su configuración normativa*", en Libro de Ponencias del III Congreso Derecho y Salud, Pamplona, 1994, pág. 174.

---

<sup>44</sup> Que se puede elegir sin menoscabo de la universalidad ni de la financiación pública lo evidencia el sistema MUFACE. Como es sabido, los miembros de la Mutua de Funcionarios de la Administración Civil del Estado (MUFACE) pueden elegir entre recibir asistencia del sistema público (Insalud o servicio regional de salud) o de una de las compañías aseguradoras homologadas que ofrecen igual servicio. En este caso, el asegurador público paga una cantidad fija per capita a la compañía privada con lo que el coste queda controlado. La propuesta de extender este sistema a otros colectivos, incluso a todos los beneficiarios de la asistencia sanitaria pública no es nueva. Así, Pascual y Vicente, J., "*Reforma de la Sanidad*", en Libro Blanco sobre el papel del Estado en la Economía Española, Instituto Superior de Estudios Empresariales, Madrid, 1996, págs. 547 a 553, en concreto la propuesta en pág. 550.

compitan entre sí en condiciones de igualdad. Para ello, esos centros y profesionales deberían ser acreditados por la Administración sanitaria como aptos para la prestación de los servicios. Igualmente, la legislación debería imponer la obligación de atender a los pacientes, con independencia de su capacidad económica y de su estado de salud (lo que sería una carga u obligación de servicio público). Es evidente, por tanto, que la libertad de elección requiere un mercado regulado de servicios sanitarios. Mercado como marco de funcionamiento de la provisión de servicios, regulado para asegurar los derechos de los usuarios<sup>45</sup>.

En cuanto a quién debe elegir, la respuesta sólo puede ser: el usuario. De igual manera que ejerce esa facultad en otros servicios y actividades. Interponer un médico, un administrador, o un asegurador, traslada la competencia de las necesidades del usuario-paciente a las que lo sean de quien tome esa decisión. El paciente no es un menor de edad. Los parámetros de la relación con el médico no son ya paternalistas. El catálogo de derechos de los usuarios es buena prueba de ello (art. 10 de la Ley General de Sanidad). Aunque, al mismo tiempo, su más que difícil implantación en el día a día de la asistencia también es muestra de lo contrario.

En conclusión, hablar de desregulación en la sanidad pública supone hablar de competencia en la prestación, de algo más que un mercado interno de órganos, organismos, empresas públicas y centros concertados que no compiten entre sí. Implica ordenar el funcionamiento de este servicio público sobre unos principios que nada tienen que ver con la planificación, ni con la seguridad de la asignación de un número mínimo de pacientes a cada centro y profesional. Esa reordenación pasa por diferenciar el conjunto que forman el derecho a la asistencia sanitaria y el estatuto básico del servicio, de las normas relativas a su provisión o prestación efectiva. La ausencia de un modo de gestión impuesto por la Constitución permite su organización sobre los principios de concurrencia y de libertad de elección de los usuarios, con las garantías que sean precisas en forma de obligaciones y cargas de servicio público. Por el contrario, el cambio en el modo de organizar los centros y servicios, buscando formas jurídicas más flexibles, en el que puede encajarse la Ley 15/97, es sólo una manifestación más del fenómeno de la "huida del derecho administrativo", con las mismas deficiencias que han sido denunciadas en otros servicios públicos. Está por acreditar que estos cambios organizativos consigan un uso más eficiente de los recursos sanitarios y, además, que lo hagan sin detrimento de los derechos de los usuarios, ni de las garantías constitucionales. De existir mecanismos externos de evaluación y de comparación de resultados con otros centros y servicios podría comprobarse, pero esos instrumentos no existen.

---

<sup>45</sup> Antes de un mercado regulado de servicios sanitarios cabe introducir mecanismos de competencia real difícilmente cuestionables. Es el caso de la aplicación de los precios de referencia, previstos en el art. 94.6 de la Ley del Medicamento (reforma de 1996) para tasar la parte del precio de cada especialidad farmacéutica que financia el sistema público, a la asistencia sanitaria. Bastaría fijar para cada acto médico, el precio máximo que pagará la Administración sanitaria, pudiendo el paciente acudir al centro o profesional que estime pertinente -que podrían estar acreditados a tal efecto- completando, en su caso, la diferencia como ocurre con los medicamentos. Se dirá que, de este modo, la capacidad económica permitirá a unos salirse de la lista de espera y a otros permanecer en ella. Quizás, pero la lista será mucho menor en beneficio de éstos últimos. En todo caso, la cuestión no es la bondad de esas propuestas, sino que con ellas se pone de manifiesto que existen caminos para introducir competencia, con más o menos regulación pública, en la sanidad, cuyo estudio pasa por aceptar un cambio en la organización sanitaria diseñada en los años cuarenta.