

# MERCADO INTERNO SANITARIO Y FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS ¿UNA VUELTA HACIA LO PÚBLICO?

*Josefa Cantero Martínez*  
*Profesora Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

**SUMARIO:** I. Introducción: la heterogeneidad de fórmulas de gestión de los servicios públicos sanitarios. II. El inicio de las reformas organizativas tendentes a facilitar la creación de un “mercado interno sanitario” y una mayor presencia de lo privado en la gestión de la sanidad: el informe Abril. III. Algunos ejemplos que evidencian un retorno hacia lo público. 1. La traslación del informe Abril al ámbito normativo. En especial, el recurso a las fundaciones públicas sanitarias y su evolución. 2. El proceso de “publicación” de los consorcios sanitarios. Algunas experiencias autonómicas que evidencian la ventaja de su integración en la Administración. 3. La experiencia privatizadora valenciana y el “modelo Alzira”. ¿Un modelo fracasado o simplemente recuperado? Los problemas de la reversión. 4. La experiencia “privatizadora” madrileña y las pautas del Tribunal Constitucional sobre la gestión indirecta de la sanidad. IV. A modo de conclusión.

## RESUMEN

Se analizan en este trabajo algunas de las formas directas e indirectas de gestión de los servicios públicos sanitarios. En particular, se examinan las entidades públicas y otros tipos de “privatización” del Sistema Nacional de Salud. Se han usado determinadas modalidades de colaboración pública-privada para financiar y rebajar los costes de construcción de hospitales públicos. A través de estas formas de colaboración, los gobiernos pretenden evitar los gastos iniciales y aprovechar la eficiencia del sector privado. Sin embargo, puede concluirse que existe cierta tendencia a volver hacia lo público y hacia las formas de gestión directa de los servicios sanitarios.

## PALABRAS CLAVE

Colaboración pública privada, empresas públicas, privatización, concesiones, gestión directa, gestión indirecta.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the various forms of direct and indirect management of health services provided in our legal system. Specially, we examine public enterprises and some types of “privatization” of the National Health System. Variants of public-private partnerships have used private finance to underwrite the costs of constructing and operating public hospitals. Through such public-private partnerships, governments hope to avoid up-front capital expenditure and to harness private-sector efficiencies. However, we can conclude that there is a certain tendency to return to the public law and to the direct management of health services.

## KEYWORDS

Public private partnership, public enterprises, privatization, concessions, direct management, indirect management.

## I. INTRODUCCIÓN: LA HETEROGENEIDAD DE LAS FÓRMULAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, incorporó al ámbito del Sistema Nacional de Salud un modelo de organización de los centros y servicios caracterizado, fundamentalmente, por una gestión directa y tradicional en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, aunque también reguló con carácter subsidiario la posibilidad de celebrar conciertos sanitarios con centros privados e incluso su vinculación al sistema público mediante convenios singulares. No obstante, a mediados de los años noventa se dio un importante paso en esta materia para flexibilizar y modernizar las fórmulas de gestión de los servicios sanitarios, buscando especialmente una mayor eficiencia del sector. La creación de un “mercado interno sanitario” estaba también en la filosofía inspiradora de las reformas que se llevarían a cabo diez años después. Se trataba de crear un mercado, que sería interno porque afectaría fundamentalmente a entidades públicas y sanitario porque afectaría a los hospitales y centros de salud. El Real Decreto ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, estableció la posibilidad de que la administración de estos servicios pudiera llevarse a cabo, no sólo directamente sino también de forma indirecta a través de contratos con sujetos privados. Se facultaba para que la gestión se llevara a cabo a través de cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida, generalizando las previsiones contenidas ya en diversas leyes dictadas por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

A partir de esta habilitación, recogida posteriormente a través de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, son múltiples las formas de organización de los servicios sanitarios<sup>1</sup>. Su artículo úni-

co permitía que, 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 pudiera llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho. La prestación y gestión de dichos servicios podía llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad. La determinación de 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 crearan para la gestión de los centros y servicios mencionados correspondería al gobierno de cada Comunidad Autónoma.

Toda esta normativa tiene la condición de norma básica y vincula a los legisladores autonómicos. Así lo ha establecido, por citar tan solo alguna de ellas, la STC 20/2017, de 2 de febrero, en la que se clarifica que toda esta legislación básica «es garantía de una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud» y que estas normas básicas constituyen «un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia». Existe, pues, una amplia libertad reconocida al legislador para determinar la modalidad de gestión del servicio público sanitario que le permite, entre otras, optar por la existencia de establecimientos de titularidad pública que pueden ser gestionados directamente (con o sin atribución de personalidad jurídica, a través de cualesquiera de las formas de gestión legalmente previstas) o por la gestión indirecta del servicio a través de la participación de un sujeto privado.

A partir de ahí, la Administración sanitaria de cada Comunidad Autónoma puede prestar sus servicios a través de sus propias estructuras administrativas (Departamentos o Consejerías) o puede decidir la creación de un ente instrumental para que sea esta nueva entidad dotada de personalidad jurídica propia la que se encargue de la prestación en exclusiva de los servicios sanitarios. Ambas constituyen lo

1 Para un análisis de todas estas modalidades nos remitimos a SÁNCHEZ, F., ABELLÁN, J.M. y OLIVA, J., “Gestión pública y gestión privada de servicios sanitarios públicos: más allá del ruido y la furia, una comparación internacional”, Documento de trabajo 4/2013, Real Instituto Elcano. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/7e174d004ecec1139931b9f2a39eb3cc0/DT4-2013-Sanchez-Abellan-Oliva-Servicios-Sanitarios-Publicos.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7e174d004ecec1139931b9f2a39eb3cc0>

que se ha denominado “*formas directas de gestión*” de los servicios públicos sanitarios, que también permiten recurrir de modo importante al Derecho privado en el clásico fenómeno denominado “huida del Derecho Administrativo”, de su rigidez y de sus controles<sup>2</sup>. Pueden crear un organismo autónomo, una sociedad mercantil, una entidad pública empresarial, un consorcio, una fundación o cualquier otra figura contemplada en sus respectivas normativas autonómicas, buscando un grado de flexibilidad y autonomía mayor que el clásico organismo autónomo<sup>3</sup>. Asimismo, la Administración puede recurrir a las denominadas “*formas de gestión indirecta*” cuando acude llanamente a un sujeto privado para que sea éste quien gestione parte o todo el servicio público a través de cualesquiera de las fórmulas de contratación administrativa<sup>4</sup>, normalmente a través del ya desaparecido concierto sanitario o a través de la polémica figura de la concesión sanitaria, donde resulta paradigmático el que se ha denominado “modelo Alzira”.

El análisis de cada una de estas figuras resulta imposible en un trabajo de esta naturaleza.

---

2 Así, por citar tan solo un ejemplo, en la Administración sanitaria madrileña, su Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, atribuye al Servicio Madrileño de Salud dos funciones diferenciadas. De un lado, la compra de servicios sanitarios a terceros para cubrir la atención sanitaria mediante el contrato sanitario, que es el instrumento que establece la relación entre proveedor y comprador, con un régimen jurídico de contrato especial (arts. 68 y ss.). De otro, la actividad de provisión de servicios asistenciales de sus centros sanitarios (art. 70 de la Ley autonómica 12/2001) mediante instituciones sanitarias sin personalidad jurídica diferenciada del Servicio Madrileño de Salud o bien mediante la creación de entidades sanitarias con personalidad jurídica propia, que podrán constituirse bajo cualquier fórmula contemplada en el ordenamiento (pública o privada), pero siempre de titularidad pública y siempre como entidades instrumentales dependientes del Servicio Madrileño de Salud (art. 88). Véase al respecto la importante STC 84/2015.

3 Resultan obligados los estudios de Luciano PAREJO, Félix LOBO y Marcos VAQUER (coordinadores), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001; Luciano PAREJO, Alberto PALOMAR y Marcos VAQUER (coordinadores), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

4 Como señala Tolivar Alas, en los últimos años venimos asistiendo a un progresivo e imparable proceso “privatizador”, de modo tal que la iniciativa económica privada, ya no sólo compete desde sus centros sanitarios con la organización pública, sino que llega a adentrarse en ésta y gestionar sus servicios no estrictamente sanitarios (que el autor denomina parasanitarios). TOLIVAR ALAS, Leopoldo, “Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios”, *Revista Derecho y Salud*, volumen extraordinario, 2007, pág. 44.

Nos llevaría a examinar, no sólo el marco de los entes instrumentales previstos en la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público*, sino también las distintas normas autonómicas de organización administrativa con la terminología que les es propia<sup>5</sup>. Nuestras pretensiones son mucho más modestas. A la luz de los cambios organizativos que se han llevado a cabo en los últimos años en algunas Comunidades Autónomas, con motivo principalmente de la crisis económica y de los procesos de racionalización de sus respectivos sectores públicos, pretendemos centrarnos exclusivamente en algunos de los casos que han salido a la luz, centrandó nuestra atención en la figura del paciente y en las disfunciones que el recurso a estas figuras ha podido causar en la organización. En todo caso, aunque se trata de experiencias aisladas, nos permiten poner de manifiesto algunos de los problemas que plantea su utilización y observar una vuelta hacia el ámbito de lo público, de las normas y de los controles administrativos.

---

5 Como peculiar fórmula organizativa, típica del modelo sanitario catalán, deben citarse las denominadas EBAs o Entidades de Base Asociativa. Se trata de una modalidad específica de organización que se caracteriza porque permite la implicación directa de los propios profesionales sanitarios a través de la constitución de cooperativas que contratan con la Administración. Se trata más bien de un modelo de autogestión sanitaria de la atención primaria en el que son los propios profesionales sanitarios quienes se convierten en proveedores de los servicios de la atención primaria financiados públicamente, con el objetivo de diversificar la provisión de servicios sanitarios y promover el profesionalismo y la autonomía de gestión. Ello requiere ser más efectivo y asumir riesgos económicos en pruebas complementarias y en compra de atención especializada. (<http://www.aceba.cat/>). Fueron introducidas por la Ley 11/1995, de 29 de septiembre, que introdujo una nueva disposición adicional décima en la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña. Su régimen jurídico se establece en el Decreto 309/1997, de 9 de diciembre, por el que se establecen los requisitos de acreditación de las Entidades de Base Asociativa para la gestión de centros, servicios y establecimientos de protección de la salud y de atención sanitaria y sociosanitaria. A través de este mecanismo, el Servicio Catalán de la Salud y, en su caso, las regiones sanitarias, de acuerdo con lo que disponen los artículos 7.2 y 22.2 y 3 de la ley, suscriben un contrato para la gestión de centros, servicios y establecimientos de protección de la salud. Las entidades deben gozar de personalidad jurídica propia, estar legalmente constituidas e inscritas en el registro correspondiente y además deben ser previamente acreditadas por la Administración sanitaria catalana. Pueden revestir la forma jurídica de sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad laboral o cooperativa. Los profesionales sanitarios que la conformen deben poseer al menos el 51% del capital social de la entidad. Dejan su plaza como funcionario público o personal estatutario del servicio de salud con garantías de retorno y reserva de plaza a través de una modalidad específica de excedencia voluntaria. Pueden incorporarse otras personas físicas o jurídicas hasta conformar el otro 49% restante, aunque si se trata de personas jurídicas deben tener como objeto social la gestión o la prestación de servicios sanitarios.

## II. EL INICIO DE LAS REFORMAS ORGANIZATIVAS TENDENTES A FACILITAR LA CREACIÓN DE UN “MERCADO INTERNO SANITARIO” Y UNA MAYOR PRESENCIA DE LO PRIVADO EN LA GESTIÓN DE LA SANIDAD: EL INFORME ABRIL

Aunque a mediados de los años ochenta se inició el proceso de adaptación de la estructura de gestión de los hospitales del extinto INSALUD a través de la introducción de procesos y técnicas gerencialistas, es el denominado Informe Abril el que marca un punto de inflexión en esta materia<sup>6</sup>. Muchas de las ideas que señalaba aquel informe se han ido adoptado en los últimos años, afectando tanto a las formas de gestión directa como a las formas de gestión indirecta de la sanidad. Nos interesa especialmente en este trabajo una reflexión sobre algunos aspectos que constituyeron la filosofía del modelo y, más concretamente, el intento de creación de un mercado interno sanitario en el que los centros públicos sanitarios pudieran competir entre sí y se permitiera la libre elección de centro por parte del paciente.

En el Diario del Congreso de 21 de enero de 1990 se publicó una Proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Centro Democrático y Social (CDS) por el que se instaba al Gobierno a constituir una comisión para la revisión del Sistema Nacional de Salud teniendo en cuenta las tendencias de su entorno en ese momento y, sobre todo, de cara al futuro. En virtud de dicha iniciativa, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en ejecución del acuerdo adoptado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 13 de Febrero de

1990 (Diario de Sesiones número 14), con motivo del debate de una Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario CDS, decidió, en su reunión del 4 de Junio de 1990, crear una “*Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno en el momento actual y cara al futuro*”. La comisión fue presidida por Fernando Abril Martorell, de donde tomó su nombre el mencionado informe.

El encargo se justificaba por los cambios que se estaban produciendo como consecuencia de la transformación del esquema sanitario de la Seguridad Social en un sistema nacional de salud de financiación y cobertura universales. Además, el sistema sanitario estaba sufriendo tensiones relacionadas con un aumento de la demanda social, por el envejecimiento de la población y la mejora del nivel de vida, y con el desarrollo de los servicios y la tecnología disponible, en un entorno de recursos cada vez más limitados. Es decir, los mismos presupuestos de entonces son los de ahora, agravados por las nuevas exigencias de control del déficit y estabilidad presupuestaria. En todo caso, en aquel momento se consideró que dichas tensiones y la inadaptación de los instrumentos de gestión y financiación a las nuevas realidades estaban produciendo ya consecuencias negativas sobre la eficiencia, la equidad y la calidad de los servicios sanitarios públicos, que justificaban la necesidad y la urgencia del estudio. En el informe se parte de la necesidad de aplicar instrumentos de gestión empresarial al ámbito de la gestión sanitaria y de intensificar la colaboración de los sujetos privados en la prestación del servicio.

Por lo que respecta a las formas de gestión directa, según dicho documento, las formas administrativas son inadecuadas para entender y manejar la complejidad y el volumen de los servicios actuales de asistencia sanitaria. La rigidez normativa en este tipo de actividades diversas y versátiles acaba confiriendo a la burocracia una especie de primacía perversa sobre el fin de atención al consumidor y, en definitiva, a la sociedad. El SNS debería, sin embargo, permitir aplicar, sin menoscabo de su finalidad fundamental, las modernas técnicas de gestión empresarial que conllevan agilización de los trámites, definición de responsabilidades y delegación de autoridad. Aunque el SNS no pretende ningún beneficio económico, debe sentir, como cualquier compañía mercantil, la preocupación por los “niveles de servicio, la calidad del producto, el cumplimiento de los presupuestos, la reducción de costes, la productividad, la motivación y retribución del personal, la investigación y

<sup>6</sup> Véase la comparecencia del señor Presidente de la *Comisión de Expertos encargada del análisis y evaluación del Sistema nacional de Salud* (Abril Martorell) para informar de las conclusiones de la citada Comisión, creada por resolución del Congreso de los Diputados de fecha 13 de febrero de 1990, solicitada por el Grupo Parlamentario Socialista. La sesión se celebró el miércoles, 25 de septiembre de 1991 (Cortes Generales. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 306, 991). La señora Maestro Martín, del Grupo de Izquierda Unida, denunció la importante presencia en la Comisión de los intereses de la sanidad privada, “que se expresan en la vinculación económica, en la dependencia, de siete de los nueve miembros que componen la Comisión Abril Martorell”, así como la presencia de Farmaindustria y de la Federación de Clínicas Privadas en varias de las subcomisiones que se crearon para analizar la sanidad y que participaron en la redacción final del informe. Asimismo, se criticó que la Comisión hubiera partido de “criterios exclusivamente económicos, que no son técnicos, desgraciadamente sesgados. Los criterios económicos, al margen de criterios de equidad, de criterios de participación de la población, son criterios que tienen más que ver con la empresa privada, con la eficiencia contemplada desde el punto de vista del capital, que se contraponen absolutamente a la eficiencia desde el punto de vista del servicio público”.

desarrollo, y, a largo plazo, ‘la viabilidad de la empresa’. Es más, proponía la conversión de los hospitales en entes instrumentales para facilitar la creación de un mercado interno dentro del ámbito sanitario y entre diversos centros públicos y privados, pero sobre todo entre los públicos a través de la creación de entidades instrumentales.

Efectivamente, se concluyó que en las unidades de provisión de asistencia sanitaria y de propiedad pública sería necesario impulsar una verdadera autonomía financiera y patrimonial, de modo que crecientemente pudieran tener plena capacidad de obrar y de contratar y obligarse, requisitos que definen el vértice de las responsabilidades e impiden que éstas se transfieran más arriba. Para ello, los hospitales y otros centros de servicios sanitarios podrían transformarse en sociedades estatales que, en su funcionamiento, quedarían sometidas al derecho privado. Esta situación haría posible la autonomía responsable de la gestión y la posibilidad y motivación para captar ingresos adicionales, sin perjuicio de controles posteriores de gasto, tanto o más exigentes que los actualmente establecidos.

Por lo que respecta a las fórmulas de gestión indirecta de la sanidad, entre otras muchas propuestas, se planteó la introducción de una progresiva separación entre las competencias de financiación y ‘compra’ de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión, lo que permitiría una diferenciación nítida entre los principales actores del Sistema y el reconocimiento de sus respectivas responsabilidades, y constituiría un requisito necesario para la mejora de la efectividad y eficiencia del conjunto<sup>7</sup>. Según esta organización, la autoridad administrativa establecería las normas generales reguladoras de la asistencia sanitaria y asignaría los recursos financieros disponibles a los que han de actuar como ‘compradores’ de

servicios para la población ‘afiliada’ en su territorio. Las funciones de ‘comprador’ se realizarían a través de contratos con los proveedores públicos o privados de servicios sanitarios. La obligación fundamental del ‘comprador’ gestor de área sería la de conseguir para su población ‘afiliada’ la mejor calidad en los servicios con los recursos disponibles.

Separar la financiación (pública) de la provisión de servicios (pública y privada) como punto principal para mejorar la eficiencia. Esta separación, que constituye también un criterio fundamental en las reformas proyectadas en algunos sistemas sanitarios europeos, permitiría introducir un cierto grado de competencia entre los proveedores, de forma que fuesen premiados aquellos que presten una atención eficiente y, por otra parte, crearía las bases para ampliar la libertad de elección del usuario.

Este llamado ‘mercado interno’ produciría un cierto estímulo competitivo entre las unidades de provisión de servicios (hospitales, centros de salud, etc.) que debería suscitar mejoras en la calidad y el coste de las prestaciones. Por otra parte, la competencia proporcionaría al usuario un mayor margen de elección entre los proveedores. Los contratos, que especificarían la calidad, la cantidad y el precio de los servicios previstos, serían la base fundamental de las relaciones entre ‘compradores’ y proveedores de servicios. De esta forma, los ‘compradores’ podrían progresivamente responsabilizar a los proveedores de su rendimiento<sup>8</sup>.

Por lo que respecta a la colaboración con el sector privado, se recomendaba la provisión de asistencia sanitaria al SNS con medios distintos de los públicos. La sanidad privada, desarrollada hasta la fecha en compartimentos muy estancos, tiene que ser el soporte de la complementariedad y un elemento

---

<sup>7</sup> Según el informe, en aquel momento en el Insalud (tanto Administración Central como Autónoma) concurren simultáneamente las responsabilidades de financiación, de ‘compra’ y de provisión de servicios (salvo farmacéuticos). Esta acumulación de funciones contrapuestas impide responsabilizar a un conjunto más numeroso de actores, y produce una gestión exageradamente centralizada con escasa o nula delegación de responsabilidades. Así, la responsabilidad de los menores defectos de gestión se transfiere a la cúpula de la estructura centralizada y de ahí al estamento político, que acaba siendo el ‘chivo expiatorio’ de los errores de unos, de las exigencias de otros y de las disfunciones que intrínsecamente comporta un sistema centralizado. Por si fuera poco, el Insalud actúa de acuerdo con principios ajustados al Derecho Público, absolutamente incapaces de impulsar, en términos jurídicos correctos, el dinamismo y agilidad necesarios para la gestión de asistencia sanitaria. El Derecho Público podría servir eventualmente para las funciones de financiación y ‘compra’, pero de ninguna manera puede adecuarse a la de gestión.

---

<sup>8</sup> En cuanto a la financiación del sistema, mencionaba que los centros sanitarios podrían obtener ingresos adicionales, a través de actividades propias como la docencia y por la oferta de servicios hoteleros complementarios, tales como restauración, cama de acompañante, etc., facturados a su coste real. Los usuarios deberían participar, aunque minoritariamente, en el pago de los servicios. Las cantidades serían, en principio, casi simbólicas y dirigidas principalmente a aumentar la percepción de los costes y crear el sistema de facturación. Por lo que respecta a las prestaciones, debería crearse el concepto de ‘prestación adicional’ o ‘complementaria’ para aquellas otras que, no formando parte del núcleo básico exigible de asistencia sanitaria, pueden irse introduciendo con una cofinanciación del usuario. En todo caso, no formarían parte de un concepto exigible sino discrecional, cuya financiación podría graduar el Sistema según las circunstancias socio-económicas del usuario y los recursos disponibles.

necesario para devolver eficiencia al sistema en general, debiendo entrar a un régimen de mayor participación y competencia leal. Según el informe, un nuevo esquema organizativo, con separación neta entre compra y financiación de servicios, permitiría profundizar en la complementariedad que la Ley General de Sanidad señala para el aprovechamiento eficiente de todos los recursos. El sector privado que vinculase su actividad a las reglas del juego tendría oportunidad de competir, en términos de seguridad jurídica, con los proveedores de titularidad pública. Esta nueva situación de competencia leal serviría también de aliciente para promover una mayor eficiencia entre los proveedores públicos, imprescindible para la regeneración global del Sistema. Según pondría después de manifiesto el propio Abril Martorell (pág. 8705 del Diario de Sesiones de 25 de septiembre de 1991, nº 306) la colaboración de la sanidad privada está prevista en la propia Ley General de Sanidad, donde se dice que la provisión privada es complementaria de la pública. “Nosotros decimos que debe estar al mismo nivel, que debe ser considerada como un instrumento que colabora a los fines públicos de la sanidad y, por tanto, debe ser tratado con lealtad, con objetividad. Debe ser estudiado y los elementos de comparación que tengan, sobre eficacia, costes, etcétera, deben ser incorporados por el elemento público”.

La iniciativa privada sanitaria constituye, en principio, una riqueza acumulada que permite dar contenido real a conceptos necesarios para la regeneración del sistema, tales como competencia o “mercado interno”. Sin embargo, la existencia de gestión pública y privada, en el campo de las prestaciones sanitarias públicas, se ha desarrollado hasta el momento en compartimentos estancos, sin que se hayan obtenido datos comparativos sobre sus respectivos funcionamientos, al menos con una metodología explícita y criterios rigurosos de contrastación.

En lo atinente a la contratación externa, otro de los mayores obstáculos en la mejora de la gestión de los actuales servicios sanitarios (sobre todo, los hospitales) es el alto número de actividades heterogéneas que desarrollan desde su actividad principal, la atención médica, hasta su función hostelera (cafetería, cocina, lavandería, etc.), pasando por la atención continuada de enfermería y la compleja ingeniería de mantenimiento. Este heterogéneo panorama complica las relaciones laborales, dificulta las exigencias de calidad, produce deslizamientos hacia una artificial homologación con el personal facultativo, aumenta la vulnerabilidad del centro y, en su conjunto, el sistema

se conduce como si viviera en una primitiva fase de autarquía. Por el contrario, en la sociedad avanzada de hoy, con todo tipo de servicios, se procura generalmente “hacer con medios propios sólo aquello que no puede hacerse con medios ajenos”. En el futuro del Sistema Nacional de salud, en el que se producirá un dinamismo muy vivo, originado por el aumento del gasto sanitario total y por los numerosos avances tecnológicos, la ductilidad que permite la subcontratación, más aún, la contratación externa (*contracting out*) debería ser, sin duda, un mecanismo de gestión fundamental. Además, las unidades clínicas que se estructuren como centros de coste-beneficio autónomos podrían operar, en la práctica, como unidades contratadas, con lo que se recuperaría una dimensión más humana que permite un clima de participación y motivación para el profesional.

Unos años más tarde, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 18 de diciembre de 1997, aprobó el *informe de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud*, en el que se volvía a insistir en estas mismas ideas. En sus conclusiones consideró que en materia de organización y gestión era preciso, entre otras medidas, impulsar la autonomía en la gestión sanitaria, potenciando la separación de las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios, configurando los centros asistenciales como organizaciones autónomas, con facultades de decisión efectivas y responsables, dotándoles de órganos de gobierno operativos y participativos, facilitando la extensión de las nuevas formas de gestión a toda la red de asistencia pública y compatibilizando el establecimiento de garantías en la correcta prestación del servicio público con la aplicación de mayores cuotas de autonomía. Se trataba de crear en lo organizativo un “mercado interno sanitario” entre centros, acompañado del reconocimiento al paciente de la libre elección de centro y profesional sanitario<sup>9</sup>.

---

9 El objetivo final no era otro que el de impulsar la competencia entre proveedores en el marco de un mercado sanitario regulado y establecer la libre elección de médico y centro, ambas con las limitaciones que la organización de los Servicios imponga y referidas al ámbito de los Servicios de Salud correspondientes. *Aprobación por el Pleno de la Cámara del Acuerdo de la Comisión de Sanidad y Consumo, relativo al Informe de la Subcomisión, constituida en su seno, 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*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 7 de enero de 1998, serie D, nº 230, [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L6/CONG/BOCG/D/D\\_230.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/BOCG/D/D_230.PDF)

### III. ALGUNOS EJEMPLOS QUE EVIDENCIAN UN RETORNO HACIA LO PÚBLICO

Son varios los ejemplos que podemos encontrar en las distintas experiencias autonómicas, en las que se han producido importantes cambios organizativos que suponen un abandono de algunas de las fórmulas de gestión directa e indirecta más novedosas, un menor protagonismo de los sujetos privados (hospitales y clínicas privadas) a través de la contratación administrativa, una vuelta hacia las formas de gestión directa de la sanidad y, en definitiva, un retorno hacia las normas de Derecho público. Aunque no podría hablarse en modo alguno de generalización de estos cambios ni del modelo, sí que resultan importantes en la medida en que nos permiten evidenciar algunas de las disfunciones y problemas que el empleo de estas fórmulas ha ocasionado al paciente, a los profesionales sanitarios y a la propia organización administrativa. Veamos algunas muestras de estas últimas tendencias.

#### 1. La traslación del informe Abril al ámbito normativo. En especial, el recurso a las fundaciones públicas sanitarias y su evolución

La determinación del marco básico estatal para la regulación de las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos nos remite al *Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud* y a la *Ley 15/1997 de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud*. Se trata de dos importantes instrumentos normativos en los que se ve reflejada la filosofía última inspiradora de estos informes sobre la creación de un mercado interno sanitario. Entre otros aspectos, se proponía separar las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios, configurando los distintos centros asistenciales públicos como organizaciones autónomas, con facultades de decisión efectivas y responsables en cuanto a la gestión, y dotar a los centros de órganos de gobierno operativos y participativos, independientes de las entidades compradoras y/o financiadoras, facilitando al mismo tiempo la extensión de las nuevas formas de gestión a toda la red asistencial pública.

Pues bien, el Real Decreto Ley, que adoptó el Gobierno del Partido Popular (PP) y que después fue convalidado sin los votos del principal partido de la oposición, el Partido Socialista Obrero Español

(PSOE), se adoptó con la finalidad de ampliar las formas organizativas de la gestión que diseñó la Ley General de Sanidad a cualquier forma de personificación “pública o privada”. La creación de entes instrumentales a través de la técnica de la descentralización funcional era el primer paso para crear las condiciones de un mercado interno sanitario. Para ello, la fórmula escogida recoge nuevas posibilidades para la gestión de los servicios sanitarios. La gestión directa comprende también la creación de otros entes públicos, dotados de personalidad jurídica y diferentes de las entidades públicas a las que se refería en aquel momento el artículo 6 de la Ley General Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre). Se mencionaba específicamente la figura de la fundación y del consorcio, al ser dos fórmulas organizativas que permitían un importantísimo grado de flexibilidad organizativa y de aplicación del Derecho privado. La posibilidad de que la Administración recurriera a las fundaciones había quedado ya establecida en el artículo 6 de la *Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general* (actual Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones). Asimismo, el Real Decreto-Ley posibilitaba la gestión y administración a través de cualquier tipo de entidades creadas por personas físicas o jurídicas privadas.

Según su artículo único, “*en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente, o indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho creadas por personas o entidades públicas o privadas, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer además acuerdos, convenios y fórmulas o gestión integrada o compartida*”.

Con ello se trataba de generalizar y dar cobertura a determinadas fórmulas que ya se habían anticipado en algunas legislaciones autonómicas que ya tenían transferidas las competencias sanitarias. Se explicó este importante cambio organizativo en la necesidad de buscar otras fórmulas organizativas más flexibles para hacer frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos que las Administraciones sanitarias tienen planteadas. Se buscaba también promover el sentido de la responsabilidad en el marco de una organización tan compleja como la sanitaria a través de una efectiva separación

progresiva entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión.

Posteriormente se tramitó como ley y se aprobó la Ley 15/1997, alcanzando un importante grado de consenso. Esta vez, la norma fue apoyada por el PSOE y por los demás grupos parlamentarios que ya habían apoyado la norma anterior, salvo Izquierda Unida, una vez que el ámbito de las entidades que podrían constituirse a su amparo se redujo a “cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho<sup>10</sup>”. Esta ley venía a moderar considerablemente esta nueva filosofía de organización y gestión de los servicios públicos. Así, reconducía y acercaba las formas de personificación hacia el ámbito de lo público, mencionaba expresamente que la sanidad seguía siendo un servicio público y que el recurso a cualquiera de las nuevas fórmulas de gestión directa o indirecta se haría “garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público”. También demostraba su interés por la buena marcha del servicio al establecer la obligación de los respectivos gobiernos, una vez decidida la forma jurídica a utilizar para la gestión de sus centros y servicios sanitarios, de establecer también el régimen de garantías de la prestación, su financiación y, en su caso, las peculiaridades en materia de personal que correspondieran.

El ejercicio de la potestad para optar por una u otra fórmula de gestión se atribuye, en dicho artículo único, al Gobierno, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas —en los ámbitos de sus respectivas competencias—, a quienes corresponde 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 sanitarios. El desarrollo reglamentario de este nuevo régimen jurídico organizativo se realizó a través del **Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de desarrollo de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud**, que dispuso que la gestión y administración de los centros, servicios

y establecimientos sanitarios podría llevarse a cabo a través de fundaciones, constituidas en aquel momento al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias (introducidas por el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, de tal manera que fuera cual fuera la forma de gestión, directa o indirecta por la que se optara, la titularidad del servicio público sanitario la mantuviera la Administración en todo caso (en ese sentido, STC 84/2015, de 30 de abril).

Una de las más importantes novedades organizativas que permitía esta nueva regulación fue el recurso a las fundaciones como fórmula de prestación de servicios. La Ley 15/1997 mencionaba expresamente la posibilidad de que la Administración sanitaria pudiera recurrir a la creación de fundaciones para la prestación del servicio público. Al amparo de la ley de 1994 se crearon en el territorio INSALUD las Fundaciones-Hospitales de Alorcón y Manacor, como fundaciones de naturaleza privada, pero con titularidad pública. Se regían por la Ley de Fundaciones y sus empleados eran contratados laborales sometidos al Estatuto de los Trabajadores. Dada la existencia de personal estatutario en los hospitales públicos, esta figura solo resultaba aplicable para la creación de nuevos hospitales y no resultaba apropiada para la conversión en fundaciones de los hospitales ya existentes<sup>11</sup>.

Estas limitaciones motivaron una regulación expresa de esta figura a través del art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que creaba las llamadas Fundaciones Públicas Sanitarias como organismos públicos adscritos al INSALUD. Se regulan por las disposiciones contenidas en el este artículo, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se pudieran crear en sus respectivos ámbitos territoriales.

10 FREIRE, José Manuel, “Comentario crítico sobre las fundaciones sanitarias públicas”, *Foro de Seguridad Social*, n.º 1, marzo de 2000, págs. 29 y 30, explica que el consenso que se alcanzó con esta ley para su aprobación debía entenderse limitado a la autorización para crear centros piloto, que, tras un periodo de tiempo razonable, permitieran evaluar las nuevas formas de gestión, desde el punto de vista de su contribución a la mejora de la eficiencia, la calidad, la satisfacción de la población y la respuesta a las necesidades sanitarias de la población con equidad en el acceso. El trabajo está disponible en el siguiente enlace: [http://atass.org/foross/01/Foro\\_SS\\_01.pdf](http://atass.org/foross/01/Foro_SS_01.pdf)

11 FREIRE, José Manuel, “Comentario crítico sobre las fundaciones sanitarias públicas”, *Foro de Seguridad Social*, n.º 1, marzo de 2000, pág. 31, pone de manifiesto el tratamiento presupuestario que daba el INSALUD a este tipo de entidades. Daba el mismo trato que a los centros concertados, esto es, como si fueran ajenos. El trabajo está disponible en [http://atass.org/foross/01/Foro\\_SS\\_01.pdf](http://atass.org/foross/01/Foro_SS_01.pdf)



En realidad, la nueva figura tenía mucho que ver con las Entidades Públicas Empresariales definidas ahora en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público, con la excepción de que el personal no puede ser laboral, sino estatutario. Como ha destacado Freire, en este sentido hubiera sido más sensato llamarlas “Empresas Hospitalarias Públicas”, ya que el apelativo de “Fundación” tiene un sentido legal muy diferente al que se utiliza en las Fundaciones Públicas Sanitarias. Las fundaciones son parecidas a las entidades públicas empresariales en su funcionamiento y naturaleza, pero difieren de ellas, sin embargo, entre otras cuestiones, en la constitución, modificación y extinción que sólo necesita autorización del Consejo de Ministros y en el régimen de personal. Las fundaciones públicas sanitarias han sido configuradas como organismos de naturaleza pública y de titularidad asimismo pública. Las fundaciones públicas sanitarias se configuran como la adecuada adaptación al ámbito sanitario de las entidades públicas empresariales recogidas en aquel momento en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, armonizando la descentralización de la gestión y el mantenimiento del régimen estatutario del personal.

Las fundaciones sanitarias formaban parte de una estrategia de la Administración destinada a cambiar la gestión de los centros sanitarios públicos de acuerdo al modelo de gestión privada. Como razones para justificar este cambio sus promotores alegaban la necesidad de acabar con la rigidez administrativa y la burocracia de los hospitales públicos, transformándolos en empresas de gestión autónoma y descentralizada, dotadas de gran autonomía y transparencia, con capacidad para incentivar adecuadamente a sus trabajadores y permitirles participar activamente en la gestión del centro y de sus servicios<sup>12</sup>. Lo más peculiar de esta figura es su personal. Con carácter general, se rige por las normas de carácter estatutario, aunque también permitía la incorporación de personal que ostentara vinculación de carácter funcional o laboral, al que le sería de aplicación su propia normativa. El personal directivo, que se determina en los estatutos de la entidad, puede también contratarse

conforme al régimen laboral de alta dirección, previsto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Si la designación recae en quien ostente vinculación como personal estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento a través del sistema de libre designación. Su contratación se someterá a la legislación de contratos del sector público. Las Disposiciones adicionales quinta y sexta prevén un procedimiento para la conversión de los actuales centros sanitarios existentes con la intención de preservar el régimen estatutario del personal que presta sus servicios en dichos centros sanitarios. Estos centros sólo podrían adquirir personalidad jurídica mediante su conversión en fundaciones públicas sanitarias o a través de la constitución de consorcios siguiendo el procedimiento establecido en la Disposición adicional sexta, que se caracteriza básicamente por su carácter voluntario y por la participación del personal afectado por el proceso de transformación.

Al amparo del nuevo marco normativo se crearon algunas fundaciones como la Fundación Hospital de Calahorra, el Hospital Universitario Fundación Alcorcón, la Fundación Hospital de Manacor y la Fundación Hospital Son Llàtzer en Baleares. También en Galicia se optó de modo importante por esta figura. No obstante, como destaca Zambonino Pulito, aunque se crearon al amparo de estas normas, la lectura atenta de sus estatutos las muestra más bien como entidades de naturaleza jurídico-privada que difícilmente encajan en esta categoría de entidades de naturaleza pública, lo cual deja en la práctica sin contenido esta precisa figura<sup>13</sup>.

La introducción de estas nuevas formas organizativas que buscaban huir del Derecho Administrativo para lograr una mayor flexibilidad y autonomía en su gestión, fue objeto de importantes críticas al entender que el modelo respondía a una visión mercantilizada del sistema sanitario y de los incentivos que operan en él. Como recomendaron el informe Abril en 1991 y el Informe de la Subcomisión de 1998, se buscaba a través de su autonomía y responsabilización generar un “mercado interno sanitario”. Se corría el riesgo de que este modelo acabara sustituyendo los valores del servicio público por la lógica mercantil de la competencia, provocando una degradación de los valores inspiradores de la sanidad que ofrece el Sistema Nacional de Salud. Se reprochó a las fundaciones que fragmentaran organizativa y gerencialmente

12 MARTÍN GARCÍA, M., RUÍZ HERVELLAB, V. y SÁNCHEZ BAYLE, M.A., “Satisfacción laboral en el personal de las fundaciones sanitarias en Galicia”, *Revista de Administración Sanitaria* nº 3 (2), 2005, pág. 304. En su estudio concluyen que en estas fundaciones estudiadas existen unas plantillas jóvenes satisfechas con su profesión y con una actitud positiva hacia el desarrollo de la misma y hacia sus compañeros, así como una insatisfacción laboral elevada. La mayor parte de los profesionales consideran mejores los centros de gestión pública y se trasladarían a los mismos si pudieran.

13 ZAMBONINO PULITO, María, “Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios. ¿Huida o vuelta al Derecho Administrativo?”, *Revista General de Derecho Administrativo* 41, 2016, pág. 35.

la organización de los servicios sanitarios públicos, transformándolos en un conglomerado de pseudoempresas sanitarias en la que cada una busca su propia cuenta de resultados, pues la lógica empresarial de estas fundaciones no encaja con la lógica administrativa y, por el contrario, podría suponer disfunciones en las funciones de coordinación de la fundación con el resto de la Administración sanitaria, ya fuera el área de salud o las estructuras de atención primaria. A juicio de Freire, a quien estamos siguiendo, la mayor crítica que podía hacerse a las fundaciones públicas sanitarias era, sin duda, la fragmentación de los servicios sanitarios al paciente y a la población, sustituyendo la cooperación y la coordinación que debe existir entre ambos niveles asistenciales por la competencia y la rivalidad presupuestarias. Alertaba del riesgo de que estas fundaciones trataran de cuadrar y mejorar sus cuentas de resultados traspasando costes hacia la atención primaria, destruyendo las ventajas de la integración de los servicios sanitarios en el territorio del área de salud<sup>14</sup>.

Siendo consciente de los desajustes que podían producirse en la atención integral al paciente y su continuidad asistencial, el Real Decreto 29/2000 había previsto el principio de coordinación y el de cooperación entre todos los centros sanitarios y entre los distintos niveles asistenciales, a través de los órganos directivos y territoriales correspondientes, al objeto de complementar los servicios prestados por cada uno de ellos, pudiendo arbitrarse fórmulas de gestión y administración compartida. Sin embargo, la experiencia de algunas Comunidades Autónomas ha permitido evidenciar que todas estas críticas eran justificadas y que la utilización de estas figuras puede causar importantes disfunciones. Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso balear.

Paradigmático ha sido, efectivamente, el caso de la Administración sanitaria de las Islas Baleares con la Fundación Hospital de Manacor<sup>15</sup> creada en el año

1996 y la Fundación Hospital Son Llàtzer, instituida en el año 2001. Ambas fundaciones tienen naturaleza jurídico-privada y eran fundaciones del sector público autonómico al amparo de lo que establece el artículo 55 de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears. Posteriormente, una vez transferidas las competencias del Instituto Nacional de Salud a la Comunidad Autónoma se creó la fundación pública sanitaria de carácter asistencial Hospital Comarcal de Inca por medio del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de marzo de 2006 (BOIB núm. 43, de 25 de marzo de 2006), con el cual también se aprobaron sus Estatutos. Puede decirse que se ha producido un paulatino proceso de publicación de estas figuras.

En primer lugar, la experiencia acumulada durante varios años puso de manifiesto la conveniencia de homogeneizar las relaciones de empleo del personal de cada uno de los centros, de las instituciones o de los servicios de salud con la finalidad de mejorar la gestión. Su sometimiento al régimen laboral “constituyó una auténtica barrera profesional” para la formación y el progreso laboral de sus profesionales sanitarios<sup>16</sup>. Para ello, la *Ley 1/2011, de 24 de febrero, de transformación de fundaciones del sector público sanitario de las Illes Balears y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias*, habilitaba a su Administración a establecer procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, en la categoría y titulación equivalente, de las personas que prestan servicios en estos centros, instituciones o servicios con la condición de funcionarios de carrera

*21 de enero de 1997, de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1996, por el que se autoriza al Instituto Nacional de la Salud a constituir determinadas Fundaciones, al amparo de la disposición final única del Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, aprobándose los correspondientes Estatutos.* Ambas se instituyeron con la naturaleza de fundación privada al amparo de la legislación de fundaciones de 1994, dotadas de personalidad jurídica propia y configuradas como entidades sin ánimo de lucro. En esa búsqueda de mayor flexibilidad y huida de la excesiva burocratización y de las normas de administrativas sobre el personal estatutario, todo su personal era contratado laboral, sometido directamente al Estado de los Trabajadores.

<sup>16</sup> Así se explicita en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de día 28 de octubre de 2011, por el cual se autoriza el inicio del procedimiento de extinción de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y la integración de estas en el Servicio de Salud de las Islas Baleares. Este proceso de integración no fue en modo alguno pacífico. La STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de julio de 2015 anuló los acuerdos que permitían dar al personal indefinido afectado por estos procesos la misma condición que al personal laboral fijo.

<sup>14</sup> FREIRE, José Manuel, “Comentario crítico sobre las fundaciones sanitarias públicas”, *Foro de Seguridad Social*, nº 1, marzo de 2000, pág. 33. El modelo, según el autor, responde a la lógica de “mercado interno” o sanitario de la reforma británica de Margaret Thatcher en el Reino Unido. Allí generó enormes costes administrativo adicionales, ineficiencia burocrática, distorsionó las prioridades sanitarias, puso en marcha incentivos perversos, introdujo el secretismo comercial en las relaciones entre hospitales, toda vez que se concebían los avances médicos locales en una garantía de más ingresos. Generó inestabilidad organizativa, falta de equidad y fragmentación de los servicios, sustituyendo los valores y la ética profesionales y del servicio público por una lógica comercial nefasta.

<sup>15</sup> Esta fundación, junto con la Fundación madrileña del hospital de Alcorcón, fue creada a través de la *Resolución de*

o en virtud de contrato laboral fijo<sup>17</sup>. Con el régimen privado de estas dos fundaciones no sería posible adscribirles personal estatutario, dado que las fundaciones Son Llätzer y Manacor eran antes de naturaleza jurídico-privada que ajustaban su actuación al Derecho privado<sup>18</sup>. Esta ley pretende dar solución al problema de personal planteado y opta por transformar las dos fundaciones del sector público balear en fundaciones públicas sanitarias, entidades que sí que pueden albergar personal estatutario, tal como prevé el artículo 73 del Decreto 29/2000, de 14 de enero.

El segundo movimiento importante en todo este proceso de publicación del sector sanitario fundacional se dio a través del *Acuerdo del Consejo de Gobierno de día 28 de octubre de 2011, por el cual se autoriza el inicio del procedimiento de extinción de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y la integración de estas en el Servicio de Salud de las Islas Baleares*, donde se explican los motivos de este importante cambio. El tiempo transcurrido y la experiencia acumulada han demostrado que el modelo organizativo en el que se situaron las fundaciones sanitarias de carácter asistencial no ha conseguido los objetivos de eficacia, eficiencia y mejora de la calidad de los

servicios propuestos inicialmente. Por ello, la dureza y la profundidad de la crisis económica evidencian la necesidad de llevar a cabo una profunda reestructuración de los entes del sector público autonómico de acuerdo con los principios de racionalización de las estructuras, de simplificación administrativa y de ahorro de costes. La extinción de estas fundaciones y su integración en el Servicio de Salud de las Islas Baleares se ha visto como una mejora de la situación de los profesionales y de la calidad de la asistencia sanitaria, lo que redundará en beneficio de una mayor homogeneidad del sistema sanitario público de las Islas Baleares.

Posteriormente se han seguido dando pasos hasta la total publicación de estas estructuras y su integración en la Administración balear. Por *Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2012, por el que se aprueba la primera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Illes Balears* (BOIB nº 47 de 31 de marzo de 2012) se aprobó la primera fase del proyecto de reestructuración del sector público instrumental de les Illes Balears, en cuyo punto 1 del anexo se prevén las medidas a adoptar dentro del ámbito funcional de la salud. Se concreta la extinción de las fundaciones públicas sanitarias Hospital Son Llätzer, Hospital de Manacor y Hospital Comarcal de Inca y su integración en el servicio de salud. Posteriormente, y una vez creadas las Gerencias territoriales, por el *Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de diciembre de 2012, por el que se aprueba la extinción de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su integración en el Servicio de Salud de las Illes Balears*, se decidió a partir del 1 de enero de 2013 la integración de estas fundaciones en el servicio de salud, lo que implica la pérdida de su personalidad jurídica y la disolución de sus órganos de gobierno. Desde ese momento se produce un importante punto de inflexión en esta materia y se vuelve a la gestión directa desde las Gerencias territoriales que asumen la gestión de los recursos sanitarios de las fundaciones públicas sanitarias y se integran en la estructura competencial y organizativa del Servicio de Salud (las Gerencia de Tramuntana, Migjorn y Llevant —creadas por medio del Decreto 63/2012, de 20 de julio, por el que se establece la estructura orgánica básica del Servicio de Salud de las Illes Balears). Las gerencias asumen la gestión de los recursos sanitarios de las fundaciones que se extinguen. Asimismo, el servicio de salud queda subrogado en la totalidad de las relaciones de personal laboral y de personal estatutario de las fundaciones. Por lo que se refiere al personal laboral propio que no se haya

17 Según su Disposición transitoria primera, el personal laboral al servicio de las fundaciones del sector público Hospital Son Llätzer y Hospital de Manacor queda automáticamente integrado como personal laboral al servicio de las nuevas fundaciones públicas sanitarias en iguales condiciones que hasta este momento le eran de aplicación, mientras no se haya completado el proceso de estatutización. Una vez completada toda la adaptación de las entidades transformadas al régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias, el personal de las entidades transformadas que haya optado por la estatutización debe ratificar esta opción.

18 Sobre los problemas y dudas que han planteado estos procesos de integración de trabajadores privados en el régimen estatutario puede consultarse la STC 20/2017, de 2 de febrero. En ella se analiza la compatibilidad de la normativa autonómica que había establecido el proceso de integración del personal de varios entes instrumentales con lo previsto en la disposición adicional quinta del estatuto marco del personal estatutario (Ley 55/2003), que había previsto que «Al objeto de homogeneizar las relaciones de empleo del personal de cada uno de los centros, instituciones o servicios de salud, y con el fin de mejorar la eficacia en la gestión, las Administraciones sanitarias públicas podrán establecer procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, en la categoría y titulación equivalente, de quienes presten servicio en tales centros, instituciones o servicios con la condición de funcionario de carrera o en virtud de contrato laboral fijo». Dicha integración afectaba al personal de la Unidad Central de Radiodiagnóstico, que es una empresa pública con forma de entidad de derecho público; al hospital de Fuenlabrada que también tenía la condición de empresa pública con forma de entidad de Derecho público y a la fundación hospital de Alcorcón que, si bien se creó por el Instituto Nacional de la Salud al amparo de la disposición final única del Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, había sido transferida a la Comunidad de Madrid.

acogido a los procesos de estatutarización, durante el año 2013 se llevarán a cabo las actuaciones necesarias para adecuar sus condiciones de trabajo al IV Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Los puestos de trabajo de este personal serán declarados “a extinguir”. En los mismos términos se decidió también la disolución de la entidad pública empresarial Gestión Sanitaria de Mallorca<sup>19</sup> (GESMA).

Se trata, en todo caso, de un importante ejemplo que ha permitido sacar a la luz las importantes disfunciones que crea este modelo y la conveniencia de volver hacia el ámbito de lo público.

## 2. El proceso de “publicación” de los consorcios sanitarios. Algunas experiencias autonómicas que evidencian la ventaja de su integración en la Administración

Los consorcios sanitarios son una figura muy utilizada en algunas Comunidades Autónomas porque permiten buscar el modelo idóneo de colaboración para cada caso concreto a través de la gran flexibilidad que aportan sus estatutos<sup>20</sup>. Como fórmula de gestión de los servicios sanitarios resultan especialmente significativos en algunas Comunidades Autónomas, como la catalana, donde los consorcios han permitido involucrar en la atención sanitaria, no solo a varias Administraciones, especialmente a la Administración local que posee todavía importantes infraestructuras asistenciales y hospitalarias propias, sino también a sujetos privados, tradicionalmente entidades privadas sin ánimo de lucro (art. 7.2 *Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña*). Siguiendo a Zambonino Pulito, pueden citarse, a modo de ejemplo y como más significativos, el Consorcio Sanitario Integral, el Consorcio Sanitario de Barcelona, el Consorcio Sanitario de Terrassa o el Consorcio Hospitalario de Vic<sup>21</sup>.

19 Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de diciembre de 2012 por el que se aprueba la extinción de la entidad pública empresarial Gestión Sanitaria de Mallorca y su integración en el Servicio de Salud de las Illes Balears.

20 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *Los consorcios en el Derecho español: (análisis de su naturaleza jurídica)*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1974, p. 406 y 407.

21 ZAMBONINO PULITO, María, “Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios. ¿Huida o vuelta al Derecho Administrativo?”, *Revista General de Derecho Administrativo* 41, 2016, pág. 29.

El Real-Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, entre las fórmulas de gestión directa descentralizada hacía expresa referencia a los consorcios. No obstante, la Ley 15/1997 omitió hacer alusión expresa a los mismos. Ha sido posteriormente, en plena crisis económica y a través de la disposición adicional décima de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Ley de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, cuando se han incorporado a este texto añadiendo una nueva disposición adicional única, en la que se determina su adscripción, su régimen jurídico, presupuestario y contable y de personal. Podría decirse que se produce en esta materia un punto de inflexión y se reconduce el régimen del consorcio hacia el ámbito del Derecho Público, especialmente en materia de régimen jurídico de su personal. Ello, obviamente, ha supuesto una pérdida importante de flexibilidad en su utilización.

Los consorcios, efectivamente y tal como ha explicado José María Sánchez, constituían una figura versátil e idónea como lugar de convergencia de diversas instituciones, un perfecto mestizaje administrativo donde confluyen diversas Administraciones públicas con entidades sin ánimo de lucro. Estas entidades han supuesto siempre fórmulas muy flexibles para la gestión, toda vez que sus estatutos se caracterizaban por la libertad de pactos en su constitución, que se reflejaba en los convenios de colaboración suscritos para establecer el pacto constitutivo en los que se determinaba su composición, organización de intereses, aportaciones patrimoniales, derechos de los asociados, competencias respectivas, número de representantes, finalidades. En dichos estatutos los partícipes regulaban su régimen orgánico, funcional, patrimonial, contable y financiero. La idea de pacto, voluntariedad e independencia son ideas consustanciales a la figura del consorcio<sup>22</sup>.

Su régimen jurídico ha sufrido modificaciones importantes en los últimos años y de forma paulatina. Especialmente significativas fueron las reformas introducidas por la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, cuya disposición final segunda introdujo una nueva disposición adicional vigésima en la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Con esta reforma se

22 JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ, Francesc, *El triste final de los Consorcios Sanitarios* (8 de enero de 2015), blog de los Juristas de la Salud, disponible en <http://www.ajs.es/blog/el-triste-final-de-los-consorcios-sanitarios/>.

introducía un nuevo régimen jurídico para los consorcios que requería la adscripción del consorcio a alguna de las entidades participantes, lo que determinaba automáticamente que quedaba sujeto al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración de adscripción. Consecuencia inmediata de ello es la integración del consorcio en la contabilidad pública de la Administración de adscripción y la auditoría a realizar por dicha Administración<sup>23</sup>.

Asimismo, les quitaba flexibilidad por las normas tan rígidas que exigía en materia de personal. A partir de ese momento, el personal de los consorcios podría ser funcionario o laboral, pero debía proceder exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes. Su régimen jurídico sería el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrían superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla. Como ha destacado Font I Llovet, en su conjunto, el resultado es una regulación desconfiada con esta probada fórmula de cooperación interadministrativa y poco flexible para hacer frente a las variadas situaciones a las que podría dar respuesta<sup>24</sup>.

Un año después se volvieron a introducir modificaciones importantes en su régimen jurídico. Los artículos 12 y siguientes de la Ley 15/2014 de racionalización del sector público regularon el derecho de separación de los miembros de un consorcio: causas, procedimiento, efectos, liquidación del consorcio, plazo de adaptación de estatutos, etc. Sin embargo, dichos preceptos fueron nuevamente derogados al año siguiente con la aprobación de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público. Aquella norma, sin embargo, introdujo un régimen especial para los consorcios sanitarios modificando la Disposición adicional única de la Ley 15/1997, que no ha sido expresamente derogada. Soluciona el problema que podía plantear la aplicación de los criterios de adscripción de los consorcios. Los consorcios encargados de la prestación de los servicios sanitarios estarán adscritos a la Administración sanitaria responsable de la

gestión de estos servicios en su ámbito territorial de actuación. Su régimen jurídico pasaría a estar contenido directamente en esta misma Disposición adicional y, sólo subsidiariamente y en aquello no regulado en dicha disposición, se aplicaría la normativa que regula con carácter general el resto de consorcios administrativos. Los sometía al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración sanitaria a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y obligaba al órgano de control de la Administración de adscripción a llevar a cabo una auditoría de las cuentas anuales del consorcio. También se establecían reglas generales en materia de personal. Sus empleados pueden ser funcionarios, personal estatutario o personal laboral procedente de las Administraciones participantes o laboral en caso de ser contratado directamente por el consorcio. El personal laboral contratado directamente por los consorcios sanitarios adscritos a una misma Administración se someterá al mismo régimen. El régimen jurídico del personal del consorcio será el que corresponda de acuerdo con su naturaleza y procedencia. Estas limitaciones se traducen, sin duda, en una importante pérdida de la autonomía y flexibilidad que aportaban estas figuras a través de sus estatutos, especialmente en lo que respecta a la posibilidad de contratar personal propio y en la determinación de su régimen jurídico mediante los correspondientes convenios.

Finalmente, los consorcios han pasado a regularse en los artículos 118 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Uno de sus puntos más llamativos, sin duda, ha sido la mención expresa al requisito de la falta de ánimo de lucro que la regulación tradicional del consorcio exigía a los sujetos privados para participar en esta peculiar forma de cooperación de entidades públicas entre sí y de entidades públicas a su vez con sujetos privados.

En todo caso, parece que la crisis económica y la necesidad de reorganizar el organigrama administrativo ha llevado a nuestros poderes públicos a realizar una reflexión más sosegada otra esta figura y a reconducirla nuevamente hacia el ámbito de lo público, aunque con importantes excepciones en materia de personal para los consorcios sanitarios. Por ello, no sólo se han realizado estos cambios normativos en el régimen jurídico del consorcio, sino que ha llevado a algunas Comunidades Autónomas a la disolución y liquidación de algunos consorcios en consonancia

23 FONT I LLOVET, Tomás, “La incidencia de la reforma local en el ámbito sanitario: competencias y organización. En especial, los consorcios”, *Revista Derecho y Salud*, volumen 24, 2014, pág. 85.

24 FONT I LLOVET, Tomás, “Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del Derecho europeo”, *Revista de Administración Pública* nº 199, 2016, pág. 268 y 270. Sólo en Cataluña existen 13 consorcios en el ámbito de la salud, con participación mayoritaria de la Generalitat, aunque los hay de composición estrictamente local.

con las medidas de racionalización propuestas por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), para dotar a la Administración del tamaño, eficiencia y flexibilidad que demandan los ciudadanos y la economía del país. En este sentido es destacable la experiencia aragonesa, que ha permitido sacar a la luz las importantes disfunciones que en la atención sanitaria —y desde la perspectiva del paciente— puede causar el hecho de tener dos estructuras públicas encargadas de la misma cosa.

Este cambio nos parece de suma importancia porque permite situar la atención al paciente en el centro de la toma de decisiones. Lo importante no es sólo conseguir una mayor flexibilidad y autonomía para la gestión de los recursos y una presunta mayor eficiencia, sino proporcionar adecuadamente las prestaciones sanitarias sin crear barreras ni compartimentos estancos que afectan, no sólo a la atención que recibe el paciente, sino también a la propia formación de los profesionales sanitarios.

En este sentido resulta paradigmático el análisis del caso que se ha producido en Aragón con el Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución, que se ha disuelto para su integración en el servicio de salud autonómico. El Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución (Consorcio) es una entidad jurídica pública, de carácter asociativo y voluntario, con personalidad jurídica propia e independiente de la de sus miembros y plena capacidad de obrar, que se constituyó, por modificación y ampliación del anterior Consorcio Hospitalario de Jaca, mediante un convenio de colaboración que suscribieron, el 4 de octubre de 2006, el Gobierno de Aragón, los ayuntamientos de Ejea de los Caballeros, Jaca, Fraga y Tarazona y MAZ Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Se configura como una entidad del Sistema de Salud de Aragón, conforme a lo previsto en el artículo 25 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, que tiene por objeto dirigir y coordinar la gestión de los centros, servicios y establecimientos de protección de la salud, y de la atención sanitaria, comprometidos en su área territorial de actuación. Reproducimos, por su interés, parte de la exposición de motivos de la *Ley 12/2014, de 18 de diciembre, de medidas para la efectiva integración del Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución, en el Servicio Aragonés de Salud*. El análisis de las importantes disfunciones que su funcionamiento suponía para la atención sanitaria llevó a la disolución del Consorcio. Y ello básicamente por los siguientes motivos:

*“Si bien la creación del Consorcio en sus orígenes pudo suponer una experiencia novedosa, tratando de superar algunas limitaciones en los sistemas tradicionales de gestión, la consecuencia actual es que en una parte del territorio se mantienen dos entidades proveedoras de servicios sanitarios públicos, el Servicio Aragonés de Salud y el Consorcio, lo que no significa necesariamente una mejor atención, sino una duplicidad de recursos que, en caso de mal uso, no solo elevan el coste de la asistencia, sino que pueden producir efectos adversos para la salud de la población atendida por la repetición de consultas y pruebas diagnósticas.*

*La unificación de los recursos existentes en ambas entidades permitiría una gestión diferente y más eficiente, manteniendo la actividad y redistribuyendo los recursos sin las limitaciones que la existencia de una gestión dividida ha ocasionado en estos años. Entre los beneficios esperados de una integración del Consorcio en el Servicio Aragonés de Salud, cabe destacar, sin ánimo de exhaustividad, la mejora de la calidad asistencial mediante la unificación de protocolos para reducir la variabilidad injustificada en la práctica clínica; el acceso a una historia clínica única y la consulta directa de resultados de pruebas complementarias; la existencia de un punto de información común para citaciones y gestiones; la mayor facilidad para la formación continuada del personal y su especialización funcional, y una mejora en la eficiencia por la unificación de servicios (asistenciales, logística, nóminas, servicios jurídicos, compras, recursos humanos, gerencia, etc.) y la economía de escala en las compras”.*

En este caso, tal como ha subrayado Zambonino Pulito, asistimos a un giro copernicano en las corrientes descentralizadoras que permite poner de manifiesto que algunas de las medidas descentralizadoras que se adoptaron hace unos cuantos años basándose en una esperada mejora de la calidad del servicio, no han servido para cumplir con su objetivo y, por el contrario, han ocasionado importantes disfunciones, por lo que se suprime una entidad, el consorcio, para integrarse en el Servicio Autonómico de Salud<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> ZAMBONINO PULITO, María, “Reformas en la gestión directa de los servicios sanitarios. ¿Huida o vuelta al Derecho Administrativo?”, *Revista General de Derecho Administrativo* 41, 2016, pág. 31.

### 3. La experiencia privatizadora valenciana y el “modelo Alzira”. ¿Un modelo fracasado o simplemente recuperado? Los problemas de la reversión.

Las normas autonómicas han mantenido en su mayoría el principio de la gestión directa en sus diversas modalidades, aunque algunas Comunidades Autónomas han previsto y utilizado fórmulas de gestión indirecta distintas a las recogidas en la Ley General de Sanidad, esto es, del concierto y del convenio singular. Así, por ejemplo, la Comunidad valenciana recurrió al contrato administrativo de concesión de servicio público para la construcción y explotación de hospitales, o las Comunidades de Castilla y León, Madrid y Baleares al contrato de concesión de obra pública. Sin embargo, nos vamos a detener exclusivamente en el modelo valenciano de “Alzira” por ser un ejemplo paradigmático en la utilización de sujetos privados para la construcción de los centros sanitarios y la gestión del servicio mediante un contrato administrativo de concesión<sup>26</sup>. En este modelo se ha producido un importante punto de inflexión para volver a lo público, a las formas de gestión directa con medios propios.

Este modelo, efectivamente, fue el elegido por el servicio valenciano de salud para prestar atención sanitaria especializada a los pacientes del Departamento de Salud de la Ribera (Alzira) e incluía la construcción de un hospital. Se formó una Unión Temporal de Empresas (UTE) integrada por la entidad aseguradora privada Adeslas, un grupo de cajas de ahorros y empresas constructoras. Se había previsto inicialmente la celebración de un contrato de diez años prorrogables por otros cinco.

Su introducción fue sencilla de vender ante la opinión pública porque la zona de la Ribera no contaba hasta ese momento con ningún hospital. La propia Administración lo promocionó con un perfecto diseño publicitario, como un sistema novedoso que permitía atraer fácilmente a los pacientes en la medida en que posibilitaba el acceso directo a la atención especializada, se les proporcionaba habitación individual y cama para el acompañante. Se trataba de una modalidad de acceso directo que se

conoce como un sistema de “sanidad sin escalones”. La celebración del contrato respondía al esquema de la creación de un mercado interno sanitario que buscaba la competencia con el resto de centros públicos, la generación artificial de un mercadeo de pacientes a cambio de un precio. Para ello se incluía la posibilidad de atención en el Hospital de la Ribera de pacientes de otras áreas de salud por los que se facturaría por proceso atendido, según precios públicos regulados anualmente por la Ley de tasas valenciana. También contemplaba la facturación al hospital de los pacientes atendidos en el resto de hospitales de la red pública remitidos desde el Hospital de la Ribera aunque, en este caso, con una reducción del 15% sobre la tasa pública, es decir con una ventaja adicional a favor de la empresa privada que, si bien cobraba por lo que hacía, pagaba con descuento por lo que a los pacientes de su área le hacían los demás hospitales públicos, generando así una especie de subvención encubierta<sup>27</sup>.

El modelo comenzó a prestar servicios en enero de 1999 y tras varios años acumuló pérdidas millonarias. Como resultado de ello, la UTE renunció al contrato y se inició un proceso de renegociación del contrato inicial para la posterior adjudicación de la nueva concesión a la misma UTE renovada, aunque con unas condiciones financieras muchísimo más ventajosas para ella, con una ampliación de la duración del contrato y con una ampliación del objeto y, por tanto, de las posibilidades de negocio, al incluirse también la atención primaria de los pacientes de la comarca (¿captura del regulador?). Como ha ressaltado la propia Comisión Nacional de la Competencia, la experiencia demuestra que “los procesos de externalización de la gestión sanitaria llevados a cabo por las Comunidades Autónomas han registrado, por lo general, una participación alarmantemente reducida de empresas<sup>28</sup>”.

Según cuenta Sánchez Bayle, a quien estamos siguiendo en este epígrafe, la modalidad elegida de extinción del contrato obligaba al rescate del hospital y a abonar a la concesionaria el importe de la inversión realizada no amortizada y una cantidad por lucro cesante. En el proyecto de presupuestos de Sanidad de 2003 se destinaron a esta operación 43,9 millones

26 El contrato fue impugnado al cuestionarse la legalidad de la concesión administrativa como forma de gestión del servicio público sanitario. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 1925/2000, no obstante, refrendó la legalidad del sistema, estableciendo que no hay reparo legal a la gestión indirecta del servicio sanitario en virtud de una concesión y que el carácter público del sistema no queda cuestionado por la iniciativa en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada.

27 SÁNCHEZ BAYLE, Marciano, *La privatización de la asistencia sanitaria en España*, Documento de trabajo 182/2014, Fundación Alternativas, págs. 24 y ss.

28 Conclusión nº 137 del informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre “*Aplicación de la guía de contratación y competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España*”, 2013, pág. 66.

de euros del capítulo de inversiones, lo que suponía el 40% de la inversión de atención especializada y un 25% de la inversión total de sanidad. Se abandonaron numerosos proyectos de inversión y mejora de la red pública hospitalaria que ya habían sido previstos en presupuestos anteriores. Toda la operación, como denuncia este autor, pareció ser el fruto de una decisión política y un compromiso entre el gobierno valenciano y el concesionario, toda vez que se convocó un nuevo concurso que fue adjudicado a la misma Unión Temporal de Empresas. La cápita del nuevo contrato, al incluir toda la atención y no solo la especializada, se estableció en 379 euros frente a la vigente de 233,7 euros en el primer trimestre 2003. El incremento fue por tanto de más de un 62,1%. El contrato establecía que la actualización anual de la prima por cápita en ningún caso podría ser inferior al IPC, ni superior al porcentaje de incremento anual del gasto sanitario público consolidado del estado para dicho ejercicio. Eso garantizó que, en un contexto de disminución del presupuesto público en sanidad, sólo los departamentos de salud de gestión privada aumentarían su presupuesto, produciéndose un trasvase de fondos del sector público al privado.

Este modelo responde a la perfección a la idea de creación de un mercado interno sanitario. Favorecía la creación de una competencia artificial entre los distintos centros públicos sanitarios, favorecida por el reconocimiento de la libertad de elección de los pacientes y la existencia de un contrato administrativo que permitía la facturación inter centros. Ante la posibilidad de acceder directamente al especialista, de disfrutar de una habitación individual con cama para acompañante o de la epidural en los partos, no es de extrañar que el hospital atrajera a pacientes pertenecientes a otros Departamentos de salud por los que después se facturaba a la Administración sanitaria. De hecho, las valoraciones que realizan los pacientes en cuanto a la calidad del centro y la atención recibida suelen ser muy altas. Esta dinámica podía resultar muy costosa para la Administración al tener que pagar por servicios que ella misma podía prestar directamente en sus propios centros hospitalarios, con la consiguiente merma del presupuesto público. Asimismo, producía importantes disfunciones en la organización de los servicios y prestaciones sanitarias en la medida en que dificultaba la introducción de posibles cambios organizativos o en la planificación de los servicios médicos por la necesidad de cumplir en todo caso con lo previamente estipulado en el contrato. En este sentido resultan paradigmáticas las consecuencias prácticas del modelo. Tradicionalmente se

ha explicado, entre otros aspectos, el recurso a las formas de gestión indirecta y a los sujetos privados por la necesidad de huir de la rigidez de las normas administrativas y al final se acaba reprochando al modelo la rigidez que introduce en la organización y gestión de la sanidad autonómica por la necesidad de respetar y cumplir lo previsto en el contrato administrativo. En este sentido, también se ha criticado que este modelo rompe los criterios de planificación de los recursos hospitalarios públicos, y encaja mal con la lógica de concentrar servicios de alta especialización y baja utilización por criterios de eficiencia y calidad. Por lo demás, puede crear importantes disfunciones al permitir el acceso directo a la atención especializada sin el importante filtro que supone la atención primaria.

Posteriormente se extendió el modelo a otras áreas o departamentos valencianos de salud. Se han llevado a cabo experiencias similares en el Área de Salud 20 de Torrevieja, Área de Salud 12 de Denia, Área de Manises y Área Elche-Crevillente. Como resaltan Minué Lorenzo y Martín Martín, en todos estos casos las empresas sanitarias adjudicatarias están lideradas por una aseguradora sanitaria privada, lo que ha supuesto un importante incremento de la población gestionada por las aseguradoras sanitarias en nuestro país<sup>29</sup>. En la actualidad el 20% de la población valenciana con derecho a la asistencia sanitaria es atendida con el modelo de gestión privada.

Con el cambio de color político y de Gobierno que se produjo como consecuencia del último proceso electoral celebrado en el Comunidad Autónoma valenciana se ha producido un punto de inflexión en esta materia. Se ha dado marcha atrás para recuperar la gestión directa del servicio público sanitario por parte de la Administración, lo que está ocasionando numerosos problemas, especialmente a la hora de decidir qué ocurre con el personal sanitario que presta servicios en esta empresa privada. La disposición adicional 9ª de la *Ley autonómica 21/2017, de 28 de diciembre de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat*, ha previsto expresamente la subrogación de la Generalitat en el personal de la UTE Ribera Salut y habilita a la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública para que desarrolle reglamentariamente la forma de producirse esta subrogación del personal a través de un Decreto.

29 MINUÉ LORENZO, Sergio y MARTÍN MARTÍN, José Jesús, "Gestión privada: ¿más eficiente?", *Actualización en Medicina de Familia*, 9, 2013, pág. 19.



Como es sabido, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público impiden que se pueda producir su integración automática en la Administración. A mayor abundamiento, la disposición adicional vigésima sexta de la *Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (LPGE)*, con las modificaciones introducidas por la *Ley 6/2018, de 3 de julio*, con una defectuosa técnica jurídica, ha venido a establecer importantes limitaciones para la incorporación de personal laboral propio de estas concesiones al sector público. Como regla general prohíbe que las Administraciones consideren a estos trabajadores como empleados públicos en cualquiera de las categorías que establece el artículo 8 del *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP)*. Remite directamente a las normas laborales sobre la sucesión de empresas, de modo tal que ni la Administración ni sus entes instrumentales de Derecho público podrán incorporar como empleado público a los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento o por resolución, incluido el rescate y el secuestro o intervención del servicio. Tampoco podrán incorporar al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

La LPGE crea un vacío jurídico. Este personal rescatado tiene que pasar forzosamente a la Administración, pero, sin embargo, no puede considerarse como empleado público porque así lo prohíbe expresamente el legislador, sin que cree ninguna otra categoría jurídica. La única solución que permitiría nuestro ordenamiento para integrar a este personal sería la creación de una sociedad mercantil o cualquier otro tipo de entidad que forme parte del sector público sin ser Administración, toda vez que el personal de estas entidades no tiene la consideración jurídica de empleado público ni se rige por TREBEP. Tan sólo le resultan aplicables los principios constitucionales y legales que rigen el acceso a la Administración.

Ante esta prohibición, el gobierno valenciano se ha visto obligado a crear una categoría nueva de personal no prevista en la legislación básica estatal y, en consecuencia, de dudosa constitucionalidad. Efectivamente, la *Ley 21/2017, de 28 de diciembre*,

*de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat*, ha establecido las medidas necesarias para organizar la vuelta a un modelo de gestión directa<sup>30</sup> del servicio sanitario a partir del día 1 de abril de 2018. Su disposición adicional octava ha regulado los efectos que la extinción del contrato suscrito entre la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública y la Unión Temporal de Empresas Ribera Salud II. En este caso se aplicará el régimen previsto para la sucesión de empresas (artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores). En consecuencia, la Administración sanitaria (Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública) se va a subrogar en la condición de empleador que la empresa concesionaria, Ribera Salud, ostentaba en todos los contratos de trabajo suscritos para la prestación del servicio. En este caso, dada las dificultades interpretativas que suscita la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, se ha decidido que todo el personal afectado siga en sus mismos puestos de trabajo, aunque en condición de “personal a extinguir”. Aunque ocupen plazas propias del personal estatutario se les va a permitir seguir realizando sus tareas y con idéntica condición de personal laboral hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores. Todo ello a pesar de que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía nº 618 de 10 de marzo de 2014, por ejemplo y en relación con un supuesto similar de subrogación de un Ayuntamiento tras el cese del contratista, consideró que no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico del Empleado Público.

Para la ordenación de todo este proceso de subrogación del personal laboral de la UTE en la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública la Ley 21/2017 remite directamente a la elaboración de una

30 Asimismo, como consecuencia de la reversión del contrato y su pase a gestión directa por parte de la Administración, la disposición adicional undécima de esta ley adopta las medidas necesarias para la correcta gestión del hospital comarcal del Departamento de Salud de la Ribera. Para ello, recurre al instrumento de la expropiación forzosa de todas aquellas parcelas y sus construcciones afectas a los accesos y aparcamientos del Hospital de la Ribera y que actualmente se utilizan para el servicio del mismo. Declara la utilidad pública e interés social, así como la urgente de ocupación de todas ellas, así como de las parcelas incluidas dentro de la manzana perteneciente a la red primaria o estructural, calificada como “Dotacional de servicios públicos” (1-Hospital «La Ribera»), por el Plan general de Alzira, con excepción de aquellas parcelas, donde se emplaza la construcción principal del Hospital, y que son ya propiedad de la Generalitat.

norma reglamentaria. Finalmente se aprobó el *Decreto 22/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del Departamento de Salud de la Ribera, en materia de personal*<sup>31</sup>. De no haber creado la ley autonómica esta especial categoría jurídica de “personal laboral a extinguir”, una vez producida la extinción de la concesión administrativa solo se podrían haber revertido las instalaciones, el equipamiento y los demás elementos vinculados con el servicio público sanitario, pero no su personal. En este caso, ante la presentación de demandas individuales, debería ser el Juez de lo Social el encargado de declarar formalmente la transmisión de empresas entre la UTE y el Departamento de Salud de la Generalitat conforme a lo previsto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, con la consiguiente subrogación de los trabajadores de la UTE como personal laboral temporal o indefinido de la Administración, según los concretos supuestos que se fueran planteando.

Finalmente, al personal estatutario fijo al servicio de las instituciones sanitarias que en su día hubiera sido declarado en la situación administrativa de servicios bajo otro régimen jurídico por haber formalizado un contrato de trabajo con la empresa concesionaria Ribera Salud (art. 65 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud), se le reconoce un derecho de opción durante tres meses – contados a partir de la fecha de efectividad de la reversión– para mantener la vinculación laboral derivada de la empresa concesionaria o, bien, solicitar la reincorporación al servicio activo como estatutario fijo. El mismo derecho se reconoce al personal estatutario fijo que fue declarado en la situación de excedencia por incompatibilidad, prevista en el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidad del personal al servicio de las administraciones públicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

31 El Proyecto de Decreto fue objeto de una observación esencial por parte del *Dictamen 150/2018 de 7 de marzo de 2018, del Pleno del Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana sobre el Proyecto de Decreto del Consell por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del Departamento de Salud de la Ribera en materia de personal*, al considerarlo como un instrumento jurídico no adecuado para ordenar la subrogación. Según dicho Informe, al encontramos en un entorno laboral se ha de aplicar la normativa laboral y las reglas sobre la negociación colectiva, sin que la subrogación del personal, las condiciones de la subrogación o la elaboración del listado de personal afectado pueda realizarse a través de una norma reglamentaria, siendo la negociación colectiva el instrumento más adecuado para ordenarla.

En todo caso, el viraje hacia lo público del hospital de Alzira no es un caso aislado. La nueva legislación valenciana ha optado definitivamente por la gestión directa de la sanidad. La nueva redacción del art. 3.3 de la Ley establece como principio general que el modelo de organización de centros y servicios del sistema valenciano de salud se va a caracterizar preferentemente por la gestión directa, por ser ésta la fórmula que permite una mayor garantía de universalidad, de accesibilidad, de equidad, de no discriminación y de no demora en el acceso a la asistencia sanitaria a los servicios y actuaciones sanitarias y de salud pública. Así lo explicita la exposición de motivos de la Ley 8/2018, de 20 de abril, de la Generalitat, de modificación de la *Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana* (DOGV núm. 8279 de 23 de abril de 2018):

*“La Comunitat Valenciana cuenta actualmente con 24 departamentos de salud. La mayoría de ellos está gestionada de manera directa. A la convicción de que la gestión pública directa es garantía de calidad y equidad se une la necesidad de poder establecer una mejor organización para lograr un mayor aprovechamiento de los recursos públicos. Esto hace necesario garantizar un modelo de gestión de centros y servicios que se caracterice preferentemente por la gestión directa, coherente con la opción preferente por la gestión pública de los servicios sanitarios recogida en esta ley. El fin es asegurar la igualdad efectiva de acceso a los servicios y actuaciones sanitarias, así como una mejor organización del sistema valenciano de salud. Se da preferencia a la gestión directa, porque se considera que es el sistema que da mayor garantía de universalidad, de accesibilidad, de equidad, de no discriminación y de no demora en el acceso de la ciudadanía a los servicios y actuaciones sanitarias y de salud pública. Solo en casos excepcionales, cuando se justifique debidamente su estricta necesidad, será posible acudir a la gestión indirecta de los servicios sanitarios públicos*<sup>32</sup>.

32 “El nuevo modelo debe responder a una mejor y más adecuada integración de los procesos y sistemas asistenciales y de salud pública o de asistencia sociosanitaria. El objetivo marcado es ofrecer al paciente, en el proceso asistencial, la integración de los diferentes niveles de atención (primaria, secundaria y terciaria), desde que la persona entre en el sistema sanitario, a través de la atención primaria, hasta la terminación de su proceso asistencial. En todo momento garantizando una atención óptima, de calidad, accesibilidad, equidad y eficiencia. Al tiempo, se favorece el trabajo en red entre los profesionales que interactúan en el proceso a nivel interdepartamental. Con ello también se pretende lograr un mejor aprovechamiento y una más adecuada integración e interoperabilidad

*De este modo, una opción preferente por la gestión pública directa, como se determina en el articulado de esta ley, no es por sí misma excluyente, de otras formas de gestión que, en todo caso, se respetan de acuerdo con la legislación básica y no se afecta en modo alguno a la estabilidad presupuestaria”.*

Además, la ley adopta limitaciones importantes y cautelas cuando intervienen sujetos privados. Así, para garantizar la libre competencia y evitar posiciones de dominio, ninguna persona física o jurídica podrá ostentar, directa o indirectamente, en el ámbito de la sanidad pública valenciana, más del 40 % de las participaciones o acciones en más de un ente titular de un contrato de gestión de servicio sanitario integral en régimen de concesión de un departamento sanitario. También se adoptan previsiones en materia de personal cuando la Administración decida recuperar un servicio sanitario previamente externalizado. Deberán respetarse, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público. Si la Administración decide prestar directamente un servicio que hasta ese momento viniera prestándose por un operador económico y existe sucesión de empresa, se subrogará en la condición de empleador que la empresa concesionaria ostentaba en todos los contratos laborales. El personal afectado seguirá en sus puestos en condición de personal a extinguir, desempeñando sus tareas y con idéntica condición de personal laboral hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los Trabajadores, con las demás consecuencias laborales inherentes a la subrogación contractual.

#### **4. La experiencia “privatizadora” madrileña y las pautas del Tribunal Constitucional sobre la gestión indirecta de la sanidad**

En la Comunidad Autónoma de Madrid también se ha ensayado un intenso proceso de externalizador que fue bautizado como intento de “privatización” de la sanidad madrileña. Este proceso se pretendió llevar a cabo a través de los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012, que tiene como antecedente el “Plan de Medidas de garantía de la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid”. Este plan pretendía la “privatización” de la gestión de seis hospitales (Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo) y

*de los recursos, servicios e instrumentos de gestión actualmente existentes en los diferentes departamentos”.*

los 27 centros de salud de la Comunidad Autónoma, afectando a una población de 1.150.000 habitantes<sup>33</sup>. Ponía de manifiesto la voluntad del legislador madrileño de optar por un modelo de gestión indirecta a través de la concesión administrativa tanto en hospitales como en centros de atención primaria con un determinado sistema de retribución al concesionario en los hospitales, a través de la llamada “capitación” o forma de pago capitativa (es decir, pago de una determinada cuantía por habitante/año).

El Grupo socialista del Senado interpuso un recurso de inconstitucionalidad de esta ley. Reprodujimos algunos de los argumentos utilizados en el recurso porque son claramente indicativos de algunas de las distorsiones y problemas que puede ocasionar la opción por un modelo de gestión indirecta. Entre otros muchos motivos se alegaba que la opción por la concesión administrativa introduciría en la Comunidad de Madrid un doble régimen económico en el aseguramiento de la prestación. En las zonas con concesión regiría un régimen económico contractual con pagos capitativos al concesionario prestador de los servicios, mientras que en las zonas de gestión directa, el régimen económico sería presupuestario, sin recursos económicos prefijados para prestar los servicios porque el Gobierno es libre de fijar las correspondientes partidas presupuestarias. Más de un millón de personas hubieran pasado a encontrarse con su aseguramiento de atención especializada gestionado por empresas privadas comerciales, con el consiguiente riesgo de descapitalización de los hospitales de gestión pública<sup>34</sup>.

Se dudaba, asimismo, de los efectos que el modelo de gestión podía producir en los propios derechos del paciente, toda vez que la Ley 6/2009 y el Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid 51/2010, de 29 de julio, reconocían a los pacientes madrileños el derecho a elegir profesionales de

33. Para profundizar, nos remitimos a DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, “Formas de gestión indirecta de los servicios sanitarios y <<privatización>> de la sanidad pública (especial referencia al plan de medidas de la Comunidad de Madrid), *RJUAM*, n.º 27, 2013-1, págs. 111 y ss.

34. Ello hubiera sido así basándose en la experiencia de los contratos de gestión privada de los hospitales de Valdemoro y Torrejón, para los que se había previsto una actualización del importe total de su retribución según el IPC y un factor de corrección, lo que hubiera implicado que “indefectible e independientemente de cuál sea la situación económica de las arcas públicas, el contrato obliga a la Comunidad a aumentar la asignación de recursos de forma anual. Por el contrario, en los hospitales de gestión directa pública, su presupuesto anual dependerá de lo que decida el Presupuesto anual de la Comunidad de Madrid”.

atención primaria fuera de su zona básica de salud y a recibir atención especializada en un hospital distinto al de referencia que les corresponda. Con el nuevo modelo, sin embargo, se acabaría creando un sistema de “apartheid sanitario”, en el que se ven atrapados los ciudadanos de territorios con atención especializada concesionada, negando en la práctica la noción de área sanitaria única proclamada en la ley. Afirman los recurrentes que, en los territorios de gestión sanitaria directa por el Servicio Madrileño de Salud con régimen económico presupuestario, si un hospital carece de los medios o de las especialidades necesarias para tratar a un paciente, existe una jerarquía de hospitales de segundo nivel, con más especialidades o recursos, a los que el paciente es remitido. La financiación de los hospitales con gestión directa se realiza por el sistema de “presupuesto global” y se determina en los presupuestos como un programa, vinculado con un contrato de gestión suscrito entre la dirección del hospital y la del Servicio en el que se detallan los objetivos de actividad y calidad para el año. El sistema de referencia de pacientes en este ámbito es básicamente “cooperativo” pues exige la colaboración entre hospitales de menor complejidad y otros de mayor nivel, así como con los hospitales de agudos y crónicos, sin que existan impedimentos ni incentivos para tratar pacientes de otras áreas de referencia hospitalaria. Por el contrario, en los hospitales de los territorios de gestión indirecta se genera un sistema “competitivo”: si un paciente de su zona es atendido en otro hospital, deberá abonar a la Administración sanitaria el pago establecido y si el hospital concesionario atiende a un paciente ubicado fuera de su zona, percibirá el pago correspondiente, de modo que en este sistema se generan incentivos para tratar o no a los pacientes en función del coste del tratamiento y de “que sean ajenos o propios (se gana más o se gana lo mismo)”. Nuevamente aparece aquí la filosofía inspiradora del mercado interno sanitario.

Según los recurrentes, este sistema de financiación contractual capitativa acarrearía importantes riesgos. Conduciría a prácticas de dudosa racionalidad pues los hospitales de gestión privada tienen un alto interés en atraer procedimientos sencillos y de costes variables bajos, susceptibles de hacer marketing por variables hoteleras o paraclínicas. El hospital público que deja de prestar servicio al paciente pasa a subsidiar al hospital privado pues solo se ahorra el coste variable, dado que los costes fijos están presupuestados. Los recurrentes también denuncian la existencia de un riesgo cierto de desplazamiento injusto de los costes de los hospitales privados a los

públicos sin que existan mecanismos claros y eficaces de control de esta desviación. La suma de ambos procesos puede dar lugar a un panorama en el que “los hospitales privados se especializan en retener y atraer procesos y pacientes sencillos, y a derivar otros complejos, costosos y con alta ocupación de camas”, de modo que sustituyen “pacientes caros que bloquearían las camas y recursos, por otros más ligeros a los cuales se les puede facturar a precios medios, a la vez que se amplía la capacidad asistencial para pacientes que sólo gastan los costes variables asociados a su atención”.

Asimismo, denuncian la ausencia de mecanismos eficaces para contrarrestar los incentivos económicos empresariales en conflicto de interés potencial con las obligaciones sanitarias asumidas por el concesionario, y la ausencia, tanto normativa como práctica, de mecanismos de tutela pública de los derechos sanitarios de ciudadanos y pacientes del territorio concesionario ya que los hospitales concesionados no disponen de un contrato programa o contrato de gestión, como tienen los de gestión directa, en los que se especifiquen los servicios a prestar y los estándares de calidad y la Administración sanitaria no cuenta en estos hospitales con representantes ante los cuales los ciudadanos y pacientes puedan presentar reclamaciones.

La STC 84/2015 de 30 abril, al igual que ya hicieran antes las Sentencias del Tribunal Constitucional número 37/1994, de 1 de febrero, y número 213/2005, de 21 de julio, declaró finalmente la inconstitucionalidad de algunos de estos preceptos porque la preferencia que había establecido la ley en la adjudicación de los contratos para las sociedades o entidades formadas por los propios profesionales sanitarios no tenía cobertura legal en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Sin embargo, avaló la constitucionalidad del modelo de gestión indirecta de la sanidad.

Sobre las dudas que plantea este modelo el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado específicamente porque el objeto del presente recurso es el art. 62 de la Ley 8/2012, que, por lo que se refiere a los seis hospitales indicados, se limita a habilitar al Servicio Madrileño de Salud “para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada”, añadiendo algunas previsiones sobre el control de la ejecución de los contratos, pero sin concretar ni la modalidad de contratación de la gestión del servicio público, ni la naturaleza de las posibles entidades adjudicatarias, ni tampoco

el contenido obligatorio de la relación contractual. Este aspecto impide que la Sala entre a valorar estos riesgos, toda vez que el establecimiento de un sistema de concesión administrativa a empresas privadas, con financiación contractual capitativa constituye meramente una posibilidad, pero no un imperativo que necesariamente derive del texto normativo sujeto a control de constitucionalidad. De hecho, los recurrentes se limitan simplemente a apuntar los riesgos que para la coherencia financiera del sistema puede entrañar el recurso a la gestión indirecta del servicio de salud en los hospitales madrileños. El Tribunal considera que la tesis defendida por los recurrentes se sustenta sobre una serie de consideraciones, perfectamente legítimas, que traducen un juicio crítico global sobre la solución organizativa plasmada en la norma impugnada pero que no es susceptible de un juicio de validez constitucional pues no se sustenta sobre una argumentación de carácter jurídico que permita a este Tribunal profundizar en todas las vertientes alegadas por los recurrentes.

Aunque no ha entrado en estas cuestiones que son sumamente interesantes, el Tribunal Constitucional ha venido a avalar la participación de los sujetos privados en la gestión del servicio sanitario a partir del análisis del art. 41 de la Constitución. Este precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador” (STC 32/1981, de 28 de julio), de tal suerte que ha de ser preservado “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (SSTC 26/1987, de 27 de febrero y 76/1988, de 26 de abril). Ahora bien, respetada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (STC 63/1987, de 21 de mayo entre otras). Por ello, este precepto no exige que el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social requiera necesariamente y en todo caso un sistema de gestión pública directa.

El carácter público del sistema de Seguridad Social, a juicio de la Sala, como “función del Estado” no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción

protectora de aquél. La experiencia comparada y la de nuestro país así lo ponen de manifiesto. La incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél, no alteran su naturaleza pública. En todo caso, según el Tribunal, la apertura a fórmulas de gestión o responsabilidad privadas debe quedar condicionada a la preponderancia de los elementos definitorios del carácter público del sistema de Seguridad Social.

A partir de estas premisas declara la constitucionalidad del precepto madrileño, en la medida en que únicamente hace referencia a la posibilidad de adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los seis hospitales indicados (Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo). Esta opción por sí sola no entra en contradicción con el art. 41 de la Constitución. Además, aun cuando esta previsión legal se materialice en la gestión indirecta del servicio por personas privadas, tal hecho no afecta al conjunto de mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social sino exclusivamente a los relativos a la acción protectora en materia de sanidad.

El Tribunal tienen en cuenta que la posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud. En este precepto, el legislador autonómico se ha limitado a hacer uso de las posibilidades abiertas por la legislación estatal. La norma recurrida, de hecho, apoya la previsión en lo dispuesto en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que, entre otras posibilidades, dispone que la prestación y gestión de los servicios sanitarios podrá llevarse a cabo mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas. Tal regulación, además, resulta concordante con la normativa sobre contratación pública (conforme al art. 275.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público).

De modo que, con independencia de la valoración que contemplada desde la perspectiva del juicio de eficacia pueda merecer la fórmula organizativa de prestación de los servicios sanitarios controvertida, no puede decirse que, por sí sola y con el alcance definido por la Ley autonómica recurrida, ponga en

riesgo la reconocibilidad de la institución, aquí el régimen público de Seguridad Social. Según se desprende de esta sentencia, son aspectos públicos que necesariamente deben de quedar en manos públicas los siguientes elementos:

A) La definición de las prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos, que ha de quedar, en todo caso, en mano de los poderes públicos, no habiéndose producido en este caso un traslado de esta potestad a quienes asuman la gestión —y solo la gestión— del servicio público de la sanidad.

B) La financiación, que en este caso también se sigue llevando a cabo mediante fondos públicos, sin que las singularidades a las que pueda dar lugar aquí la preservación del equilibrio financiero del adjudicatario alcance tal grado de intensidad que hagan inconstitucional el modelo de gestión establecido.

C) Y la garantía de igualdad y calidad de los servicios prestados a los ciudadanos. En este caso, el art. 62.1 in fine alude expresamente a la garantía de “los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios”.

Estas serían las tres grandes líneas rojas del sistema. Una vez respetados estos tres elementos básicos, concluye la Sala que el modelo madrileño de gestión indirecta no pone en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social ni desnaturaliza su esencia. A sensu contrario hemos de entender que si el papel que se le da a los sujetos privados alterara alguno de estos elementos se estaría afectando a la garantía institucional de la Seguridad Social y que, en consecuencia, podría declararse la inconstitucionalidad del modelo.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Corresponde a la Administración sanitaria, en el ejercicio de sus potestades organizatorias, decidir la forma de gestión del servicio público sanitario. Tanto la gestión directa, a través de sus propias estructuras o mediante la creación de entes instrumentales especializados, como la gestión indirecta a través de un sujeto privado constituyen opciones legítimas que, además, han sido avaladas por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Desde finales de los años noventa se han venido ensayando determinadas fórmulas de gestión que, bajo el pretexto de una pretendida búsqueda de la

eficiencia del sistema, posibilitan la introducción de la competencia en el ámbito de la sanidad y la creación de lo que se ha denominado “mercado interno sanitario”. El empleo de estas medidas de gestión ha planteado en algunos servicios de salud determinados problemas en la atención sanitaria al paciente, disfunciones entre la atención primaria y especializada y, sobre todo, barreras para la gestión del personal estatutario. Aunque los casos examinados constituyen experiencias aisladas que no permiten generalizar el modelo, en algunas Comunidades Autónomas se han llevado a cabo determinados procesos de reforma que evidencian un punto de inflexión en el empleo de estas fórmulas y una vuelta hacia lo público y hacia la gestión directa de la sanidad.

Especialmente polémicas son las formas de gestión indirecta en la medida en que suponen una externalización de los servicios sanitarios y un mayor protagonismo de los sujetos privados. A la vista de los estudios más relevantes realizados sobre estas experiencias -en especial sobre la valenciana- no se puede afirmar que el modelo de concesión sea más eficiente que el público. Se ha criticado que los distintos indicadores que suelen hacerse públicos abarcan solo una parte muy limitada de los indicadores de proceso y resultado. Tampoco en la experiencia internacional se ha demostrado empírica e incontestablemente que la gestión privada de centros de titularidad pública en el ámbito sanitario arroje mejores resultados clínicos y sea más eficiente que la pública, ni tampoco se ha demostrado lo contrario. Las ventajas que aportan estas fórmulas de gestión privada se circunscriben a muy escasos aspectos de la eficiencia o los costes o a limitados ámbitos de la gestión, por lo que no arrojan resultados concluyentes<sup>35</sup>.

Los economistas especializados en el ámbito de la salud “apenas pueden ir más allá de constatar que no se dispone de evidencia que apoye esas aseveraciones”. Se ha denunciado que las autoridades sanitarias no han hecho pública la información imprescindible para poder verificar estos resultados<sup>36</sup>, lo que implica, no solo “un importante desinterés por evaluar estos modelos”, sino también “un claro déficit democrático”.

35 MINUÉ LORENZO, Sergio y MARTÍN MARTÍN, José Jesús, “Gestión privada: ¿más eficiente?”, *Actualización en Medicina de Familia*, 9, 2013, págs. 19 y 21.

36 Sanjay Basu, Jason Andrews, Sandeep Kishore, Rajesh Panjabi y David Stuckler, “Comparative Performance of Private and Public Healthcare Systems in Low- and Middle-Income Countries: A Systematic Review”, *PLoS Med*, v.9(6), 19 de junio de 2012, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3378609/>.

Por el contrario, la limitada información disponible sobre este tipo de experiencias en nuestro país más bien nos permite alertar del riesgo de que se pueda producir una excesiva proximidad entre autoridades y concesionarios<sup>37</sup>. Este acercamiento, como ya denunció la *Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria* (SESPAS) en el año 2012, puede suponer una reducción de las funciones de inspección y supervisión que corresponden a la Administración sobre los servicios prestados y un importantísimo riesgo de “captura del regulador” (*regulatory capture*), esto es, de la influencia de las empresas del sector sanitario al que están sometidas, pudiendo, en casos extremos convertirse el regulador en defensor de los intereses de la empresa dominante antes que de los intereses generales que la Administración está llamada a defender<sup>38</sup>. Asimismo, no es un problema menor, reflejo de todos estos riesgos, el fenómeno de las puertas giratorias (*revolving door*), esto es, el tránsito de altos cargos de la Administración sanitaria al sector sanitario privado y viceversa<sup>39</sup>. Tal vez ello explique el fracaso del intento privatizador de la sanidad madrileña y el retorno hacia lo público, hacia un modelo de gestión directa, de la sanidad valenciana.

---

37 Como apuntan estos autores es difícil disponer de una sólida base científica para guiar la toma de decisiones políticas, ya no sólo por la complejidad de la materia, sino también por la debilidad de los sistemas de evaluación de dos sistemas sanitarios. “*De esta debilidad no está exenta España, cuyo sistema sanitario presenta carencias de información clamorosas, aunque aún es más preocupante observar la ausencia de estrategias gubernamentales que aspiren a subsanar tales deficiencias. Cabe preguntarse si esta carencia no es deliberada*”. MINUÉ LORENZO, Sergio y MARTÍN MARTÍN, José Jesús, “Gestión privada: ¿más eficiente?”, Actualización en Medicina de Familia, 9, 2013, pág. 16.

38 *Posicionamiento de SESPAS sobre las políticas de privatización de la gestión de los servicios sanitarios*, de 26 de noviembre de 2012. Según se indica en este escrito, los «estudios» que se conocen son publicados desde el entorno de las propias entidades implicadas, más cercanos a la propaganda que al análisis. Ante ello, “*queda pues como único dato incuestionable la reiteración hasta la saciedad por parte de los decisores públicos empeñados en implantar un modelo de demostrada eficiencia, del reconocimiento explícito de que cualquier forma de gestión externa es mejor que la que ellos son capaces de llevar a cabo. Algo que puede ser cierto, pero resulta contingente y aconseja otras soluciones. Inicialmente sustituir a quienes reconocen tales limitaciones antes que reformular sin evidencia todo el modelo de prestación asistencial para suplir dichas incompetencias confesadas*”.

Escrito disponible en <http://sespas.es/wp-content/uploads/2018/03/Posicionamiento-SESPAS-sobre-las-pol%C3%ADticas-de-privatizaci%C3%B3n-de-la-gesti%C3%B3n-de-los-servicios-sanitarios-noviembre-2012.pdf>

39 *La puerta giratoria en la sanidad*, 5 de enero de 2014, <http://www.nuevatribuna.es/articulo/sanidad/puerta-giratoria-sanidad/20140105124010099678.html>

En fin, se trata de un tema sumamente complejo donde, además, es muy difícil sustraerse a las ideas apriorísticas y a posiciones ideológicas. Con los datos disponibles a día de hoy no puede decirse que la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente que la pública. Pero tampoco puede afirmarse lo contrario, que el servicio público sanitario es más eficiente y sostenible con gestión directa de la sanidad. La respuesta jurídica a esta cuestión habría de realizarse analizando cada supuesto concreto, situándonos desde la perspectiva del paciente y tratando de buscar siempre la optimización de los recursos públicos en la gestión de la sanidad. Y en este contexto es, donde según Gimeno Feliú, habría que analizar si es conveniente, o no, utilizar como complemento para satisfacer el interés público la colaboración de los sujetos privados en la prestación del servicio público, teniendo también en cuenta que con estas técnicas ha sido posible con frecuencia preservar los estándares de calidad y equidad social en numerosas actividades de interés público muy relevantes y que no habrían sido viables en gestión directa<sup>40</sup>.

---

40 GIMENO FELIU, José María, *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, obra colectiva escrita por José María Gimeno, Francisco Caamaño Rodríguez González Quintero Olivares y Pascual Sala, editorial Profit, 2016.