

EL RECURSO A LA INICIATIVA PRIVADA EN LA GESTIÓN SANITARIA. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Victoria Rodríguez-Rico Roldán

*Becaria de Investigación FPU.
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada*

EXTRACTO

El objeto de este artículo consiste en realizar un análisis de la gestión en el Sistema Nacional de Salud español, a la luz del tradicional debate que enfrenta lo público y lo privado. La principal dificultad que encuentra cualquier aproximación al tema radica en que la Constitución española no ofrece pautas determinantes al respecto y las comunidades autónomas han aportado aún más complejidad de la que ocasiona el silencio constituyente. De ahí que en estas páginas se parta de un estudio de los principales modelos teóricos para descender hasta la práctica y concluir la existencia de un acusado proceso de privatización. Se terminará realizando un análisis crítico del mismo, evidenciando los riesgos de la primacía de la racionalización del gasto sanitario como un fin en sí mismo, como un objetivo incondicionado.

Palabras claves: Sistema Nacional de Salud, gestión sanitaria, privatización, gasto sanitario y eficiencia.

Fecha de entrada: 06-11-2014 / Fecha de aceptación: 30-11-2014

THE APPEAL TO THE PRIVATE SECTOR IN HEALTH MANAGEMENT. CRITICAL CONSIDERATIONS

Victoria Rodríguez-Rico Roldán

ABSTRACT

The purpose of this article is to assess management in the Spanish healthcare system, in the light of the traditional debate between public and private sectors. Every approach to this field is not at all simple since Spanish Constitution does not establish determinant guidelines and Autonomous Communities regulations add further complexity to this issue. This is why we will focus first of all on the main theoretical models and then we will point out that, in practice, healthcare management has undergone an accelerated process of privatization. We will finish by providing a critical analysis of it and exposing the challenges of the primacy of rationalization of health spending as an end in itself, as an unconditioned goal.

Keywords: National Healthcare System, healthcare management, privatization, health spending and efficiency.

Sumario

- I. Apuntes introductorios: el marco constitucional y legal de la gestión sanitaria
- II. Lo público y lo privado en el modelo sanitario: las claves de su concurrencia
- III. Modalidades de gestión indirecta en la asistencia sanitaria
 1. La concesión
 2. El concierto
 3. El convenio singular
- IV. La privatización de la sanidad como tendencia imperante en nuestros días
 1. Cuestiones en torno a un fenómeno cada vez más extendido
 2. Especial referencia al frustrado intento madrileño de externalización sanitaria
- V. Reflexión a modo de conclusión sobre los riesgos de la primacía incondicionada de la racionalización del gasto sanitario

Bibliografía

I. APUNTES INTRODUCTORIOS: EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA GESTIÓN SANITARIA

El artículo 43 de la [Constitución española](#) (CE) reconoce el derecho a la protección de la salud e insta a la organización de los servicios necesarios para la provisión de las prestaciones que materializan su contenido. Pero lo cierto es que el precepto constitucional, lejos de decantarse por una determinada opción y limitar las posibilidades de desarrollo del mismo, no circunscribe las técnicas de gestión de los servicios sanitarios, ni siquiera su naturaleza pública o privada. En este sentido, el Tribunal Supremo¹ ha señalado que «la Constitución no impone un determinado modelo de gestión y prestación de la asistencia sanitaria. El texto constitucional remite a la ley la regulación del mismo, por lo que el legislador puede optar por uno u otro, es decir, gestión y prestación totalmente pública, privada o mixta, siempre que quede debidamente garantizada y de forma suficiente la prestación del servicio sanitario». Añade el tribunal que los artículos 41 y 43 de la CE «no imponen la gestión pública directa y exclusiva del sistema de salud», valiéndose de las palabras del Tribunal Constitucional cuando afirmó en su [Sentencia 37/1994](#) que el derecho de que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social, salvando el carácter indisponible para el legislador de la garantía constitucional de esta institución, es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada, de modo que no toda la asistencia sanitaria pública se presta por instituciones públicas.

La [Constitución](#), por tanto, si bien rechaza cerrarse en torno a un modelo sanitario determinado y, consiguientemente, no se opone a la introducción de mecanismos privados de gestión, sí que asienta una pauta clara, al condicionar cualquier opción a la salvaguardia de la naturaleza eminentemente pública del servicio sanitario. Esta es también la premisa de la que parte la [Ley 15/1997, de 25 de abril](#), sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo único encomienda expresamente que se garantice y preserve la condición de servicio público de la que goza el Sistema Nacional de Salud (SNS). Luego la norma descarta desde un principio que la articulación de las diversas formas de gestión pueda implicar una suerte de privatización de dicho servicio, aludiendo en clave de baluarte al carácter público que le preside y que es consagrado desde el mismo texto constitucional.

En consecuencia, la modalidad de gestión escogida no puede amenazar la naturaleza pública del sistema. Titularidad del servicio y materialización de la gestión son dos elementos diferen-

¹ STS de 20 de diciembre de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, rec. núm. 4764/2000.

tes, de manera que el carácter público que impregna la actividad sanitaria no puede ser alterado a través de la inmersión de componentes privados en la gestión o, como mejor se ha expresado, «no existe una correspondencia absoluta entre el carácter público de la asistencia sanitaria y de la institución prestadora de la misma»². Ni el carácter privado del ente que asuma la actividad, ni el del régimen jurídico por el que se rija, condicionan la catalogación del servicio como público. Así lo confirma la Audiencia Nacional, que en coherencia con el texto constitucional, ha señalado que «lo racionalmente determinante es que se actúen las facultades administrativas propias del desenvolvimiento del servicio público de que se trate, con independencia de la condición o cualidad de quien ejerza tales facultades»³.

En todo caso, conviene resaltar que no es la Constitución la única norma que guarda silencio sobre las posibles técnicas de gestión de la sanidad. Por su parte, la [Ley 14/1986, de 25 de abril](#), General de Sanidad (LGS), encargada de desarrollar el artículo 43 de la [CE](#), tampoco contiene una opción a favor de determinadas fórmulas al respecto. El texto legal se limita a fijar el Área de salud como estructura organizativa básica, de lo que se puede extraer implícitamente una apuesta por la modalidad directa de prestación de servicios sanitarios como punto de partida⁴, sin perjuicio de sendas referencias a la posibilidad de vinculación de hospitales en la red pública a través de los convenios singulares y la figura del concierto.

Sería a finales de la década de los noventa y, en concreto, tras el Informe Abril⁵, cuando se propugnase formalmente la introducción de las reglas de mercado en la gestión sanitaria o la irrupción del Derecho privado en la organización y gestión del SNS, cuando se impulsase, en definitiva, la iniciativa privada entre las fórmulas de gestión de los recursos sanitarios. No obstante, con anterioridad a su previsión formal, ya se habían implantado diversas técnicas gerenciales de la empresa privada (dirección por objetivos) y, con ellas, planes estratégicos, sistemas de información de costes, así como contratos-programa en la realidad organizativa del sistema sanitario.

² LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pág. 90.

³ SAN 527/2012, de 9 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, rec. núm. 297/2010.

⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: «Formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud: de la Ley General de Sanidad a las fórmulas de colaboración público-privada», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J. (dirs.), vol. I, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pág. 406.

⁵ En el mismo sentido, el Informe de la Subcomisión parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud de 1997 instaba a la introducción de nuevas formas de gestión. También en su día el plan estratégico del INSALUD (libro azul) estableció un modelo mixto de competencia regulada, entre el modelo de competencia pública y el modelo puro de mercado por medio de diversas vías concretadas en la descarga de la regulación administrativa y el incentivo de la competencia entre proveedores, el fomento de la participación de los usuarios, la implicación de los profesionales sanitarios en la gestión, la reducción de las listas de espera, la promoción de la estabilidad laboral del sector a través de una disminución del porcentaje de profesionales en situación de interinidad, así como la culminación de las transferencias competenciales autonómicas en materia sanitaria, mediante la modernización de las infraestructuras y actualización de sus formas de gestión y organización. Véase al respecto HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: *La ordenación sanitaria en España*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2004, pág. 204.

En este sentido, la incipiente normativa de finales del siglo pasado no vino sino a formalizar muchas de las experiencias puestas en marcha a nivel autonómico.

La [Ley 15/1997](#) facultó expresamente al Gobierno y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas, en los ámbitos de sus respectivas competencias, a determinar reglamentariamente las normas jurídicas, los órganos de dirección y control, el régimen de la garantía de la prestación, la financiación y las peculiaridades en materia de personal de las entidades que se pudieran crear para la gestión de los servicios. En virtud de dicha habilitación, se fue reconociendo la introducción en la gestión sanitaria de numerosas fórmulas de distinto tipo y naturaleza materializadas en personas jurídico-privadas, públicas o de carácter mixto que hoy conforman un engranaje de gran complejidad. Complejidad a la que coadyuva la propia diversidad que incorpora la organización territorial descentralizada. Ciertamente, las comunidades autónomas han ido incorporando mecanismos de gestión distintos a los tradicionalmente públicos, y lo han hecho con intensidades variadas, a ritmos diferentes⁶. No en vano, se ha afirmado que «se ha pasado de una marcada rigidez legal en materia organizativa a la más absoluta libertad en esa materia, y de la uniformidad, a la más absoluta variedad»⁷. En coherencia con ello, el riesgo de descoordinación entre los diversos servicios de salud queda revalidado, pues en cada uno se imponen lógicas organizativas divergentes y generadoras, a la postre, de una organización sanitaria fragmentada que dificulta en grado sumo la cooperación necesaria entre los diferentes niveles de atención sanitaria⁸.

No resulta costoso advertir, pues, que el sanitario constituye uno de los ámbitos en el que más se proyecta la diversidad que el principio autonómico incorpora⁹. Cada comunidad participa de lo que se ha considerado como una carrera por la búsqueda de un modelo de gestión eficaz, de calidad y sostenible, a la que se achaca estar plagada de improvisación y de falta de criterio que,

⁶ Cataluña suele ser referida como la «pionera» en la materia. Data de 1990 la [Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña](#), en la que se diseñó una gran gama de modalidades de gestión de la sanidad, de tipo jurídico-público y de tipo jurídico-privado, que sirvieron de referencia para las restantes autonomías, gozando de gran difusión entre ellas. LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Madrid: Consejo Económico y Social, 1999, pág. 94.

⁷ RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L.: *Integración o desmoronamiento: crisis y alternativas del sistema nacional de salud español*, Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2008, pág. 298.

⁸ VILLAR CAÑADA, I.: «Régimen jurídico de la organización y gestión sanitaria. El nuevo modelo legal de la sanidad pública: el Sistema Nacional de Salud», en AA. VV., *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.), Granada: Comares, 2007, pág. 132. En el mismo sentido, OTEROS VALCARCE, G.: «La Administración sanitaria», en AA. VV., *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (dirs.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pág. 109.

⁹ Recuérdese que el artículo 42.1 de la [LGS](#) consagra la potestad que tienen las comunidades autónomas para disponer sobre la organización de sus respectivos servicios de salud, al tiempo que el artículo 55.1 insiste en que, dentro de su ámbito de competencias, las comunidades autónomas regulan la organización, funciones, asignación de medios personales y materiales de cada uno de los servicios de salud.

por lo demás, es común al conjunto de la gestión pública¹⁰. Lo cierto es que desde la aparición de las nuevas formas de gestión, en los servicios autonómicos de salud se han sucedido modalidades directas con la articulación de mecanismos indirectos, variando considerablemente las fórmulas de gestión, y su proporción, de un ente territorial a otro, e imposibilitando toda delimitación clara de modelos al respecto. De ahí que se haya llegado a calificar de «caótica» la visión que arroja la gestión sanitaria en el Estado autonómico¹¹.

II. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL MODELO SANITARIO: LAS CLAVES DE SU CONCURRENCIA

El modelo actual consiente la colaboración de la iniciativa privada en el ejercicio de una función típicamente pública como es la sanitaria, reconociendo la complementariedad entre el carácter público del sector, así como el general del interés al que sirve, con el privado de las diversas fórmulas organizativas de las que aquel puede valerse. En otras palabras, las prestaciones sanitarias no solo pueden ser provistas en el marco de los establecimientos propios del SNS. De hecho, cada vez resulta más frecuente el recurso al convenio, concierto, acuerdo o contrato con otras entidades ajenas a los mismos, ya sean de carácter público o privado.

Lo público y lo privado, lejos pues de constituir hoy compartimentos estancos, se insertan combinadamente en la organización del sistema sanitario. Concurren, así, diversas fórmulas de colaboración público-privada (correspondiente a la fórmula inglesa *public-private partnerships*) que se encuadran en todo un largo listado de técnicas diversas, cada vez más empleadas¹² en la búsqueda tanto de la eficacia, celeridad y economía, a las que orientan los servicios sanitarios su organización y funcionamiento¹³, como de la satisfacción de necesidades concretas de ordenación y de optimización de recursos en el territorio. En efecto, el propósito reside principalmente en la tan traída flexibilidad, que por oposición a la lógica jerárquica tradicional, dote de mayor autonomía a los entes intervinientes en la dispensación de la asistencia sanitaria. En este sentido, la exposición de motivos del [Real Decreto 29/2000, de 14 de enero](#), sobre nuevas formas de gestión

¹⁰ PALOMAR OLMEDA, A.: «El modelo de sanidad pública: algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J. (dirs.), vol. I, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pág. 81.

¹¹ «La gestión de la sanidad no ha encontrado un modelo con una mínima estabilidad ni con una configuración estructurada que tenga una validez universal o, cuando menos, mínimamente aceptable para el conjunto de los proveedores de servicios sanitarios». PALOMAR OLMEDA, A., *op. cit.*, pág. 82.

¹² Hasta 1982 el sistema se hallaba gestionado en su totalidad con base en criterios enteramente rígidos y burocratizados, tanto en el ámbito económico-presupuestario como en el de gestión de personal. A partir de dicho año, empezaron a ponerse en práctica diversos intentos de gestión de establecimientos asistenciales, en su mayoría hospitalarios, si bien dotados de escasa coordinación. Consúltense al respecto RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., *op. cit.*, págs. 285-288.

¹³ Artículo 7 de la [LGS](#).

del Instituto Nacional de la Salud ya aludía a la necesidad, en materia de organización y gestión, de 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.

Lo cierto es que la «huida del Derecho administrativo»¹⁴ se ha asentado en el centro de continuos debates que, tras los últimos acontecimientos, reviven con más fuerza que nunca. Se trata, con ello, de sustraer la aplicación de las técnicas de control y normas propias de la formación de la voluntad de las Administraciones públicas, recurriendo al Derecho privado en el ámbito de la contratación y del presupuesto, que no resulta tan severo.

Las modalidades normativamente habilitadas son, en definitiva, numerosas, de forma que la gestión sanitaria arroja un panorama variado que combina órganos de titularidad pública que ejercen potestades públicas, supuestos en que tales potestades se ejercen a través de formas jurídicas típicas del Derecho privado, tales como sociedades o fundaciones, o incluso sujetos privados, así como otros en que intervienen figuras de Derecho público o entidades jurídico-públicas regidas por el Derecho privado¹⁵.

En esta primera aproximación, conviene remarcar desde un principio que lo decisivo es que cualquiera que sea la técnica escogida para la gestión del servicio público sanitario, los ciudadanos accedan al mismo en iguales condiciones y garantías. Luego el mecanismo de gestión no puede suponer un obstáculo a la igualdad predicable en el ámbito sanitario, esto es, no podría justificar unas condiciones de acceso, o de provisión, diferentes, o una asistencia con alcance distinto. En este sentido, el artículo 9 del [Real Decreto 29/2000](#) señala que «el Instituto Nacional de la Salud (entiéndase en la actualidad Servicio Autónomo de Salud de cada comunidad o el INGESA) en el ámbito de sus competencias, garantizará asimismo el respeto y la protección de todos los derechos reconocidos legalmente a favor de los ciudadanos, estableciendo procedimientos y órganos que faciliten la exigencia y el cumplimiento de los mismos», de modo que «en todos los centros sanitarios que adquieran personalidad jurídica existirán unidades de garantías a los ciudadanos que permitan hacer efectivo el ejercicio de los derechos y garantías correspondientes». Tal precepto ha sido interpretado en el sentido de que en todos los centros en que se recurra a las

¹⁴ Se ha señalado que la expresión «huida del Derecho administrativo» resulta muy gráfica, si bien «hoy resulta insuficiente para describir la amplitud del fenómeno. Por ello sería más exacto hablar de «huida del Derecho administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros», pues todas las instituciones hacendísticas se ven afectadas, aunque no en la misma medida». PASCUAL GARCÍA, J.: «La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 60, 2010, pág. 110.

¹⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., *op. cit.*, págs. 403-405.

nuevas formas de gestión, se ha de aplicar el régimen de garantías de las prestaciones sanitarias que establece para los centros públicos la *Ley 16/2003, de 28 de mayo*, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCC)¹⁶, y cuyo fundamento reposa precisamente en el principio de igualdad. Y es que el límite, como siempre, del desarrollo de estas fórmulas de gestión, y la autonomía de la que gozan al respecto las diversas Administraciones territoriales, se concreta en los principios inspiradores del servicio público al que sirven.

La gestión sanitaria se realiza con base en criterios de descentralización y autonomía¹⁷, acomodados, a su vez, a los criterios de eficacia, eficiencia, calidad y satisfacción de los ciudadanos (art. 11.1 *RD 29/2000*). En particular, entre las pautas de gestión capitales quedan comprendidas la planificación, coordinación y cooperación, el servicio orientado a los ciudadanos y continuidad asistencial, la eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, la eficiencia en la asignación y utilización de los recursos, el desarrollo y gestión de planes de calidad total e impulso de la mejora continua de la calidad del servicio, el control de la gestión y de sus resultados, así como la responsabilidad en la gestión.

III. MODALIDADES DE GESTIÓN INDIRECTA EN LA ASISTENCIA SANITARIA

El Tribunal Constitucional ha avalado en todo momento la constitucionalidad de la gestión indirecta de los servicios públicos. Tempranamente, y si bien con relación a un servicio diferente al sanitario, el de la televisión, el máximo intérprete de la Constitución dejó claro que la declaración de una determinada actividad como servicio público no supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para la gestión por los particulares de esa actividad¹⁸. Trasladando esta conclusión al ámbito sanitario, cabe sostener que la responsabilidad pública que la CE reconoce en la dinámica de la prestación sanitaria no puede interpretarse en clave de impedimento de la articulación de opciones de tipo privado en su gestión. En este sentido, el propio texto legal que acomete el desarrollo del precepto constitucional en que se consagra el sistema sanitario reconoce en su ar-

¹⁶ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: «Modelos de gestión sanitaria: público y privado en la gestión de la salud», en AA. VV., *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Ediciones Laborum, 2013, pág. 34.

¹⁷ La autonomía de gestión se ejerce «conforme a las características que le sean propias a cada una de las formas de gestión que adopten los centros sanitarios, ajustándose en todo caso a lo establecido en el presente real decreto y a las disposiciones y criterios generales que dicte el Instituto Nacional de la Salud, concretándose en los siguientes aspectos: desarrollo de su estructura organizativa, desarrollo y gestión de los planes de calidad total del centro, elaboración y aplicación de las normas internas de funcionamiento, gestión de sus recursos económicos, orientada al cumplimiento de los objetivos de actividad y calidad y desarrollada siempre con arreglo a principios de economía, celeridad y eficacia, gestión de tesorería y patrimonio, gestión de los recursos humanos y desarrollo de la carrera profesional en los términos establecidos en la normativa aplicable» (art. 12 *RD 29/2000*).

¹⁸ ATC 138/1987, de 5 de febrero (cuestión de inconstitucionalidad núm. 1130/1986).

título 89 la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 de la CE¹⁹. Y es que, junto a la participación y la descentralización, la concurrencia de la gestión pública y la privada de los servicios sanitarios constituye una de las ideas básicas en que se sustenta la LGS²⁰.

La gestión del servicio sanitario es indirecta en aquellos casos en que es asumida por una entidad ajena a la Administración sanitaria, empleándose el contrato de gestión de servicios públicos²¹ como instrumento jurídico para articular la relación entre una y otra. En particular, el artículo 8.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) define esta modalidad de contrato como aquel en cuya virtud la Administración pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración²². Luego del tenor literal del precepto se deduce el carácter indirecto de la gestión basada en este tipo de contrato. Carácter que vuelve a ser reforzado en el artículo 275.1 del texto legal al preceptuar que «la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares». A esto se añade que «en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos», en los que cabe inscribir las funciones propias de la salud pública, en cuanto imposibles de explotación por particulares. Sin embargo, no es tal el caso de la protección de la vertiente individual de este bien jurídico, pues nada impide que pueda quedar vinculada al sector privado a través del referido contrato.

En la gestión indirecta, la Administración sigue ostentando, pues, la titularidad del servicio (no se olvide que se trata de una competencia pública), sin perjuicio de que el mismo sea confia-

¹⁹ «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

²⁰ VILLAR CAÑADA, I., *op. cit.*, pág. 117.

²¹ De cara a su diferenciación respecto del contrato de servicios, dos son los elementos a destacar: la titularidad pública y la transferencia de riesgos en la explotación. Véanse estos criterios en la depuración conceptual contenida en GIMENO FELIÚ, J. M.: «Contratación pública en el ámbito de la administración sanitaria: reflexiones», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J. (dirs.), vol. I, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs. 446-459. La distinción entre un contrato y otro no resulta baladí pues determinará la aplicación o no de las directivas comunitarias en materia de contratación pública, así como la aplicación de un régimen jurídico y un procedimiento de impugnación diferente. Al respecto, véase PÉREZ ALONSO, M. A.: «La gestión sanitaria a debate. Nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud», en AA. VV., *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Ediciones Laborum, 2013, págs. 96-100.

²² Sigue estableciendo el segundo apartado del precepto que «las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública».

do a un agente jurídico-privado y, por tanto, externo²³, con el que se acuerda su prestación. Este realiza así una importante labor de cooperación con la Administración sanitaria en el servicio público cuya ordenación y control quedan bajo la responsabilidad de aquella, una labor, en definitiva, de colaboración en el ejercicio de funciones públicas.

Como consecuencia de la naturaleza jurídico-pública de la actividad desarrollada por la entidad (de titularidad y naturaleza jurídico-privada) que materialmente lleva a cabo la dispensación del servicio sanitario, las actuaciones se hallan sometidas a ciertas constricciones²⁴. Quiere ello decir que el régimen jurídico de la concreta actividad a ejercer no queda determinado por la naturaleza jurídica del ente que actúa, sino por la naturaleza de la función, típicamente pública, que desarrolla. De ahí que la Administración mantenga el desempeño de las potestades de control que le son propias.

1. LA CONCESIÓN

En esta modalidad indirecta, el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura, según reza el apartado a) del artículo 277 de la **LCSP**. Por tanto, la prestación estricta del servicio sanitario corresponde a aquel, si bien la Administración mantiene la titularidad del servicio y, con ello, ostenta facultades de control y dirección mientras persista el contrato de concesión. Dicho en otros términos, la entidad privada acomete la gestión sanitaria durante un periodo de tiempo determinado, al término del cual, vuelve a corresponder la labor a la Administración autonómica de que se trate, junto a los medios empleados, sin perjuicio de que se pueda decidir volver a recurrir a la fórmula de la concesión.

La gestión mediante concesión se caracteriza porque la titularidad es pública, como también lo es el control, el cual se lleva a cabo a través del comisionado. Igualmente pública resulta la financiación, mediante técnicas de capitación, incluyendo penalizaciones adicionales a causa de facturaciones a terceros. En particular, se abona a la entidad concesionaria un montante per cápita anual por cada residente existente en el área sanitaria adscrita al centro concesionario, revisándose cada año el mismo. Ahora bien, con relación a los pacientes que se han desplazado para recibir asistencia sanitaria en el establecimiento en el que media la concesión, el concesionario cobra la asistencia con un coeficiente reductor. El objeto no es otro que desincentivar una mayor dedicación a los enfermos desplazados y evitar así todo menoscabo en las personas residentes²⁵. El carácter público de la titularidad, la financiación y el control se contraponen al privado de la

²³ De ahí la expresión frecuentemente empleada de «externalización de servicios».

²⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., *op. cit.*, pág. 421.

²⁵ RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., *op. cit.*, pág. 303.

prestación. En conclusión, solo la gestión estricta es privada o se externaliza²⁶, en lo que constituye una de las principales diferencias respecto de las fórmulas de gestión previstas en la LGS²⁷.

La personificación jurídico-privada, al asumir la explotación del servicio sanitario, asume igualmente el riesgo vinculado a la misma²⁸. Un riesgo este que tiene diversas manifestaciones, señaladamente, el derivado de los costes de explotación y, en su caso, de construcción de las infraestructuras sanitarias, el riesgo emanado de la demanda, de especial entidad en supuestos como este, sustentado en mecanismos de pago basados en volumen, así como el riesgo de disponibilidad, esto es, el correspondiente a la libre elección y al posible rescate de la concesión por el mal servicio²⁹. En todo caso, cabe señalar que, en el terreno sanitario, el riesgo no es exclusivo del contratista, pues este será compensado por la Administración en determinados supuestos, a fin de mantener el equilibrio económico del contrato³⁰.

Conviene poner de relieve que el concesionario no solo puede llevar a cabo actividades propiamente de gestión, pues, en ocasiones, se le encomienda también la ejecución de obra. A este respecto cabría plantearse cuál es la diferencia entre el contrato de concesión de obras públicas en sentido estricto y el contrato de concesión de servicios públicos que incluye a su vez la ejecución de obras. Un modo de responder al interrogante puede basarse en el criterio de la accesoriidad de las obras en relación con el objeto principal del contrato en cuestión. Así, cuando el objeto principal del contrato consiste en la construcción y explotación de una obra pública, este ha de ser calificado como contrato de concesión de obra pública. Si, en cambio, es la explotación de un

²⁶ MORENO VERDUGO, M.: «Experiencias en el ámbito de la gestión sanitaria de las fórmulas de colaboración público-privadas», en *Revista Derecho y Salud*, vol. 23, 2013, pág. 81. La actualización per cápita se lleva a cabo con base en el IPC del año, junto a una facturación intercentros, de forma que los pacientes atraídos desde otras áreas de salud facturan al 80% del coste real efectivo de acuerdo con lo establecido en los precios públicos, mientras que los pacientes del área de la entidad concesionaria que son tratados en otra diferente facturan al 100% del coste real efectivo o coste medio establecido por precios públicos.

²⁷ La STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, rec. núm. 273/1997, afirma que «la concesión administrativa implica cesión de la gestión a la empresa privada adjudicataria» y, por tanto, «la tesis que venimos manteniendo queda reforzada, pues ni en el concierto sanitario ni en el convenio singular existe gestión por la empresa privada, sino mera prestación. En consecuencia, no cabe equiparar la figura privatizadora de la concesión con los contratos aludidos en la LGS» (FD 5.º).

²⁸ El riesgo de explotación económica del servicio es concebido como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. GIMENO FELIÚ, J. M., *op. cit.*, pág. 458.

²⁹ CALERO, R. y GALLARZA, M. G.: «La concesión administrativa como modelo de gestión sanitaria en la Comunidad Valenciana», *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 59, 2010, pág. 45.

³⁰ Véase al respecto MENÉNDEZ REXACH, A.: «La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad», *Revista de Administración Sanitaria*, vol. 6, núm. 2, 2008, pág. 278.

servicio público la prestación más importante (desde el punto de vista económico), de forma que en ella se incluye, accesoriamente, la ejecución de obras, estaremos ante un contrato de gestión de obra pública³¹. Lo cierto es que no resulta en nada infrecuente la inclusión de la construcción del establecimiento sanitario en el objeto de la concesión, en tanto supone un ahorro de coste para la Administración que se adiciona al ahorro propio del equipamiento, la dotación del personal, así como el propio riesgo, que corresponde al contratista, quien ha de ajustarse al pago por capitación establecido en el pliego de condiciones y el contrato público suscrito³².

La concesión ha resultado ser una de las figuras generadoras de mayor debate entre los que alaban sus virtudes y los que ven en ella una suerte de peligrosa herramienta privatizadora de la sanidad. Del lado de los primeros, se ha destacado que «combina lo mejor del mundo público y del mundo privado, ya que la reserva de la titularidad del servicio permite a la Administración un control exhaustivo, pero sin tener que participar en la gestión empresarial de la actividad»³³. Asimismo, se ha aludido a la ventaja que supone la no exigencia de desembolso inmediato de fondos públicos para la financiación de las infraestructuras precisas, al tiempo que en la explotación del establecimiento cabe habilitar diversas fórmulas de capitación y explotación, incluyendo el importe de las amortizaciones de las inversiones llevadas a cabo por los empresarios titulares de la inversión³⁴. Sin embargo, la concesión administrativa en el sector sanitario, y la financiación capitativa con que se articula, impulsa a la entidad concesionaria a disminuir costes, con el inmediato riesgo de selección de pacientes atendiendo al coste del tratamiento que ello lleva aparejado, ya que debe responder de su población protegida por medio de la facturación intercentros.

2. EL CONCIERTO

La gestión indirecta de la sanidad también puede materializarse a través del concierto con la personificación jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público sanitario. Lo cierto es que el recurso a esta técnica en el sistema sanitario español no resulta algo anecdótico. De hecho, en la actualidad, más del 20 % de la actividad sanitaria que tiene lugar en nuestro país se lleva a cabo a través de hospitales concertados³⁵, siendo también muy frecuente el uso de esta técnica en la atención primaria, transporte sanitario, actividad de diagnóstico u otros servicios específicos, como la diálisis.

³¹ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., *op. cit.*, pág. 62.

³² PÉREZ ALONSO, M. A., *op. cit.*, pág. 102: «La ventaja –aparentemente– que ofrecen estos nuevos modelos es que el gobierno autónomo puede construir los hospitales en principio sin endeudarse, ya que los construye, equipa e inaugura hospitales de nuevo cuño sin ningún gasto de personal y eludiendo el tope de déficit público».

³³ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., *op. cit.*, pág. 426 y doctrina citada.

³⁴ RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., *op. cit.*, pág. 300.

³⁵ MORENO VERDUGO, M., *op. cit.*, pág. 78.

Al concierto dedica especial atención la **LGS** en su artículo 90, aunque no sería esta la primera vez que el ordenamiento jurídico contemplase la figura en cuestión³⁶. En concreto, el precepto dispone que «las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas. A tales efectos, las distintas Administraciones públicas tendrán en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios». Luego queda claro que el concierto implica de suyo el acuerdo entre la Administración pública y una personificación de Derecho privado, en cuanto entidad externa a la misma. También se desprende con evidencia del tenor literal del precepto que el recurso al concierto no procede, en principio, más que en los casos en que queda constatada la insuficiencia de los recursos propios, afirmándose la naturaleza eminentemente suplementaria de esta fórmula de gestión, aunque en la práctica no siempre quede preservada.

En esta modalidad, y en lo que constituye una de las principales notas diferenciadoras respecto del convenio singular³⁷, que será objeto de estudio seguidamente, no existe una publicación de la organización y del funcionamiento del centro privado. En consecuencia, la Administración conserva las potestades de inspección y control en el hospital privado. Asimismo, a esta corresponde la determinación de los requisitos y condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos, fijándose las condiciones económicas con base en módulos de costes efectivos, igualmente revisables por la Administración.

A los efectos del establecimiento de conciertos, las Administraciones públicas deben dar prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a los centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo, tal y como encomienda la **LGS**. Este criterio prioritario vuelve a sostenerse en la disposición adicional cuarta de la **LCSP**, conforme a la cual, resulta posible el establecimiento de una preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En cualquier caso, los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones públicas sanitarias han de ser previamente homologados³⁸, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que resulta susceptible de revisión periódica.

³⁶ Recuérdese que ya el **Decreto 2065/1974, de 30 de mayo**, la preveía como forma de gestión del servicio público sanitario. Por su parte, la Resolución de la Secretaría de Estado para la Sanidad de 11 de abril de 1980 también se refería al concierto como fórmula subsidiaria de la asistencia sanitaria pública. Posteriormente, sería la **Ley 7/1985, de 2 de abril**, reguladora de las Bases del Régimen Local la que en su artículo 85.4 la configurase como forma de contratación de los servicios públicos.

³⁷ La línea que separa ambos conceptos no siempre es clara, de ahí que se haya calificado a los convenios singulares de «conciertos especiales» en CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., *op. cit.*, pág. 51, reproduciendo la expresión de GÓMEZ MARTÍN.

³⁸ La homologación equivale a la clasificación del contratista y su consecuencia no es otra que la inclusión del centro hospitalario en la red de hospitales del sector público, si bien no supone ni la delimitación de las funciones asisten-

Si bien la inclusión del concierto en el artículo 277 de la **LCSP**, dedicado a los contratos de gestión administrativa, se evidencia como suficiente criterio para afirmar su incardinación en dicha categoría de contratos, hay quien³⁹ apunta a la posible inclusión de los conciertos bajo la categoría de los previstos en el artículo 19.1 b) de la **LCSP**. Esto es, se trataría de contratos de «naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella». Consecuentemente, su régimen jurídico, en cuanto a su preparación y adjudicación, vendría dado por sus normas específicas y, solo en defecto de las mismas, por la **LCSP** y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo (art. 20.2 **LCSP**).

En cuanto al contenido de los conciertos, además de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, ha de avalarse tanto que la atención sanitaria que se preste a los usuarios afectados por el concierto sea la misma para todos sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios, como que no se establezcan servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración pública concertante. El principio de igualdad es, pues, una constante de la que no escapa el ámbito de la gestión sanitaria, desde el que se reconoce la competencia de la Administración para preservarlo en su actuación. En cualquier caso, esta resulta igualmente orientada por los correspondientes planes de salud, dado que las Administraciones públicas sanitarias no pueden concertar con terceros la prestación de atenciones sanitarias en aquellos supuestos en que se pudiese contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en aquellos.

Asimismo, la LGS trata de preservar con especial afán el carácter indirecto de la gestión mediante concierto, en cuanto impropio a la naturaleza pública. Señaladamente, en su artículo 93 precisa la imposibilidad de establecer conciertos con centros sanitarios privados cuando alguno de sus propietarios o en alguno de sus trabajadores concurren las circunstancias que sobre incompatibilidades del sector público y el privado establezca la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

ciales que han de desarrollarse, ni sus condiciones, ni tampoco su prestación efectiva. SÁNCHEZ-CARO, J.: «Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española (la perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)», *Revista de Administración Sanitaria*, núm. 14, 2000, pág. 126.

³⁹ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., *op. cit.*, pág. 48. En cualquier caso, el autor reconoce la debilidad de esta posición como consecuencia de la referencia expresa que contiene el artículo 278 de la **LCSP** al contrato de gestión de servicios públicos, sin que se pueda exceder el plazo total de diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios.

3. EL CONVENIO SINGULAR

El artículo 67 de la LGS añade al listado de técnicas de gestión sanitaria indirecta los convenios singulares⁴⁰. A través de estos, se articula la vinculación al SNS de los hospitales generales del sector privado que así lo soliciten y siempre que se reúnan tres presupuestos determinados. En primer lugar, se requiere que por sus características técnicas resulten homologables, que las necesidades asistenciales lo justifiquen y que las disponibilidades económicas del sector público así lo permitan (art. 66.1 LGS), es decir, que se cuente con los recursos suficientes para su financiación.

Es esta una de las figuras más similares a la de la concesión administrativa, si bien, y como se ha indicado líneas arriba, en el convenio singular el centro sanitario privado se somete al mismo régimen sanitario, administrativo y económico de los centros sanitarios públicos, produciéndose una publicación del régimen de organización y funcionamiento del centro sanitario vinculado, quedando a salvo la titularidad del centro y la relación laboral del personal⁴¹. No se olvide, a este respecto, que el artículo 66.3 de la LGS dispone que el sector privado vinculado mantendrá la titularidad de centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la titularidad de las relaciones laborales del personal que en ellos presten sus servicios.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, rec. núm. 273/1997) ha constituido uno de los pronunciamientos judiciales más incisivos en la delimitación entre la gestión sanitaria indirecta por vía de concesión y por vía de convenio singular. Así, con respecto a este último, la resolución aclara que el hospital, sin dejar de ser privado, se somete a las prescripciones sanitarias públicas y a su régimen de organización y funcionamiento del hospital vinculado, excepto en lo referido a la titularidad dominical del centro y de las relaciones laborales que siguen siendo privadas. Los medios y recursos privados acceden al sector público. Por tanto, mientras que en el caso de las concesiones administrativas la titularidad del hospital es pública, siendo la Administración la que proporciona los medios y recursos propios de su titularidad, así como la fuente de ingresos a la empresa privada que accede a la gestión y explotación del hospital garantizándole la producción generadora de los ingresos, en el supuesto de los hospitales vinculados «la titularidad es privada y es la empresa privada la que efectúa el desembolso para la

⁴⁰ Son dos las principales diferencias entre esta figura y la del concierto. En primer lugar, el convenio implica la total integración del establecimiento privado en la red hospitalaria pública y, en consecuencia, queda sujeto a un régimen jurídico idéntico al de los centros públicos, mientras que la vinculación propia del concierto se limita a ciertas prestaciones que el sector público no puede proveer. En segundo lugar, la regulación que contiene la LGS en relación con los convenios de vinculación de centros privados a la red pública resulta supletoria respecto de la autonómica, ostentando la regulación del concierto carácter básico. DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., *op. cit.*, págs. 424 y 425.

⁴¹ GIRELA MOLINA, B.: «Régimen jurídico de las entidades sanitarias privadas», en AA. VV., *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (dirs.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pág. 127.

creación y puesta en funcionamiento del hospital proporcionando después, a través de un convenio singular, la asistencia sanitaria a la población de la Seguridad Social»⁴².

Con carácter general, el primer apartado del artículo 88 de la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre](#), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que «las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule». Descendiendo al ámbito específicamente sanitario, la [LGS](#) encomienda al Convenio la fijación de los derechos y obligaciones recíprocas en lo atinente a duración, prórroga, suspensión temporal, extinción definitiva del mismo, régimen económico, número de camas hospitalarias y demás condiciones de prestación de la asistencia sanitaria. En todo caso, y como consecuencia de la publicación ya referida que opera en el régimen de funcionamiento de los hospitales vinculados, estos quedan sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos, debiendo aplicar criterios homogéneos y previamente reglados.

Los convenios singulares han de preservar que la atención sanitaria por hospitales privados a los usuarios del sistema sanitario se provea en condiciones de gratuidad, de modo que las actividades sanitarias de aquellos no pueden tener carácter lucrativo. Se trata, así, de impedir que la modalidad indirecta de la gestión sanitaria pueda representar una barrera al acceso a la asistencia sanitaria en condiciones de igualdad. De nuevo, este principio queda consagrado desde la perspectiva de la gestión, debiendo ser garantizado con independencia de que la misma sea pública o privada. En este sentido, el cobro de cualquier cantidad a los enfermos en concepto de atenciones no sanitarias, cualquiera que sea la naturaleza de estas, solo puede ser establecido si el concepto y la cuantía a cobrar resultan previamente autorizados por la Administración sanitaria.

La prestación de atención sanitaria objeto de convenio que contravenga el principio de gratuidad constituye causa de denuncia del mismo por parte de la Administración sanitaria competente, pero no es la única normativamente prevista. La [LGS](#) alude igualmente al establecimiento sin autorización de servicios complementarios no sanitarios o la percepción por ellos de cantidades no autorizadas, a la infracción de las normas relativas a la jornada y al horario del personal del hospital, a la infracción grave de la legislación laboral de la Seguridad Social o fiscal, así como la lesión de los derechos establecidos en los artículos 16, 18, 20 y 22 de la [CE](#) cuando así se determine por sentencia judicial. Según se advierte, estos motivos de denuncia remiten al carácter unilateral del convenio y, por tanto, confirman una mayor aproximación en términos conceptuales al contrato que al convenio bilateral de colaboración⁴³.

⁴² STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, rec. núm. 273/1997, (FD 5.º).

⁴³ Véase al respecto CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., *op. cit.*, pág. 51.

IV. LA PRIVATIZACIÓN DE LA SANIDAD COMO TENDENCIA IMPERANTE EN NUESTROS DÍAS

1. CUESTIONES EN TORNO A UN FENÓMENO CADA VEZ MÁS EXTENDIDO

Partiendo, como no puede ser de otra forma, de que en el ámbito de la gestión sanitaria cada comunidad autónoma opta por un modelo propio, lo cierto es que en la actualidad no resulta costoso advertir una creciente tendencia común en todas ellas al recurso a instrumentos privados bajo el auge, a modo de emblema, del principio de concurrencia. Ello se inscribe en una corriente de pensamiento, curiosamente tan indemostrada como asentada, que, en un continuo desdoro del ámbito público, atribuye a las técnicas jurídicas de carácter privado todas las bondades en términos de eficiencia y eficacia, reduciendo las de tipo público a la expresión del dispendio y la futilidad. Se trata de una tendencia que obedece, en una lógica mercantilista, a la búsqueda de rendimiento económico, de modo que las técnicas de mercado llegaron al contexto sanitario, y, como se suele decir, lo hicieron para quedarse.

Materia controvertida donde las haya, el disenso existe desde el propio concepto de privatización. Y es que hay quienes no vacilan en calificar las medidas actualmente en curso de privatizadoras, mientras otros estiman que «la utilización de formas jurídico-privadas (pero de titularidad pública), la utilización del Derecho privado por parte de las personas jurídico-públicas o, incluso, la utilización de formas de gestión que implican la colaboración de sujetos privados, no pueden ser calificadas, en sentido estricto, de privatización de los servicios públicos sanitarios», en el sentido de que una cosa es la privatización en sentido estricto del servicio público y otra bien distinta la privatización de la gestión, manteniendo la titularidad pública, que es el ámbito en el que ahora nos estamos moviendo⁴⁴. Con ánimo ponderador, hay quien opta por sostener tres conceptos de privatización desde el punto de vista jurídico, advirtiendo su posible combinación en la práctica. Así, cabría distinguir la privatización material, por la que se atribuye al sector privado funciones de competencia y responsabilidad pública; la privatización funcional, traducida en la gestión indirecta de cometidos públicos en virtud de contratos celebrados con empresarios privados; así como

⁴⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., *op. cit.*, pág. 405. Señala la autora que «el reproche que se hace es que la generalización de la gestión indirecta de servicios públicos por empresas privadas puede ser un paso intermedio en el camino hacia la entrega al sector privado de la prestación de esa actividad, sin perjuicio de que los poderes públicos continúen regulando la actividad y controlando la gestión de las prestaciones. Pero ahí entramos en un juicio de intenciones, sin un reflejo en la realidad; al menos, de momento». Recalca que el empleo de fórmulas de gestión jurídico-privadas en la gestión sanitaria no puede calificarse como «privatización» porque «no se privatiza la titularidad del servicio puesto que se mantiene en manos públicas», al igual que «tampoco supone una privatización del ejercicio, ya que estos sujetos son constituidos por una Administración pública y gobernados y dirigidos por ellas». En el mismo sentido, SÁNCHEZ-CARO, J., *op. cit.*, pág. 114, para quien «las nuevas formas de gestión no son supuestos de privatización de servicios públicos. No se trata de una reducción de la actividad pública de producción y distribución de servicios mediante su traspaso a la iniciativa privada. Consiste, por el contrario, o bien en la privatización de la gestión o en lo que se ha denominado privatización de la organización de los servicios sin cambio de titularidad».

la privatización formal, que supone el ejercicio de tareas públicas en régimen de Derecho privado por medio de entidades sujetas total o parcialmente a dicho sector del ordenamiento jurídico⁴⁵.

Sea como fuere, y empleándose la terminología que se prefiera, lo cierto es que el recurso a técnicas privadas de gestión no puede en modo alguno catalogarse como novedoso. Recuérdese, a este respecto, que ya la propia exposición de motivos del [Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio](#), sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD aludía a la «necesidad de fórmulas organizativas más flexibles, imprescindibles para hacer frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos que las Administraciones sanitarias tienen planteadas», al tiempo que estimaba preciso establecer «un principio de mayor amplitud en las formas jurídicas más adecuadas, que promuevan el sentido de la responsabilidad en el marco de una organización tan compleja como la sanitaria y que contribuya a hacer efectiva la separación progresiva entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión». También la [Ley 15/1997](#), por su parte, enuncia desde su exposición de motivos que «la flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria constituye una necesidad ineludible de la actual organización pública, con vistas a mejorar la eficacia del Sistema Nacional de Salud, cuya consolidación y modernización es objetivo prioritario de nuestra sociedad».

Las pretendidas virtudes aparejadas a la introducción de fórmulas de Derecho privado en la gestión del servicio sanitario fueron ya ensalzadas en el propio Informe Abril⁴⁶, el cual aludió desde bien temprano a la «omnipresencia de un sistema burocrático, guiado por el principio de la legalidad de las formas, más que un sistema de gestión, orientado al logro de resultados». El informe se fundamentaba en la teoría del mercado interno obra de Alain ENTHOVEN en relación con el National Health Service. Desde la misma, o de su variante de «mercado público o planificado» se trata de introducir en la asistencia sanitaria patrones de mercado a fin de aumentar la eficiencia y eficacia en el sistema sanitario, sin que en ningún caso ello supusiera detrimento en el fundamento, razón de ser y objetivos de un servicio típicamente público y enlazado a un dere-

⁴⁵ MENÉNDEZ REXACH, A., *op. cit.*, pág. 271.

⁴⁶ «El Derecho Público podría servir eventualmente para las funciones de financiación y compra, pero de ninguna manera puede adecuarse a la de gestión». Añade el informe que «el análisis de otros sistemas europeos y sus iniciativas de reforma, así como el diagnóstico de la Comisión y las opiniones de los asesores consultados, confirman de modo absoluto que 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». Continúa señalando que «el S.N.S. 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 S.N.S. 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 desarrollo, y, a largo plazo, la viabilidad de la empresa (Informe Griffith, 1983)».

cho social fundamental como la protección de la salud y, en particular, la equidad en el acceso y el control presupuestario del gasto⁴⁷.

Si bien no puede afirmarse, según lo recién expuesto, que el fenómeno de la intervención del sector privado constituya algo reciente, lo cierto es que sí resulta remarcablemente novedosa la proporción en la que hoy día se recurre al mismo, en ocasiones, desatendiendo los reclamos propios de los movimientos sociales⁴⁸. En efecto, en los últimos tiempos se evidencia una inclinación cada vez más frecuente hacia las técnicas privatizadoras, que se han visto reforzadas con el advenimiento de la crisis económica. Y es que no hay más que repasar el panorama actual para percatarse de que las formas tradicionales de gestión pública han sido progresivamente desbancadas por la introducción de patrones de mercado que, a través de términos propios de eficacia⁴⁹ y modernización, de flexibilidad y asignación eficiente de recursos, han instalado su lógica en el ámbito de la sanidad. En esta línea, tras la iniciativa privada en la gestión sanitaria reside toda una ambiciosa pretensión de reducir los costes burocráticos del sistema y salvar sus limitaciones presupuestarias, agilizando la toma de decisiones, y con ello, paliar las disfunciones que se achacan a una organización catalogada como excesivamente rígida y burocrática y una escasa transferencia de riesgo entre los agentes intervinientes en el ámbito sanitario⁵⁰. Se aspira, así, a reducir la rigidez que incorporan los controles jerárquicos y presupuestarios propios del sector público sobre el servicio, olvidando que la razón de ser de los mismos reside precisamente en la protección de los derechos de la persona, en la salvaguardia del interés general.

2. ESPECIAL REFERENCIA AL FRUSTRADO INTENTO MADRILEÑO DE EXTERNALIZACIÓN SANITARIA

Al debate recién referido contribuye la actualidad de la temática en cuestión. Y es que la concesión como fórmula de gestión indirecta sanitaria, avalada judicialmente⁵¹, ha sido crecientemente empleada tanto en la Comunidad de Madrid como en la valenciana⁵². Esta última resultó

⁴⁷ LANDA ZAPIRAIN, J. P., *op. cit.*, pág. 117.

⁴⁸ Son por todos conocidas la significación y reivindicaciones de la denominada «marea blanca».

⁴⁹ No en vano, «todas las razones esgrimidas doctrinalmente para justificar las nuevas formas de gestión privadas se resuelven, desde el punto de vista jurídico, en un principio: la eficacia». SÁNCHEZ-CARO, J., *op. cit.*, pág. 105.

⁵⁰ Véase MORENO VERDUGO, M., *op. cit.*, pág. 78.

⁵¹ La STS, Sala Tercera, de 20 de diciembre de 2005 (rec. núm. 1537/2001), que resuelve en sentido positivo el conflicto planteado relativo a la legalidad de la concesión administrativa para gestionar el servicio público sanitario, contiene la fundamentación jurídica de dicha figura.

⁵² Un análisis del modelo valenciano en CALERO, R. y GALLARZA, M. G., *op. cit.*, págs. 47-55. El hospital de La Ribera, en Alzira, se convirtió desde su puesta en marcha en 1999 en el primer hospital gestionado por concesión administrativa en España. Con posterioridad, se emplearía dicha fórmula en el Departamento de Salud de Torrevieja, de Denia, de Manises y de Elx-Crevillent.

pionera en la materia a través del tan conocido como controvertido modelo Alzira⁵³, siguiendo la madrileña el ejemplo en fechas muy recientes. En todo caso, ha sido en esta en la que la polémica ha resultado más sonada. En particular, el plan de medidas de garantía de la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid pretendía la externalización de la atención especializada en seis hospitales, junto a la concesión de la atención primaria, dando prioridad en su gestión a la participación de los profesionales sanitarios que quisieran constituir sociedades. Los artículos 62 y 63 de la Ley madrileña [8/2012, de 28 de diciembre](#), de Medidas Fiscales y Administrativas, procedieron a reordenar la asistencia sanitaria en los hospitales Infanta Cristina, de Parla, Infanta Sofía, de San Sebastián de los Reyes, Infanta Leonor, de Vallecas, Sureste, de Arganda del Rey, Henares, de Coslada, y Tajo, de Aranjuez, habilitando al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en dichos centros.

En concreto, el segundo apartado del artículo 62 dispone la competencia de la unidad técnica de control de los servicios de explotación de las obras públicas de los hospitales de la Comunidad de Madrid indicados, creada por Orden 2073/2007, del Consejero de Sanidad, de 12 de septiembre, en la realización de las funciones de vigilancia, seguimiento y control de la ejecución de los nuevos contratos. Por su parte, el tercer apartado faculta al Servicio Madrileño de Salud para dictar las instrucciones de funcionamiento precisas en la garantía de la correcta prestación y niveles de calidad de los servicios, así como al establecimiento de los órganos y procedimientos de coordinación oportunos y asignación a cada sociedad de las funciones apropiadas.

En el siguiente artículo, se modifica el artículo 88 de la [Ley 12/2001, de 21 de diciembre](#), de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, disponiendo que cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en la Ley de Contratos del Sector Público, podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio

⁵³ En el hospital de Alzira, el concesionario era una unión temporal de empresas integrada por Adeslas (Grupo Agbar) con una participación del 51 %, un grupo de Cajas de Ahorro regionales con el 45 % y con un 2 %, las constructoras Dragados y Lubasa. La concesión en su fase inicial tenía una duración de 10 años prorrogables a 15 de la gestión de la atención especializada del área 10, de forma que el concesionario se comprometía a construir el hospital de La Ribera y a cambio recibe una contraprestación en forma de pago capitativo (no ajustado) de 224,58 euros/año por persona. Esta modalidad estuvo vigente hasta marzo del año 2003, en que se renegóció y sustituyó por una nueva concesión durante 15 años, prorrogables a 20 de la gestión conjunta de la atención primaria y especializada del área 10. Como consecuencia de la cancelación anticipada de la concesión, se indemnizó a la concesionaria con un rescate por lucro cesante. Esta renegociación no ha estado exenta de críticas al discutirse el importe del lucro cesante por valor de 25 millones de euros, dado que durante los primeros años de la concesión el hospital incurrió en pérdidas (2,67 millones de euros en 2002). Y es que, en la medida en que existen dudas sobre la capacidad de renegociar condiciones favorables a la vista de resultados inferiores a los deseados por la concesión, la capacidad prospectiva del acuerdo y la credibilidad del mismo se debilita y, con ello, el conjunto de incentivos y reparto de riesgos diseñado. VENTURA VICTORIA, J.: «Organización y gestión de la atención sanitaria», en Informe anual del Sistema Nacional de Salud, 2003.

Madriño de Salud. Es esta una novedosa previsión que no puede dejar de ser cuestionada, por posible vulneración del artículo 1 de la LCSP y del principio de no discriminación e igualdad de trato que enuncia, pues solo en el caso de que la gestión de los centros no se asignase a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrían concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas⁵⁴.

Una de las principales críticas recaídas al respecto se basa en el hecho de que se alegue la valoración de un considerable ahorro de costes para el que no se justifican suficientemente los datos. El sistema capitativo por el que se financiaría la concesión supondría romper con el aseguramiento único generando una dualidad de pacientes, en el sentido de que en aquellos establecimientos sustentados en modelos de gestión directa, la ausencia de las técnicas necesarias supondría su remisión a otro centro dotado de medios más adecuados, mientras que en los centros concesionados, la atención del paciente en un establecimiento diferente supondría el abono por parte del concesionario de la cantidad correspondiente. Según se advierte, el cambio de lógica es total, pues de un sistema integrado y coherente en la colaboración, se acoge un modelo en el que rige la competencia, fomentando la siempre temida selección de riesgos.

En este sentido, los contratos de concesión de los servicios de asistencia sanitaria en los modelos valenciano y madriño han llegado a ser calificados como «un auténtico experimento a nivel mundial». Y es que los contratos celebrados con iniciativa de financiación privada en modelos sanitarios del entorno comparado han tenido por objeto la financiación, construcción, dotación de equipamientos y, en su caso, prestación de servicios auxiliares, pero en modo alguno la prestación de asistencia sanitaria, dada la complejidad y los costes de información y transacción provocados por la definición de las prestaciones y la gestión de sus riesgos⁵⁵.

Tanto en Madrid como en la Comunidad Valenciana, el modelo de concesión sanitaria implantado procede a la «penalización» de los pacientes que, adscritos a la demarcación geográfica propia de la entidad concesionaria, recurren a centros extraños a la misma. Así, en tales supuestos se ha previsto la obligación a cargo de la concesión de abonar el 100 % de la tarifa fijada, bonificando el caso contrario, esto es, facturando el 80 o 90 % de la tarifa para los supuestos en que los pacientes provenientes de zonas fuera del área de la concesión sean tratados en ella. Ambas previsiones han sido criticadas en términos de análisis de coste⁵⁶, en el sentido de que las ac-

⁵⁴ Véase CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., *op. cit.*, pág. 64.

⁵⁵ Informe AFEM-López Rodo&Cruz Ferrer: *Sobre la inconstitucionalidad de la concesión de los servicios sanitarios de hospitales y centros de salud por la Comunidad de Madrid*, pág. 27

⁵⁶ REPULLO LABRADOR, J. R.: «Financiación de la sanidad: distribución y asignación de recursos», en Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J.: *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. I, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs. 159-162. Señala el autor en la página 161 que «visto desde el hospital que pierde un cliente, el problema que se plantea es que ahorra el coste variable de este caso, pero no el coste fijo que pervive estructuralmente», concluyendo que «si le descontáramos el coste medio de un proceso, estaríamos erosionando la financiación de los factores de producción fijos».

tividades adicionales acometidas por los hospitales se inscriben en costes variables, de ahí que se inste a una facturación a costes variables respecto de los pacientes tratados fuera del área de asignación de la cápita.

No se olvide, por último, que el artículo 22.1 de la **LCSP** impone como presupuesto que «la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación». La norma exige, por tanto, la justificación del recurso a esta figura, justificación ausente, al menos, en el modelo madrileño, tal y como se desprende del artículo 62 de la **Ley 8/2012**, antes citado, que se limita a referirse sin más a la **Ley 15/1997**.

Acreedora de una acusada polémica social y política, la pretendida reforma madrileña dio origen asimismo a toda una batalla judicial, verdaderamente agitada. Sin entrar en la esfera del Tribunal Constitucional, que aún no se ha pronunciado al respecto⁵⁷, la jurisdicción ordinaria sí ha tenido oportunidad de hacerlo en reiteradas ocasiones. Así, mediante Auto de 10 de julio de 2013, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid determinó la suspensión cautelar del acto administrativo impugnado, esto es, la Resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado «Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, del Sureste y del Tajo». Y ello en atención al carácter manifiestamente irreparable de los perjuicios que podrían producirse de aplicar la citada resolución administrativa.

Este habría sido el primer y único pronunciamiento judicial relativo a la adopción de medidas cautelares en este ámbito, si no fuese porque la Resolución de 3 de junio de 2013 vino a introducir una modificación sustancial mediante una pretendida «corrección de errores» de la cláusula 33.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares referida a la cuantía de la garantía definitiva que habría de constituir el licitador que hubiese presentado la oferta económicamente más ventajosa, pasando del 5 % del importe de adjudicación del contrato al 5 % del importe *anual* de adjudicación del contrato.

La sala, al igual que ya razonó en el auto aludido más arriba, concluye sin prejuzgar el fondo del recurso, mediante Auto de 11 de septiembre de 2013, que «la modificación realizada puede exceder de la posibilidad de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos,

⁵⁷ El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 23 de abril de 2013, acordó [admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013](#), promovido por más de 50 senadores del grupo parlamentario socialista del Senado, contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (BOE de 13 mayo de 2013).

que confiere a la Administración el artículo 105.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al amparo del cual se ha realizado dicha modificación, al introducir el termino "anual" respecto del importe de adjudicación del contrato que ha de servir de referencia para fijar el 5% de la cuantía de la garantía definitiva a prestar por la parte adjudicataria, siendo evidente que la cuantía de la fianza contractual varía sustancialmente según sea del 5% del importe total de adjudicación del contrato (10 años de ejecución) o del importe anual (deduciblemente con referencia al primer año), y supone una modificación sustancial de las condiciones de la licitación y del contrato, realizada cuatro días antes de la finalización del periodo de presentación de las ofertas por los licitadores lo que podría haber limitado el principio de libre concurrencia competitiva al haber podido impedir licitaciones de empresas por el importe de la garantía definitiva según la convocatoria posteriormente rebajado por vía de "corrección de errores", y afecta a la ejecución del contrato».

El tribunal, pues, sin verter consideración alguna acerca del nuevo modelo de gestión sanitaria elegido, ni sobre la bondad de un sistema de gestión sobre otro, estima que la modificación del sistema de gestión de la atención sanitaria especializada de seis hospitales es de unas dimensiones tan extraordinarias (en cuanto a la población afectada, municipios afectados, personal afectado, transacciones a realizar, subrogación de contratos de servicios y suministros por las concesionarias y posible utilización por estas de distintos criterios de gestión que los existentes y de toma de decisiones) que harían muy difícil, sino imposible, en caso de que no se accediera a la medida cautelar de suspensión y se estimara el recurso, volver a la situación anterior, por lo que «la no adopción de la medida solicitada haría que el recurso pudiera perder su finalidad legítima, creándose situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos». En atención a tales consideraciones, se acuerda el mantenimiento de la suspensión cautelar de la Resolución de 30 de abril de 2013, de modo que la Sala se reafirma en que la prestación sanitaria debía seguir prestándose provisionalmente en la misma forma en que se hacía hasta que el recurso se resolviese.

En esta misma línea, mediante Auto de 27 de enero de 2014, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid vuelve a sostener la suspensión de determinadas resoluciones administrativas de adjudicación, en lo que supuso el varapalo judicial determinante para la renuncia por parte de la Comunidad de Madrid a la culminación del proceso de externalización sanitaria. Decidió, así, poner fin al procedimiento de contratación en la fase en que se hallaba, sin formalizar los contratos con las adjudicatarias. En coherencia con ello, por Auto de 28 de mayo de 2014, la Sala de lo Contencioso declaró terminado el recurso por pérdida sobrevenida del objeto, razonando que, «al haberse dejado sin efecto por la administración el procedimiento de contratación, es evidente que el presente recurso en que se impugnaba la convocatoria y los Pliegos de Condiciones que han de regir el contrato ha quedado sin objeto, produciéndose la desaparición real de la controversia y del interés legítimo que tenía el recurrente, ya que lo pretendido era la declaración de nulidad de un procedimiento contractual, del que la Administración ha desistido y que, por lo tanto, no produce ya efecto jurídico alguno».

V. REFLEXIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN SOBRE LOS RIESGOS DE LA PRIMACÍA INCONDICIONADA DE LA RACIONALIZACIÓN DEL GASTO SANITARIO

En los últimos años se asiste a un notorio cambio de justificación en el recurso a la iniciativa privada en el sistema sanitario, pues si en un primer momento se aspiraba a paliar la carencia de medios propios en la prestación del servicio sanitario, fundamentalmente mediante conciertos y convenios, en épocas más recientes se emplean nuevos mecanismos, señaladamente la concesión, en aras de financiar nuevos establecimientos y recursos hospitalarios, optimizar gastos e incluso tratar de evitar la consolidación contable en el ámbito del déficit público⁵⁸. Las motivaciones, por tanto, van cambiando y, con ellas, las estrategias adoptadas. Desde las más tradicionales previstas en la LGS hasta las incorporadas en la LCSP, pasando por todo un entramado habilitado desde la Ley 15/1997, lo cierto es que se ha venido conformando una amplia amalgama de mecanismos de gestión.

El sanitario, como tantos otros ámbitos de significación pública⁵⁹, no ha permanecido impasible ante la crisis económica y sus implicaciones. Y en este sentido, la viabilidad del sistema sanitario ha buscado en la mayor eficiencia⁶⁰ en la función gestora una nueva herramienta. En la marea de urgencias económicas y de recortes a la que se asiste en nuestros días, se inscribe una pretendida minimización del gasto sanitario mediante la inmersión de la iniciativa privada en las fórmulas de gestión. Se aspira a optimizar de esta forma los servicios y reordenar los recursos, paliar el déficit público del sistema sanitario flexibilizando el funcionamiento de los centros sanitarios con base en la acogida de técnicas propias del Derecho privado en el régimen jurídico de las entidades intervinientes, las cuales quedan dotadas de una mayor autonomía en la gestión de sus presupuestos. Por tanto, la crisis económica y los esfuerzos por superarla no solo se han traducido en una disminución del ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias, o en un aumento de las técnicas de copago, pues la vertiente institucional no ha quedado inafectada. En el recurso de un servicio característicamente público como el sanitario al sector privado se ha encontrado asimismo una imperante técnica, en pro de la racionalización del gasto. De nuevo la sintonía entre sostenibilidad financiera y efectividad del derecho a la protección de la salud vuelve a emerger en este contexto como principio guía, si bien, en el ámbito de la gestión asoma el riesgo de contraposición entre el carácter coyuntural de las razones que impulsan estas fórmulas y el estructural de la naturaleza con la que se insertan en el sistema sanitario. En otros términos, naciendo tales fórmulas como respuestas circunstanciales frente a determinados problemas, señaladamente de eficiencia, solucionados estos, quedan consolidadas en la propia estructura de gestión del SNS.

⁵⁸ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., *op. cit.*, págs. 41 y 42.

⁵⁹ Véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas», en AA. VV.: *Crisis Económica y Función Pública*, Fuentetaja Pastor, J. A. y Cantero Martínez, J. (dirs.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2012, págs. 309-351.

⁶⁰ Sobre este principio, consúltese GIMENO FELIÚ, J. M., *op. cit.*, págs. 437 y ss.

Desde luego, de la cita de los propósitos teóricos de las técnicas de gestión privada, no parece poder desprenderse pendencia alguna, en el sentido de que nada se antoja más deseable que un sector sanitario racionalizado, eficiente y que evite toda prodigalidad en la gestión de recursos, todo gasto excesivo y superfluo. Pero lo controvertido en este ámbito estriba precisamente en determinar si las virtudes bajo cuya justificación se impulsaron estas reformas privatizadoras se han materializado en la realidad⁶¹ o, al menos, si lo han hecho con la misma intensidad con que se garantizan la calidad de la atención sanitaria y las garantías de los usuarios del servicio. La cuestión no es otra, pues, que calibrar si esta lógica inspiradora que promueve desde hace años la gestión sanitaria se acompasa o no a la misma razón de ser de nuestro sistema sanitario, fundamentado en la atención de la salud a la luz de criterios de calidad, globalidad y suficiencia. Igualmente criticable resulta la ausencia de «experimentalidad»⁶² de las reformas acontecidas en el ámbito de la gestión, pues se echa ciertamente en falta la puesta en práctica de proyectos que permitiesen la verificación de la eficacia de los modelos propuestos con carácter previo a su implantación.

El primer obstáculo con que se tropieza al respecto es que no siempre se cuenta con la transparencia deseada en términos de información estadística y financiera sobre costes, recursos y resultados en salud, dada la heterogeneidad de fuentes de las que proceden en muchos casos los datos manejados, lo que a su vez dificulta la comparación entre experiencias⁶³. Sea como fuere, lo cierto es que las ventajas tan proclamadas en términos financieros, de control del gasto y de eficiencia, no han quedado demostradas de forma suficientemente sólida a nivel empírico, al menos, hasta el día de hoy. Como se ha puesto de manifiesto, «no existen evaluaciones con el necesario rigor metodológico que permitan valorar su efectividad o eficiencia». Aún más, «aunque aparentemente aportan una mejora respecto a las formas tradicionales de gestión sanitaria, la falta de separación efectiva de financiador y proveedor público, así como la disminución progresiva de la autonomía de gestión de estas nuevas fórmulas, parecen indicar una pérdida de eficiencia en términos dinámicos»⁶⁴. En este mismo sentido, se ha señalado que «los resultados económicos de la sanidad catalana, donde para la gestión de los hospitales, públicos, parapúblicos y benéficos, existen todas, absolutamente todas las fórmulas organizativas posibles conocidas, no son especialmente mejores, ni muy distintos de los que ofrecen otros servicios regionales de salud cuyos

⁶¹ Y parece que la respuesta es negativa, toda vez que de los estudios comparativos entre fundaciones públicas sanitarias y centros hospitalarios de gestión pública, se concluye que determinados elementos, tales como la reducción de la burocracia, el aumento de los niveles de productividad, eficiencia y calidad en la asistencia, los niveles mayores de transparencia y participación no logran consolidarse como elementos diferenciadores. VILLAR CAÑADA, I., *op. cit.*, pág. 138.

⁶² *Ibid.*, pág. 128.

⁶³ Señala RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., *op. cit.*, pág. 306, que «tampoco parece fácil establecer sistemas y pautas de comparación que sean aceptadas sin discusión sobre la calidad de la asistencia que se presta en los centros hospitalarios gestionados por concesionarios en relación con la propia de los establecimientos que se administran directamente por las Administraciones sanitarias, y aún menos, sobre la percepción que tiene la población asistida en relación con la asistencia que recibe en ambos tipos de hospitales».

⁶⁴ MINUÉ LORENZO, S. y MARTÍN MARTÍN, J. J.: «Gestión privada, ¿más eficiente?», *Actualización en Medicina de Familia*, vol. 9, núm. 1, 2013, pág. 19.

establecimientos se rigen básicamente por pautas tradicionales»⁶⁵. Afirmar, pues, que la introducción de la iniciativa privada en el contexto sanitario ha supuesto la solución que en términos de eficiencia y eficacia demandaba nuestro sistema, resulta, a falta de evidencias, completamente incierto. Tanto, que así ha sido explícitamente reconocido a nivel normativo⁶⁶.

Tratándose de técnicas introducidas generalmente con base en argumentaciones de tipo económico, lo cierto es que sus implicaciones han ocasionado continuos debates en el plano no solo económico, sino también, y fundamentalmente, político-jurídico y social. En efecto, son muchos los cuestionamientos de los que la incidencia del sector privado en la gestión sanitaria ha sido acreedora, además de los aparejados a la exención de las garantías jurídicas propias de la actividad financiera de los entes públicos.

En lo reprochable del uso, o mejor, abuso, de las técnicas privatizadoras en la actualidad cabe enraizar, en primer lugar, el hecho de que la búsqueda de rentabilidad referida a la relación coste-eficacia termina por desplazar en la escala de prioridades la propia calidad de las prestaciones provistas. En efecto, la intervención del ánimo de lucro en la gestión de las prestaciones sanitarias no siempre logra los resultados de calidad prometidos bajo su implantación. Esta suele ser la gran perdedora en el recurso a estas modalidades de gestión, al tiempo que se suele denunciar el denominado riesgo de creación de monopolios zonales en manos privadas⁶⁷, junto a la ausencia de previsión de servicios más costosos y generadores de menos beneficios, tales como los relativos a enfermedades raras, infección VIH o trasplantes⁶⁸. Y es que uno de los principales riesgos inherentes a estas fórmulas de gestión emanan directamente de la primacía de la obtención de beneficios en el canon de actuación, de modo que la atención a las necesidades sanitarias como criterio de organización sanitaria queda desplazada con base en el propio de la oferta y la demanda, poniendo en grave peligro el acceso al SNS en igualdad de condiciones, erigida en una de las principales garantías dispuestas en la LCC.

Asimismo, no es extraño que la Administración sanitaria termine responsabilizándose del desarrollo y funcionamiento en aquellos casos, por lo demás comunes, en que las deudas no pueden ser sufragadas desde los fondos que genera el ente a través del desarrollo de la actividad. La Administración pública, por tanto, asume con frecuencia la solución a los déficits, a través de muy diversos mecanismos⁶⁹.

⁶⁵ RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., *op. cit.*, pág. 311.

⁶⁶ El Decreto gallego 183/2008, de 31 de julio, sobre extinción de fundaciones públicas hospitalarias, reconoce en sus líneas iniciales que «el tiempo transcurrido y la experiencia acumulada demuestran que el modelo organizativo en el que se situaron las fundaciones sanitarias de carácter asistencial no ha alcanzado los objetivos de eficacia, eficiencia y mejora de la calidad de los servicios, inicialmente propuestos».

⁶⁷ Véase RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., *op. cit.*, pág. 301.

⁶⁸ PÉREZ ALONSO, M. A., *op. cit.*, pág. 102.

⁶⁹ Se ha aludido a las subvenciones destinadas a cubrir gastos corrientes, la financiación de programas finalistas, o incluso las ampliaciones de capital. RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L., *op. cit.*, pág. 314.

Nos hallamos ante la reproducción en el ámbito sanitario de la clásica dialéctica de lo público y lo privado. Traducida en principios, implica el duelo entre la eficacia económica y la calidad técnico-médica, de modo que las políticas más privatizadoras suelen refugiarse en la primera, mientras que sus objetores se amparan en el segundo para deslegitimar las fórmulas privadas de organización. Lograr a un tiempo la eficacia de la intervención médica y la economía de medios no parece, pues, una meta apacible. Desde luego, la búsqueda de la actividad pública sostenible debe ser un objetivo al que no escapa la actividad sanitaria, pero debe cuidarse de no entregar la misma prestación al propósito de la eficiencia.

La solución pasa ineludiblemente por la consolidación de la transparencia y la evaluación como principios rectores en el desarrollo de las diversas fórmulas empleadas. En este mismo sentido, se ha instado a la elaboración de una memoria de gestión anual, a un mecanismo de verificación del funcionamiento de estos sistemas, al estilo de lo iniciado en la Comunidad Valenciana⁷⁰. Y es que el artículo 3 del [Decreto 30/2012, de 3 de febrero](#), del Consell, insta, si bien en el ámbito de los departamentos en donde la prestación sanitaria se realiza en régimen de concesión administrativa, a la instauración de la figura del Comisionado de la Agència Valenciana de Salut. Orgánica y funcionalmente dependiente del departamento de gestión directa que se designe, tiene encomendadas importantes funciones de control y supervisión de la sociedad concesionaria, al tiempo que ostenta la jefatura del personal de la Agència Valenciana de Salut no integrado en la concesión.

La cuestión, por tanto, radica en determinar hasta dónde se puede llegar en la decisión de recurrir a la intervención de la iniciativa privada en la gestión de la sanidad, esto es, en las facultades de configuración legal. Y en este sentido, parece claro que el límite viene demarcado por la propia *recognoscibilidad* del contenido propio del derecho a la asistencia sanitaria. En coherencia con ello, se ha advertido que tal límite no estriba tanto en la forma de gestión como en el hecho de que esta sea dispensada con respeto a las garantías y principios propios del SNS⁷¹. Y es que nos movemos, no se olvide, en el ámbito de la protección de la salud, de un bien jurídico fundamental, por tanto, que interconectado con otros dos igualmente esenciales –la vida y la integridad física–⁷², resulta inherente a la dignidad de la persona, lo cual impide concebir el sanitario como un sector productivo sin más, sujeto a la misma lógica del mercado. La búsqueda a toda costa de la maximización del beneficio tiene difícil encaje en el ámbito de la asistencia sanitaria, enraizado en el ejercicio de un derecho social fundamental. De esta forma, y según se acaba de exponer, son cuantiosos los riesgos que emanan de posicionar la eficiencia como objetivo capital en sí mismo en materia sanitaria, una materia orientada intrínsecamente al principio de igualdad.

⁷⁰ PÉREZ ALONSO, M. A., *op. cit.*, pág. 103.

⁷¹ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., *op. cit.*, pág. 46. Estima el autor que «el quid se centra en el respeto del sustrato sustantivo del derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 43 CE».

⁷² Sobre la interdependencia entre estos tres bienes superiores se incide en FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales en las Administraciones Públicas*, Granada: Comares, 2009.

Es por ello que se evidencia del todo necesaria la exigencia de justificación en la utilización de una determinada técnica de gestión, con el fin de preservar las garantías constitutivas del sistema en el que se dispensan las prestaciones sanitarias, sin que quepa refugiarse, sin más, en la mera previsión formal en el ordenamiento jurídico de la figura de que se trate. No en vano, se ha llegado a sostener el carácter excepcional de la concesión como forma de gestión indirecta sanitaria⁷³.

Lo cierto es que este fenómeno se inscribe en un proceso más amplio que, desde hace tiempo en marcha, supone un notorio cambio en la función social del Estado, o al menos, en el desenvolvimiento de dicha función. Así, en las últimas décadas, se asiste a la transición desde la asunción directa por parte del mismo respecto de las situaciones de necesidad social hacia la encomienda de estas últimas al ámbito privado a través de mecanismos diversos, buena parte de los cuales han quedado expuestos en estas páginas. Se está gestando, por tanto, un cambio de paradigma por el que se sustraen cada vez más ámbitos de competencia pública para quedar en manos de la gestión del sector privado. Con ello, el Estado deja progresivamente de presentar las notas básicas de un Estado gestor de servicios públicos, para asumir las propias de un Estado que tiende a la sinergia con el sector privado en la búsqueda de eficiencia y productividad en el cometido público, sin tener en cuenta que las ganancias en el marco de todo Estado de bienestar deben pretenderse siempre en el terreno social y no en el económico. No le falta razón a la doctrina francesa cuando anuncia, en este sentido, una transición de *l'État social a l'État marchand*⁷⁴, en el seno de un grave debilitamiento de la primera noción.

⁷³ Véase MENÉNDEZ REXACH, A., *op. cit.*, págs. 294 y 295.

⁷⁴ «L'Etat social est affaibli, sinon transformé, en Etat marchand: tantôt par l'effet direct d'une mondialisation qui a créé un véritable "marché des droits"; tantôt, notamment en matière de santé et de logement, par l'effet indirect de la place croissante accordée à la culture du marché». DELMAS-MARTY, M.: *Résister, responsabiliser, anticiper*, Paris: Éditions du Seuil, 2013, págs. 46 y ss.

Bibliografía

- CALERO, R. y GALLARZA, M. G. [2010]: «La concesión administrativa como modelo de gestión sanitaria en la Comunidad Valenciana», *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 59.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. [2013]: «Modelos de gestión sanitaria: público y privado en la gestión de la salud», en AA. VV., *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Ediciones Laborum.
- DELMAS-MARTY, M.: *Résister, responsabiliser, anticiper*, París: Éditions du Seuil, 2013.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. [2013]: «Formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud: de la Ley General de Sanidad a las fórmulas de colaboración público-privada», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J. (dirs.), vol. I, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. [2009]: *Régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales en las Administraciones Públicas*, Granada: Comares.
- [2012]: «Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas», en AA. VV., *Crisis Económica y Función Pública*, Fuentetaja Pastor, J. A. y Cantero Martínez, J. (dirs.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- GIMENO FELIÚ, J. M. [2013]: «Contratación pública en el ámbito de la administración sanitaria: reflexiones», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J. (dirs.), vol. I, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- GIRELA MOLINA, B. [2009]: «Régimen jurídico de las entidades sanitarias privadas», en AA. VV., *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (dirs.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M. [2004]: *La ordenación sanitaria en España*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- LANDA ZAPIRAIN, J. P. [1999]: *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Madrid: Consejo Económico y Social.
- LANTARÓN BARQUÍN, D. [2007]: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MENÉNDEZ REXACH, A. [2008]: «La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad», *Revista de Administración Sanitaria*, vol. 6, núm. 2.
- MINUÉ LORENZO, S. y MARTÍN MARTÍN, J. J. [2013]: «Gestión privada, ¿más eficiente?», *AMF*, vol. 9, núm. 1.
- MORENO VERDUGO, M. [2013]: «Experiencias en el ámbito de la gestión sanitaria de las fórmulas de colaboración público-privadas», *Revista Derecho y Salud*, vol. 23.
- OTEROS VALCARCE, G. [2009]: «La Administración sanitaria», en AA. VV., *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M. D. (dirs.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

PALOMAR OLMEDA, A. [2013]: «El modelo de sanidad pública: algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial», en AA. VV., *Tratado de Derecho Sanitario*, Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J. (dirs.), vol. I, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

PASCUAL GARCÍA, J. [2010]: «La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 60.

PÉREZ ALONSO, M. A. [2013]: «La gestión sanitaria a debate. Nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud», en AA. VV., *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Ediciones Laborum.

REPULLO LABRADOR, J. R. [2013]: «Financiación de la sanidad: distribución y asignación de recursos», en Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J.: *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. I, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J. L. [2008]: *Integración o desmoronamiento: crisis y alternativas del sistema nacional de salud español*, Cizur Menor (Navarra): Cívitas.

SÁNCHEZ-CARO, J. [2000]: «Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española (la perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)», *Revista de Administración Sanitaria*, núm. 14.

VENTURA VICTORIA, J. [2003]: «Organización y gestión de la atención sanitaria», en Informe anual del Sistema Nacional de Salud, 2003.

VILLAR CAÑADA, I. [2007]: «Régimen jurídico de la organización y gestión sanitaria. El nuevo modelo legal de la sanidad pública: el Sistema Nacional de Salud», en AA. VV., *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (dirs.), Granada: Comares.

