

LA CONFIGURACIÓN DE LA URGENCIA DE UN SISTEMA DE SALUD, LA INCIDENCIA EN EL ÁMBITO PRIVADO Y EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE ÉSTOS

**Alberto
Palomar Olmeda**

*Profesor Titular (Acred) de Derecho Administrativo
Magistrado de lo contencioso-administrativo (EV)
Socio. Broseta Abogados*

SUMARIO

1. La configuración de urgencia de un sistema de salud; 2. La puesta a disposición y la conformación colaborativa de un Sistema de Salud con integración de agentes privados no vinculados; 3. La responsabilidad por la acción y la omisión en una situación como la planteada; 3.1. La financiación de la puesta a disposición; 3.2. La responsabilidad derivada de la puesta a disposición y de la propia utilización de los servicios sanitarios; 4. Las lecciones de gestión: el preludeo de la determinación del marco de responsabilidad; 4.1. De la gestión y de la responsabilidad; 4.2. De la delimitación del rol de la colaboración privada. 5. Bibliografía.

RESUMEN

La gestión de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 por las autoridades públicas en el marco del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 ha puesto de relieve problemas que afectan a la propia configuración del Sistema Nacional de Salud. El mando único establecido y las medidas adoptadas manteniendo la capacidad de gestión de las Comunidades Autónomas, así como la afectación de bienes y derechos de la sanidad privada, plantean dudas tanto sobre la asunción de responsabilidades como respecto de la gestión de futuras crisis.

PALABRAS CLAVE

Crisis sanitaria, coordinación, sanidad privada, Sistema Nacional de Salud.

ABSTRACT

This paper deal with the management of the health crisis caused by the COVID-19 by the public authorities in the context of the state of alarm declared by Royal Decree 463/2020. It has highlighted problems that affect the configuration of the National Health System. The single leadership established and the measures adopted maintaining the management capacity of the Autonomous Communities, as well as the affection of assets and rights of private health, raise doubts both about the assumption of responsibilities and regarding the management of future health crisis.

KEYWORDS

Coordination, health crisis, National Health System, private health.

1. LA CONFIGURACIÓN DE URGENCIA DE UN SISTEMA DE SALUD

La situación en la que nos encontramos tras la pandemia provocada por el COVID-19 exige o justifica algunas reflexiones sobre la configuración del sistema de salud. Es muy probable que algunos de los defectos evidentes en la forma de abordar el sistema se deban a una ausencia clamorosa de elementos de vertebración del mismo y, por tanto, de una actuación presidida por la precipitación y la falta de coherencia histórica. Es cierto, también, que han aparecido nuevos problemas y nuevas fórmulas que plantean, a su vez, algunas cuestiones nuevas.

Analicemos algunos elementos esenciales de esta afirmación, como son, en primer lugar, si el mando único y la gestión dispersa son viables. En segundo lugar, sobre la afección de bienes y servicios.

La característica central de la regulación de la alarma deriva o se plasma en una decisión de gestión: la autoridad única y de una serie de medidas explícitamente contenidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que, posteriormente, han sido objeto de un amplio desarrollo, primero, por el propio Ministerio de Sanidad y, posteriormente, por las Comunidades Autónomas.

En este sentido, el artículo 4 del Real Decreto 463/2020 configura una autoridad competente *ad hoc* señalando que esta denominación corresponde al Gobierno sin indicar, claro está, si con la condición de órgano colegiado o respecto de cualquiera de sus miembros. Pero, al margen de esto, se añade que únicamente para el «... ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad ...» una serie de ministros entre los que se señala en cuarto lugar al Ministro de Sanidad.

En relación con la delegación al Ministro de Sanidad se añade en el mismo artículo 4 del Real Decreto 463/2020 que «... Asimismo, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los ministros indicados en los párrafos a), b) o c), será autoridad competente delegada el Ministro de Sanidad...».

Por tanto, el Ministro de Sanidad ha operado como el responsable de la delegación (controlada) y bajo la dirección del presidente del Gobierno en la dirección de las materias de su ministerio y, de forma residual sobre las que, teniendo contenido

sanitario, puedan afectar a alguno del ministro que no sean el de Defensa, el de Interior y el de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana.

Se trata de un mando único de carácter delegado, pero con unas reglas de delegación que no son las convencionales de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público¹, ya que se hace hincapié en que el ejercicio de las funciones delegadas lo son sin plenitud funcional y en el marco de la dirección del presidente del Gobierno lo que nos lleva a indicar que se ha buscado una figura más vulgar que técnica y fuera de la ortodoxia jurídica.

A partir de aquí el mando único sanitario tiene un cometido específico que se señala en el artículo 12 y en el 13 del Real Decreto 463/2020 y que, en la competencia residual a la que nos hemos referido, se proyecta sobre el conjunto de las medidas que componen la alarma y que no están atribuidas a los tres ministros indicados anteriormente.

Podemos resumir y sistematizar, de este modo, el contenido de las medidas en el ámbito sanitario en la siguiente forma, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020:

- Dirección del sistema. A este efecto se señala que «... Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza...» (artículo 12.1).
- Mantenimiento de la capacidad de gestión de las Comunidades Autónomas. Se refiere a esto el apartado 2 del artículo 12 según el cual «... las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento. El Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio.

¹ Sobre la delegación de competencias, la misma está regulada en los artículos de la Ley 40/2015, en los mismos términos que se establecían en la derogada Ley 30/1992. Sobre esta cuestión pueden consultarse los trabajos de MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo X. La Administración del Estado*, 2ª ed., BOE, Madrid, 2017, pp. 78-87, e IZQUIERDO CARRASCO, M., “Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones”, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II (Gameiro Casado, E., Dir; Fernández Ramos, S. y Valero Torrijos, J., Coords.), Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 2675-2765.

- Afección a los bienes y derechos de la sanidad privada. De una forma menos clara, el apartado 6 del artículo 12 señala que «... Asimismo, el Ministro de Sanidad podrá ejercer aquellas facultades que resulten necesarias a estos efectos respecto de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada».

Esto nos permite indicar que el ministro asume la dirección superior del conjunto del Sistema Nacional de Salud, aunque se mantiene la capacidad de gestión del mismo por los titulares y responsables de los diferentes subsistemas sanitarios que no son relevados sino simplemente situados en un orden jerárquico inferior como consecuencia de la interposición en la línea de mando del Ministro de Sanidad.

El esquema se completa atribuyendo al Ministro de Sanidad un innominado e indefinido cúmulo de competencias en relación con los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad pública, lo que nos permite indicar que lo que se ha buscado es convertir el sistema de salud en un macrocosmos que incluye la red pública y la privada y que se pone sobre la dirección jerárquica del Ministro de Sanidad.

Este esquema introduce un elemento complejo en la gestión que es la instauración de la jerarquía como técnica de dirección de sistemas –públicos y privados- que gozan de autonomía, tienen sus propios “mandos naturales” y son ellos los que ordenan el sistema.

Es evidente que, en el momento presente, se carece de la perspectiva temporal recomendable para juzgar la eficacia de este sistema. Pero, a priori, puede decirse que una dirección sin el control de la respectiva organización solo funciona si existe una lealtad absoluta en el cumplimiento de las instrucciones, lo que no se discute que haya ocurrido, pero es lo cierto que está exento de tradición en la gestión sanitaria postconstitucional y que se hace al margen de los órganos de coordinación y cooperación que pueden asegurar aquella lealtad.

Finalmente, la dirección de estructuras privadas y la puesta a disposición del sistema o de las necesidades públicas del operativo privado es, sin duda, una compleja operación que afecta, de un lado, a la capacidad operativa real y la obligación de atención de aquellos servicios que sean impuestos por la autoridad delegada y, de otro, mucho más complejo de delimitar, es la puesta a disposición del ministro de sanidad que supone una posición de expectativa cuyo límite es ciertamente difícil de trazar y tensa, naturalmente, con la capacidad de su propia gestión que no está afectada de forma directa y expresa por la puesta a disposición.

En lo que se refiere a las afecciones de bienes y servicios, este esquema, desde una perspectiva no asistencial directa, se completa con las medidas previstas en el artículo 13 del Real Decreto 463/2020, conforme al cual el Ministro de Sanidad puede:

- Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública
- Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros o servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, así como aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico
- Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de esta crisis sanitaria.

En este segundo terreno ya no estamos ante la prestación directa de servicios para la sanidad sino en la afección de bienes y derechos para contribuir a la satisfacción de las necesidades colectivas, lo que desde una perspectiva de técnica jurídica se trata de una función de ordenanza y de una función ejecutiva directa fundada en las necesidades de la autoridad delegada para cumplir la función que le corresponde en el marco de la gestión de la alarma.

2. LA PUESTA A DISPOSICIÓN Y LA CONFORMACIÓN COLABORATIVA DE UN SISTEMA DE SALUD CON INTEGRACIÓN DE AGENTES PRIVADOS NO VINCULADOS

Al lado de lo que acaba de indicarse en relación con la configuración del sistema de salud cabe indicar que otra de las características percibibles de la gestión de la crisis es el de la obligación de puesta a disposición del mando único o de las autoridades que gestionan el sistema de bienes y servicios que pertenecen a la iniciativa privada y que, en el momento de la emergencia, no estaban vinculados al Sistema Nacional de Salud².

² Respecto del Sistema Nacional de Salud en nuestro país, pueden consultarse los trabajos de NAVARRO ESPEJO, A.J., “El Sistema Nacional de Salud (I): organización y funciones” y ÁLVAREZ GONZALEZ, E.M., “El Sistema Nacional de Salud (II): ordenación de los servicios de salud de las comunidades autónomas”, ambos en Tratado de Derecho Sanitario, Vol. I

Veamos algunos ejemplos, contenido en distintas Orden promulgadas a partir de la aprobación del Real Decreto 463/2020.

En primer término, la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Esta contiene un apartado 8 según el cual:

«... Octavo. Puesta a disposición de las comunidades autónomas de medios y recursos sanitarios de otras Administraciones Públicas y de centros y establecimientos sanitarios privados.

Durante el tiempo en el que por la progresión o afectación de la epidemia de COVID-19 no se pueda atender adecuadamente la asistencia sanitaria de la población con los medios materiales y humanos adscritos a cada comunidad autónoma, éstas tendrán a su disposición los centros y establecimientos sanitarios privados, su personal, y las Mutuas de accidentes de trabajo...».

En segundo lugar, la Orden TMA/263/2020, de 20 de marzo, por la que se regula la adquisición y distribución de mascarillas por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Su artículo 2 establece que « Las mascarillas serán adquiridas para su posterior distribución al personal que presta sus servicios en el sector del transporte en áreas de riesgo, según los criterios indicados con carácter general por el Ministerio de Sanidad, distribuyéndose a los trabajadores relacionados con el servicio de transporte público de competencia estatal, autonómica y local, así como a los trabajadores del ámbito privado relacionados con el transporte de viajeros y de mercancías en todo el territorio nacional, con objeto de garantizar el abastecimiento. La distribución se realizará conforme a los criterios y porcentajes de reparto señalados en el artículo 5 de esta Orden».

En tercer y último término, nos referiremos a la Orden SND/344/2020, de 13 de abril, por la que se

establecen medidas excepcionales para el refuerzo del Sistema Nacional de Salud y la contención de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En concreto, es el apartado primero el que, textualmente, establece que:

«... Primero. Puesta a disposición de las comunidades autónomas de los centros de diagnóstico clínico.

1. Las comunidades autónomas tendrán a su disposición los centros, servicios y establecimientos sanitarios de diagnóstico clínico de titularidad privada ubicados en su comunidad autónoma que no estén prestando servicio en el Sistema Nacional de Salud, así como su personal.

2. En todo caso, la realización de pruebas diagnósticas por los citados centros, servicios y establecimientos de diagnóstico clínico para la detección del COVID-19 quedará sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado segundo.

3. La puesta a disposición de medios a que se refiere el apartado 1 incluye la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para la regulación de los precios de las pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19, con el objeto de evitar situaciones abusivas en el acceso a este servicio...».

La habilitación para el establecimiento de la obligación deriva del propio marco constitucional y, en concreto, del artículo 31 de la Constitución, que admite el establecimiento de obligaciones personales por ley³. Y en este esquema, es claro que la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece medidas que afectan a la libertad y a la propiedad y que, finalmente, pueden constituir prestaciones personales obligatorias en los términos del citado precepto.

Es cierto que esta crisis ha puesto de manifiesto que no solo el sistema de responsabilidad por su concreción y su remisión genérica ha resultado o va a resultar polémico, sino que, probablemente, esta técnica aplicada al régimen sancionador ha resultado -o puede llegar a serlo- seriamente ineficaz si, como se plantea, el marco sancionador no tiene la

(Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J.; Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 327-361 y 363-397, respectivamente, así como la obra colectiva dirigida por PÉREZ GALVEZ, J.F., *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. También puede verse DALLI, M., *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, especialmente pp. 103-128; MORENO FUENTES, F.J., "Retos, reformas y futuro del Sistema Nacional de Salud", *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, nº 18, 2013, pp. 238-266, la monografía de BLASCO LAHOZ, J.F., *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Su aplicación legal y judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 y la obra colectiva dirigida por ABELLÁN PERPIÑAN, J.M., *El sistema sanitario público en España y sus Comunidades Autónomas*, Fundación BBVA, Bilbao, 2013.

3 Establece el precepto en su apartado 3 que: «Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley». Sobre esta cuestión puede verse, por todos, CAZORLA PRIETO, L.M. y PEÑA ALONSO, J.L., "Comentario al artículo 31.3", *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo I* (Arts. 1 a 96), (Cazorla Prieto, L.M., Dir.; Palomar Olmeda, A., Coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 850-864.

cobertura suficiente y se ponen en entredicho todas las actuaciones que se han realizado en esta materia⁴.

Responsabilidad y sanciones son dos elementos clave en un marco habilitante de adopción de medidas en cadena del conjunto de las que habilita para cada uno de los estados que contempla la Ley Orgánica 4/1981 y son los que, probablemente, exigen una reforma que concrete su respectivo marco de actuación.

3. LA RESPONSABILIDAD POR LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN EN UNA SITUACIÓN COMO LA PLANTEADA

El concepto de mando único y, en el plano operativo, el de puesta a disposición del mando único de la totalidad del sistema está llamado a plantear algunos problemas en lo que refiere a la responsabilidad que, ciertamente, no son menores.

En todo caso, podemos indicar que no contribuye a deshacer el conflicto la regulación legal del estado de alarma que dedica a esta cuestión el párrafo 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica 4/1981 cuando señala que «... Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes...».

3.1. La financiación de la puesta a disposición

La puesta a disposición del sistema sanitario y de la autoridad o mando único tiene, a su vez, dos tipos de cuestiones que tienen que resolverse. La primera es el concepto de utilización de los servicios correspondientes a entidades privadas. Lo que es evidente es que dichos servicios tienen que ser objeto de reembolsos en términos de contratación a posteriori de los servicios prestados.

En esencia el sistema público ha dispuesto de unos servicios que no forman parte de su estructura de provisión de servicios y, por tanto, deberán ser reembolsados previo el establecimiento del vínculo

⁴ A esta cuestión se refieren AMOEDO-SOTO, C.A., “Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 86-87, marzo-abril 2020, pp. 66-77, y TEROL GÓMEZ, R., “El régimen de la potestad sancionadora de la Administración por vulneración de las medidas de confinamiento impuestas durante el estado de alarma por la crisis sanitaria del COVID-19”, *Revista de Estudios Locales*, nº 231, 2020, pp. 28-48.

suficiente que permite el abono de los servicios en cuestión. Este vínculo jurídico debería ser necesariamente el de la contratación de los servicios acudiendo para ello al procedimiento de emergencia que se ha habilitado, con carácter general, para las provisiones procedentes del proceso de Covid-19.

Es cierto que, en algunas comunidades Autónomas existen y están publicados algunos elementos que fijan el precio. En este sentido, la Ley 20/2017, de 28 de diciembre, de tasas de la Comunidad Valenciana, se refiere, en el Título XXIX, a las tasas en materia de sanidad. Es cierto que el hecho imponible no está normalmente entre los previstos por el legislador, pero es cierto que de cara a la fijación de precios constituye un elemento de referencia ya que se fija la cuota íntegra por procesos hospitalarios y se relacionan los diferentes procesos y las cuantías que por los mismos se devengan. Esta referencia que se enuncia a modo de mero ejemplo lo que, realmente, produce es una objetivación del precio a satisfacer como consecuencia de la atención en cada uno de los procesos médicos que se establezcan.

Claro está, el mecanismo de las tasas únicamente nos vale, como queda dicho, para la objetivación del precio ya que el proceso obligacional es aquí diferente ya que no es la hacienda estatal o autonómica la titular de la recaudación, sino que, obviamente, lo es un tercero que se ha visto compelido a la prestación del servicio.

La segunda cuestión es la que, sin duda, tiene más problemas de cuantificación y de encaje conceptual. Se trata del concepto de “puesta a disposición” en sí mismo considerado y, sobre todo, analizado desde la perspectiva de la obligación de atender sin una cuantificación inicial ni final del servicio que se debe prestar. Cuando se presta estamos en el supuesto anterior y, por tanto, la indemnización o la compensación exigirá la formalización del acuerdo correspondiente.

Lo que realmente es más complejo es la valoración del concepto “puesta a disposición” y su propio alcance. Realmente podríamos indicar que dependerá en gran medida de la propia actitud del afectado por la puesta a disposición. Si se puede justificar que la puesta a disposición afecta a su capacidad operativa y de programación de la actividad privada, el acto de puesta a disposición tendrá un reflejo económico evidente. Sí, por el contrario, la puesta a disposición es un concepto tendencial sin una plasmación efectiva en la capacidad de organización y de prestación de servicios privados y opera sobre lo que pudiéramos denominar la “capacidad sobrante” de la propia organización los términos obligacionales son nítidamente diferentes.

Es cierto que estamos ante una controversia gradual. La primera, es la necesidad de la indemnización del concepto puesta a disposición cuando no conlleva la prestación efectiva del servicio; la siguiente, en el orden lógico, es la determinar el valor de la puesta a disposición y, finalmente, la de conocer el grado de disposición de la propia institución. Son temas cruciales y, ciertamente, novedosos que no han tenido un reflejo indemnizatorio real hasta el momento y que, es cierto, que suponen un grado de atención a una necesidad pública que implica un compromiso que se vincula directamente con la obligación de atención de aquello que las autoridades sanitarias le encarguen en el marco de sus propias obligaciones.

En este apartado se alude esencialmente a la posibilidad de sufragar los gastos directos y, eventualmente, los indirectos de la puesta a disposición de los servicios privados. Lo que no cabe ninguna duda es que se tras la obligación legal de atención que deriva de las normas de la alarma surge una obligación formalizada entre las partes de prestación de un servicio profesional que, en los términos de la obligación económica, es evidente que el centro sanitario no tiene la obligación de soportar, aunque lo tenga de atenderlo.

Este concepto de “puesta a disposición” constituye una afección real o potencial de las propias capacidades para atender al interés general que, en este caso, determina la norma de declaración del estado de alarma como un elemento general para la subvención de la misma y la solución de la situación que constituye el presupuesto esencial de la citada situación.

La compensación de esta afección puede tener carácter obligacional si se traduce en un instrumento que, desde el ámbito público, asuma las obligaciones en cuestión o, por el contrario, y como se advierte en el apartado siguiente, puede situarse en el plano de la responsabilidad patrimonial por el daño potencial que puede haber causado como consecuencia de la decisión de afección y, por tanto, del nuevo funcionamiento del servicio sanitario.

Situados en este plano surge, de forma inmediata, la cuestión de quien debería asumir la obligación. La respuesta es sencilla: el que asuma el beneficio de la puesta a disposición o de la atención de los pacientes. Ahora bien, esto tampoco es claro por el modelo de ordenación que se ha establecido.

En este sentido si recapitulamos sobre lo indicado al principio veremos que, en realidad, el conjunto de las decisiones es atribuibles al Gobierno Central y, eventualmente, a la autoridad delegada. Para su

materialización -especialmente cuando no se ha plasmado en una ocupación efectiva- no ha sido preciso dictar un acto de sujeción que individualice la obligación, sino que es suficiente con la norma general que establece esta obligación en términos taxativos y concluyentes.

La aparente simplicidad de esta relación causal no es tal, sin embargo, porque la materialización de muchas de las decisiones es consecuencia de la cadena de mando en la que la dirección corresponde a la AGE, pero la gestión, como anteriormente, hemos visto, corresponde a la Comunidad Autónoma o, para ser más exactos, al servicio de salud autonómico.

Desde una perspectiva de la lógica de las obligaciones es lo cierto que la afección genera un aumento de potencial de un servicio de salud concreto y que, por tanto, esta extensión de su propia capacidad gira sobre la propia conformación del servicio en cuestión y que, por tanto, las consecuencias económicas del sistema diseñado deberían recaer sobre el que finalmente obtiene una capacidad extendida como consecuencia de la obligación en cuestión. Siendo esto lo más real y lo más razonable no deja de faltar un elemento causal: la decisión de asumir o rechazar la extensión dispuesta. Esta decisión marcaría la obligación en los términos que se ha indicado, pero es cierto que cuando esta no se ha producido no se ha desactivado, sin embargo, la obligación legal de puesta a disposición y, por tanto, se haya utilizado o no lo que es evidente es que la afección se ha producido.

Situados en este plano puede ser más correcto determinar que si el uso no se ha producido ni la efectiva disposición de la afección tampoco, pero se ha mantenido la afección potencial con la capacidad de hacerlo el supuesto es más de responsabilidad que de reembolso.

3.2. La responsabilidad derivada de la puesta a disposición y de la propia utilización de los servicios sanitarios

En el marco que se acaba de exponer, el esquema de la responsabilidad de todo orden no es, claro está, sencilla. Si retomamos, ahora, el esquema inicial, debemos recordar que la gestión ha estado dirigida por la Autoridad delegada y, por tanto, que las medidas adoptadas en dicho marco, tanto las directas como las que se han dictado o ejecutado en el ámbito de la misma, tienen como referencia subjetiva final la de la responsabilidad estatal.

En este punto conviene recordar que el servicio público sanitario se ha visto seriamente afectado en

su configuración y organización como consecuencia de las medidas de alarma.

A modo de ejemplo podemos indicar que la reconfiguración ha afectado a cuestiones tan importantes como las organizaciones de los sistemas de provisión de los servicios, una reconfiguración del nivel y de la especialización de los profesionales, la propia ordenación de sus sistemas de trabajo, del lugar de trabajo y, finalmente, de la propia provisión de medios y servicios en los diferentes Servicios de Salud han resultado afectados, igualmente, por las decisiones de la Administración.

Desde la perspectiva enteramente privada y de las obligaciones que se han impuesto a los privados todo este esquema de transformación opera sobre la propia capacidad y, por ende, de la propia responsabilidad en la prestación del servicio sanitario. Es aquí donde surgen – están surgiendo en el debate social- algunos elementos de discusión-responsabilidad. Nos vamos a referir, en concreto y por separado, a la derivación y las condiciones de esta, por un lado, y a la ciertamente problemática actuación profesional en un marco centralizado de abastecimiento.

A) La derivación y las condiciones de la derivación

Sin duda, aunque a lo largo de la pandemia la cuestión se ha planteado tímidamente como una eventual posibilidad, hoy, parece que hay menos dudas de que los servicios públicos sanitarios establecieron medidas vinculadas a los niveles de atención y que estos criterios operan tanto en los servicios que prestan directamente como en los que atienden mediante mecanismos indirectos como pueden ser las derivaciones a los sistemas privados en virtud de la obligación de atención que deriva de la “puesta a disposición” a la que ya nos hemos referido.

En este punto la lógica impone pensar que las entidades privadas, como regla general, no han tenido capacidad de elección, sino que la elección debe ser consecuencia de la decisión de la dirección correspondiente del respectivo sistema salud y es, por tanto, a este al que habrá que atribuirle las responsabilidades que derivan de la elección.

En todo caso, estamos ante una fina línea entre lo que ordena la autoridad delegada, lo que obedece el Sistema de Salud correspondiente, lo que el Servicio de Salud añade para la gestión y la decisión final del Sistema de derivar la ejecución del proceso sanitario a un privado. Fina línea cuya consecuencia a priori es la convertir el esquema de responsabilidad en un elemento de indeterminación en la

responsabilidad que, en gran medida, tiene el efecto real de diluir el problema central de la elegibilidad como elemento admisible en el ámbito prestacional y al margen, por tanto, del propio criterio médico.

Los agentes privados que han sido reclutados para la actividad deberán, por tanto, responder únicamente de la prestación que han asumido, pero no de las decisiones que no han tomado en la conformación previa del ámbito prestacional. Este ámbito debe considerarse exento de las responsabilidades de la elección, salvo que realmente tuviera intervención en la propia decisión.

Esto nos permite indicar que se configuran tres aspectos diferenciales en la ordenación de la cuestión: la decisión matriz o inicial de la autoridad delegada, las decisiones que en ejecución de aquella o dictada en el marco de aquella han adoptado las autoridades comunitarias y los titulares de los servicios de salud y, finalmente, la decisión de gestión, específicamente considerada, que se supone que es la que da cobertura al acto prestacional que puede haber sido realizado por un ente público o privado en función de la decisión adoptada en el segundo de los hitos a los que nos acabamos de referir.

B) La actuación profesional en un marco centralizado de abastecimiento y que, finalmente, ha resultado insuficiente para atender las necesidades en el ritmo y con los requerimientos necesarios para la subvención de la crisis

Entre las medidas que se han adoptado en el marco de la gestión de la crisis y que han afectado al mercado, a la configuración del mismo y al propio abastecimiento, están un conjunto de medidas que han puesto en manos de las autoridades centralizadas las adquisiciones y la delimitación de la prioridad de usos establecida para el conjunto del sistema sanitario.

Específicamente se señalan en este punto las determinaciones que han supuesto la centralización de compras, de un lado, la determinación del ritmo y el destino de lo adquirido, las requisas del material existente y, por tanto, la libre conformación del mercado y de las fuentes de aprovisionamiento.

Es difícil, más allá de en términos de impresión o de noticias de prensa⁵, valorar, en este momento,

⁵ Ha habido muchas noticias sobre esta cuestión. Por ejemplo, cuando el Gobierno anunció una compra de 432 millones de euros de 550 millones de mascarillas y 11 millones de guantes, además de test y respiradores. Vid. *La Vanguardia*, 25 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20200325/4893572918/material-compra-china-sanitarios.html> (Último acceso: 20 junio 2020).

la eficacia de estas medidas en el tiempo y en la distribución. Lo que resulta evidente – por la causa que sea – es que las fuentes de aprovisionamiento no fueron las adecuadas y que, por tanto, hay decisiones que afectan a la administración de lo poseído y, por ende, a la calidad del servicio y a la forma de prestación del mismo.

Esto nos sitúa ante un marco muy complejo tanto para los proveedores públicos del servicio sanitario como para los proveedores privados. En los primeros serán claramente perceptibles las decisiones de centralización en los que se refiere a la compra, a la asignación y a las reglas de utilización. En el segundo de los terrenos planteados cabe, a su vez, diferenciar entre los supuestos de requisa y, por tanto, la limitación de la propia capacidad de respuesta y, desde una perspectiva más general, la propia responsabilidad de quienes centralizan un proceso y, como consecuencia, alteran las reglas de funcionamiento del mercado y la habilidad y la eficiencia en la provisión y abastecimiento de las propias necesidades como elementos centrales de la propia gestión.

Son terrenos y fundamentos diferentes a los que el derecho y la institución de la responsabilidad deben dar, a su vez, soluciones diferentes. Algunos problemas son novedosos y, especialmente, la responsabilidad derivada de la alteración del mercado que llegó, incluso, a la limitación de precios en un momento en el que el mercado y sus reglas presentaban una complejidad adicional.

Esta complejidad adicional, representada en gran medida por las dificultades de un mercado estresado, por la aparición de intereses económicos espurios y el deseo de ganancia de mercados que se han visto sobreexplotados en muy poco tiempo, ha resultado, visto con una mínima perspectiva, una medida desafortunada. No se ha podido probar que la capacidad de adquisición se mejore, en un tipo de mercado como el que aludimos, con la centralización. De hecho, la solución final ha pasado, esencialmente, por el abandono de la idea principal y, como consecuencia, la recuperación de la capacidad de aprovisionamiento por cada uno de los agentes que participan en la gestión del Sistema de Salud considerado en su conjunto, e integrado por todos los subsistemas que han adoptado, finalmente, decisiones de aprovisionamiento.

Es cierto, adicionalmente, que, más allá, de los efectos sobre los subsistemas y los efectos de abastecimiento individual de cada uno de ellos es razonable indicar que sus efectos se proyectan no solo sobre el sistema público y la constelación de subsistemas sino sobre el conjunto del mercado. Todos los operadores –los públicos y los privados– han tenido

problemas de abastecimiento que, en gran medida, son o han sido fruto de las decisiones de afección a las reglas del mercado y a las decisiones de centralización. Surge aquí un tema francamente interesante como es el de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de las decisiones que puedan haber afectado al mercado y condicionado su operatividad y que pueden haber demorado, entorpecido o encarecido notablemente los costes de la prestación del servicio.

Este planteamiento tiene, en sí mismo, una doble virtualidad. De un lado, se presentará como elemento referencial en la determinación de la respectiva responsabilidad de cada uno de los agentes intervinientes y, de otro, como una posibilidad de que los agentes afectados no solo se defiendan de los planteamiento que, eventualmente, les puedan llegar en el plano de la responsabilidad sino también que ejerzan una posición activa en las exigencias de la responsabilidad que pueda corresponderles por los daños evaluables económicamente que puedan haber sufrido como consecuencia de la alteración de las reglas comunes de funcionamiento y, por tanto, del propio funcionamiento del mercado en el que venían desarrollando su función y que resultaron bruscamente alteradas como consecuencia de las decisiones adoptadas en vía de solución de la pandemia.

4. LAS LECCIONES DE GESTIÓN: EL PRELUDIO DE LA DETERMINACIÓN DEL MARCO DE RESPONSABILIDAD

4.1 De la gestión y de la responsabilidad

Las consideraciones que se vienen haciendo en el apartado anterior ponen de manifiesto que una crisis de la proporción de la que hemos vivido es, probable, que no pueda ser solventada con medios razonables ni previsiones comunes. Es aquí donde surge la pregunta adicional: ¿es exigible una cierta previsión de la emergencia?, ¿debe preverse la crisis?

Se trata en realidad de dos preguntas que debemos empezar a hacernos para, laga la redundancia, deshacernos de la idea o de la sensación de improvisación que hemos vivido en estos momentos. Algunos elementos, ligados a la gestión, pueden ser individualizados.

A) El sistema de información

Como es sabido, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional

de Salud, crea todo un sistema de información administrativa cuya esencia es que el conjunto de autoridades con competencia en la materia pueda adoptar las decisiones que procedan⁶.

Situados en este plano es legítimo preguntarse si ¿el sistema de Información ha sido eficiente?, ¿tenía la previsión suficiente para ser capaz de armonizar la información, de transmitirla y de proyectarse sobre una situación de emergencia? Es probable que aquí haya disparidad de criterios. Sin embargo, la sensación final es que la información como elemento de vertebración de un sistema no ha funcionado con la intensidad, la eficacia y la solvencia necesaria. La imagen que se proyecta, en el plano de la gestión, en relación con el cómputo de muertos –por ejemplo– avala una afirmación como la que acaba de hacerse y condiciona seriamente el diseño y la operatividad del sistema de información administrativa.

Es claro que, para los estudiosos de las políticas públicas, la información y la estadística tienen una relevancia tal que condicionan la propia esencia de la formulación y reformulación de las políticas públicas. Y esto nos lleva a indicar que uno de los elementos a reforzar es, sin duda, el sistema de información sanitaria, su explotación y su puesta a disposición del conjunto de los actores que participan en el mercado de la sanidad.

Esta afirmación de la necesidad de mejora se traduce, desde otro punto de vista, en una indicación de si la deficiencia de un sistema, legalmente establecido, no debería ser causa de responsabilidad cuando del mismo puedan probarse daños.

De alguna forma parece necesario que muchas reformas legales que contienen instituciones muy avanzadas y ordenadas tengan una efectividad real y no queden marginadas o preteridas o infradotadas y, finalmente, en una situación de falta de eficacia.

Definir la eficacia –un concepto fundamental en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo⁷– es siempre difícil, pero cabe la posibilidad de plantearse si no existe un derecho y una correlativa obligación a la implementación eficaz de las medidas que las propias leyes consagran.

6 Sobre esta cuestión pueden consultarse los trabajos de REY DEL CASTILLO, J., “Algunos comentarios para el análisis de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 1, nº 3, julio 2003, pp. 365-402; ESCRIBANO COLLADO, P., “La cohesión del Sistema Nacional de Salud. Las funciones del Consejo Interterritorial”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 52, 2003, pp. 11-34.

7 Es recomendable la lectura del todavía actual trabajo de PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP, Madrid, 1995.

B) La preordenación de la gestión

En los términos que se ha indicado anteriormente, hay que reconocer que la configuración del mando único con mantenimiento – en lo que no se opone– de las competencias de gestión en los “mandos naturales” de las Comunidades Autónomas es un sistema confuso y complejo.

La convivencia simultánea de la legislación de la alarma, de la legislación o la normativa de la urgencia y de las competencias de las Comunidades Autónomas en la complementación de ambas es, ciertamente, un sistema confuso que habría que analizar y prever para el futuro.

La situación de la emergencia sanitaria o cualquier otra de esta índole nos debería pillar en el futuro con un esquema de funcionamiento conocido y presentable y no a merced de la improvisación que es, finalmente, la sensación que se ha proyectado y que ha quedado en un ordenamiento que tendrá ahora que debatir el rango, por ejemplo, de las órdenes derivadas del bloque de alarma, de las medidas de desescalada y de las regulaciones que, el Estado por un lado, y las Comunidades Autónomas, por otro, han dictado para regular esta situación.

El complejo normativo dispuesto no se presenta como el zenit de la eficacia y los problemas interpretativos que se van a arrastrar durante algún tiempo se proyectan sobre su propia eficacia y, finalmente, sobre el esquema de responsabilidades al que nos venimos refiriendo.

C) La necesaria adaptación de la normativa pública al marco de la gestión de la emergencia.

Fundamentalmente esta adaptación afecta a la normativa de contratos, a la de procedimiento administrativo, a la legislación presupuestaria e, incluso, a la normativa patrimonial o la de subvenciones públicas.

La crisis ha demostrado que nadie había pensado soluciones en clave de estrategia de emergencia y que se han ido improvisando medidas que, ahora, hay que encajar en un sistema administrativo no muy proclive a estas soluciones. Los contratos de emergencia, los anticipos de caja, los reintegros o las devoluciones, la concesión de subvenciones nominativas, etcétera, se analizarán, dentro de unos meses –o años– con una mentalidad más de normalidad administrativa que de otra cosa.

Esta confrontación entre las decisiones tomadas y su marco jurídico y finalista puede resultar

seriamente contraproducente y nos lleva a indicar que el sistema administrativo debería pensar cómo, en otros momentos, se hace frente a una emergencia, con eficacia y sin que las decisiones tensen el sistema administrativo en su conjunto y se conviertan en una derogación singular de la normativa administrativa que opera -o se trata de que opere- en el plano fáctico porque, realmente, las determinaciones legales adoptadas no tenían este alcance de la derogación singular del marco general.

Estas relaciones tienen terceros afectados que han provisto bienes y servicios o que han solicitado y/o obtenido subvenciones o ayudas públicas. Se trata de compromisos firmes que habrá que asumir, en términos de legislación administrativa, y que no admiten ni discusión ni preterición, aunque, como vemos, se trata de procesos que no siempre contrataron a los mejores, ni a los que tenían capacidad, solvencia ni, en muchos casos, a los que suponían una mejor oferta para el conjunto de las Administraciones Públicas.

D) Concreción del marco de responsabilidad

La consecuencia evidente de cuanto acaba de indicarse es que resulta, igualmente, preciso definir el marco de las respectivas responsabilidades del conjunto de los actores que pueden llegar a participar en un proceso como el que se ha descrito.

La simple enunciación del esquema de funcionamiento en el que nos hemos desenvuelto nos lleva a afirmar que, también, costará un tiempo delimitar el marco respectivo de las responsabilidades. Hay que ser conscientes de ello.

4.2. De la delimitación del rol de la colaboración privada.

Las normas actuales tienen, como venimos repitiendo, diversos elementos para la justificación de la utilización de medios privados. Una vez superada la emergencia la cuestión, ahora, es cómo aclarar los términos obligacionales y contractuales de la colaboración.

Ya comienza a verse que la respuesta está siendo diferencial y esto, tampoco, conforma un marco de solución final y concreta de la situación. Como antes se ha indicado, en unos casos, la opción indemnizatoria se ha obtenido por asimilación con la prestación de la misma actividad en el marco de la delimitación de las tasas públicas. En otros, la cuestión se ha demorado a reclamaciones individuales que conllevarán un amplio debate sobre el precio de lo asumido. En todo caso, no se conoce que la

disponibilidad haya formado parte del sistema indemnizatorio cuando no se ha consumado y, por tanto y utilizando técnica de seguro, que el riesgo se haya convertido en siniestro.

El sector privado debería saber, en el futuro, cual es el mecanismo que compensa la obligación de puesta a disposición que, ciertamente, es razonable pero que debe estar compensada, en el plano teórico, con una determinación del marco en que se desarrolla la actividad obligacional que se impone desde una perspectiva social y de auxilio a la comunidad.

Debe tenerse en consideración, en este punto, que la afección general y la puesta a disposición choca -o puede hacerlo- con su propia capacidad de gestión frente a terceros, lo que aboca al sistema a un conjunto de responsabilidades en cadena por la inacción, la demora o el aplazamiento de las medidas adoptadas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN PERPIÑAN, J.M. (Dir.), *El sistema sanitario público en España y sus Comunidades Autónomas*, Fundación BBVA, Bilbao, 2013.
- ÁLVAREZ GONZALEZ, E.M., “El Sistema Nacional de Salud (II): ordenación de los servicios de salud de las comunidades autónomas”, *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I (Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J.; Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- AMOEDO-SOTO, C.A., “Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estadio de alarma sanitaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 86-87, marzo-abril 2020.
- BLASCO LAHOZ, J.F., *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Su aplicación legal y judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014-
- CAZORLA PRIETO, L.M. y PEÑA ALONSO, J.L., “Comentario al artículo 31.3”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo I (Arts. 1 a 96), (Cazorla Prieto, L.M., Dir.; Palomar Olmeda, A., Coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- DALLI, M., *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- ESCRIBANO COLLADO, P., “La cohesión del Sistema Nacional de Salud. Las funciones del Consejo Interterritorial”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 52, 2003.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., “Las competencias de los órganos administrativos y sus alteraciones”, *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II (Gamero Casado, E., Dir.; Fernández Ramos, S. y Valero Torrijos, J., Coords.), Tirant lo blanch, Valencia, 2017.
- MORENO FUENTES, F.J., “Retos, reformas y futuro del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, nº 18, 2013.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo X. La Administración del Estado*, 2ª ed., BOE, Madrid, 2017.
- NAVARRO ESPEJO, A.J., “El Sistema Nacional de Salud (I): organización y funciones”, *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I (Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J.; Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP, Madrid, 1995
- PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (Dir.), *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- REY DEL CASTILLO, J., “Algunos comentarios para el análisis de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 1, nº 3, julio 2003
- TEROL GÓMEZ, R., “El régimen de la potestad sancionadora de la Administración por vulneración de las medidas de confinamiento impuestas durante el estado de alarma por la crisis sanitaria del COVID-19”, *Revista de Estudios Locales*, nº 231, 2020.