

# LA GESTIÓN INDIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA EN TIEMPOS DE CRISIS<sup>1</sup>

*Elsa Marina Álvarez González*

*Profesora Contratada. Doctora de Derecho Administrativo.*

*Universidad de Málaga*

**SUMARIO: 1. Las medidas de racionalización del gasto sanitario y sus implicaciones jurídicas; 2. Reflexiones generales sobre el régimen jurídico de las formas de provisión de la asistencia sanitaria pública.** 2.1 Sinopsis de la evolución del marco normativo. 2.2 Las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública. 2.2.1 Formas de gestión directa. a) Gestión directa mediante organización propia sin personalidad jurídica. b) Administración Instrumental. c) Otras formas de gestión directa. 2.2.2 Gestión indirecta: convenios, conciertos y concesiones sanitarias; **3. Luces y sombras de la gestión indirecta de la asistencia sanitaria.** 3.1 El alcance del derecho a la salud constitucionalmente reconocido y su forma de prestación. 3.2 Límites a la gestión indirecta de los servicios sanitarios; **4. Conclusiones; 5. Bibliografía.**

## RESUMEN

El objeto de este trabajo es analizar las consecuencias e implicaciones que presenta para el derecho a la asistencia sanitaria pública el recurso a fórmulas de gestión privada en un contexto de crisis económica. En efecto, la adopción de medidas de racionalización del gasto sanitario por las Comunidades Autónomas y en particular aquéllas que plantean privatizar la gestión de los centros y servicios sanitarios, presentan algunas cuestiones jurídicas de interés, pues algunas de ellas podrían entrar en contradicción con lo que han venido siendo hasta ahora los pilares básicos del sistema sanitario público en España: universalidad, igualdad, gratuidad y financiación pública. Principios que, por otra parte, se han visto afectados con la reforma del Sistema Nacional de Salud a la que hemos asistido con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, lo que reafirma la necesidad de un análisis jurídico que clarifique el alcance de dichas medidas privatizadoras.

## PALABRAS CLAVE

Asistencia sanitaria pública; gestión sanitaria; contratos y concesiones sanitarias.

## ABSTRACT

This article analyses the effects of private management of public health care into an economical crisis context. Rationalization of health spending into the regions, particularly the privatization of health centers management, has some interesting legal issues that could be in contradiction with the principles of the public health system in Spain: universality, equality, gratuitousness and public funding. These principles have been also influenced by the new reform of the National Health System. *Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones* performs these principles and enforces the need of a legal analysis to clarify the scope of such privatization actions.

<sup>1</sup> Este trabajo se presenta en el marco del Proyecto de Investigación MIR-ES/31 (Migración internacional de retirados en España: Impactos, Identidad, Integración), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. CS02008-06458-C02-01).

**KEY WORDS**

Public health care; health management; health private management.

## 1. LAS MEDIDAS DE RACIONALIZACIÓN DEL GASTO SANITARIO Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS.

Se ha convertido en una técnica recurrente por los responsables autonómicos la adopción de medidas de racionalización del gasto sanitario para hacer frente al déficit público. Así, desde el año 2010 el gasto en salud ha caído un 10,6%, lo que significa una reducción de 6.700 millones de euros en los presupuestos sanitarios del Gobierno y de las Comunidades Autónomas en tres años<sup>2</sup>. Esto se ha traducido en reducciones de personal sanitario y rebajas salariales, recortes en servicios de salud, cierre de centros (hospitales, quirófanos y centros de atención primaria) y servicios de guardia, e incluso en material sanitario.

Por lo que respecta a la prestación farmacéutica hemos asistido a la introducción del copago en las recetas médicas (caso de Cataluña<sup>3</sup> y Madrid<sup>4</sup>), decisión suspendida cautelarmente por el Tribunal Constitucional hasta que se pronuncie sobre su constitucionalidad por posible vulneración de las competencias estatales y del principio de igualdad. Andalucía, por su parte, ha afrontado una reducción de su gasto farmacéutico con la aprobación del Decreto-ley 3/2011, de 13 de diciembre, de medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía y que contiene, entre otros aspectos, la adjudicación mediante convocatoria pública de los medicamentos que se dispensan en las farmacias de la Comunidad con cargo a la Administración pública, una medida conocida como “subasta de fármacos”.

Navarra, Canarias, Madrid o Valencia, entre otras, también se han sumado a la oleada de recortes en el sector sanitario<sup>5</sup>. Otras Comunidades Autónomas, en

2 Según datos del Ministerio de Hacienda publicados en <http://www.estadief.meh.es/>

3 Véase la noticia publicada en el Diario El País el 29 de enero de 2013 ([http://politica.elpais.com/politica/2013/01/29/actualidad/1359454767\\_360206.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/01/29/actualidad/1359454767_360206.html))

4 Véase la noticia publicada en el Diario El País el 29 de enero de 2013 ([http://politica.elpais.com/politica/2013/01/29/actualidad/1359454767\\_360206.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/01/29/actualidad/1359454767_360206.html))

5 Las medidas adoptadas por estas CCAA pueden consultarse en el Informe de la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CCOO “Análisis y Valoración ante los presupuesto sanitarios previstos para 2012 en las

cambio, además de la adopción de medidas generales de ampliación de la jornada laboral o reducciones salariales para el personal sanitario, han optado por introducir modelos de gestión privada en la prestación de la asistencia sanitaria pública. Es el caso de Castilla La Mancha<sup>6</sup> o Galicia<sup>7</sup>, y recientemente, Madrid<sup>8</sup>, ya sea mediante la fórmula de conciertos sanitarios o mediante la privatización de la gestión de las instituciones, centros y servicios sanitarios.

Se trata, sin duda, de una serie de medidas de gran alcance con una clara finalidad económica que plantean numerosas cuestiones jurídicas de interés, pues algunas de ellas podrían entrar en contradicción con lo que han venido siendo hasta ahora los pilares básicos del sistema sanitario público en España: universalidad, igualdad, gratuidad y financiación pública. Pilares que, por otra parte, también parecen tambalearse en estos momentos a la luz de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.<sup>9</sup>

Asimismo, sería interesante analizar hasta qué punto la descentralización de las competencias en la materia permite que cada Comunidad Autónoma adopte este tipo de medidas sin que exista un pronunciamiento del Estado al respecto, al que compete la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1ª CE). Sin duda, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre

Comunidades Autónomas”, presentado el 27 de diciembre de 2011. Puede descargarse el citado informe en <http://www2.ccoo.es/comunes/temp/recursos/30/1126233.pdf>

6 Véase la noticia publicada el 2 de diciembre de 2011 en Diario Público, edición digital (<http://www.publico.es/espana/410213/cospedal-baja-los-sueldos-publicos-y-privatiza-la-gestion-hospitalaria>).

7 Véase la noticia publicada el 2 de octubre de 2011 en el Diario El Correo Gallego en la que se anuncia la implantación de un modelo de gestión privada de los servicios de radiología y de alta tecnología de los hospitales gallegos. La edición digital puede consultarse en <http://www.elcorreogallego.es/galicia/ecg/psdeg-acusa-sanidade-privatizar-servicios-radiologia/idEdicion-2011-10-02/idNoticia-704328/>.

8 Véase la noticia publicada en el Diario el País el 31 de octubre de 2012 ([http://politica.elpais.com/politica/2012/10/31/actualidad/1351719000\\_419536.html](http://politica.elpais.com/politica/2012/10/31/actualidad/1351719000_419536.html)).

9 Un exhaustivo análisis de la reforma sanitaria puede consultarse en SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., “Reformas en la asistencia sanitaria pública: ¿racionalización del servicio o cambio de modelo?”, *RAAP*, nº85, 2013 (en prensa). Agradecemos al Profesor Souvirón Morenilla habernos facilitado este trabajo con carácter previo a su publicación.

los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno en relación a la introducción del copago en los medicamentos, así como la resolución del procedimiento jurisdiccional abierto en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha sobre la decisión del gobierno regional de suspender el servicio de urgencias nocturnas en 21 municipios de dicha Comunidad Autónoma, nos darán las claves sobre la legitimidad de la adopción de este tipo de medidas que afectan, sin duda, al derecho a la protección de la salud de los ciudadanos.

En cualquier caso, nos vamos a centrar en este trabajo en las consecuencias e implicaciones que presenta para el derecho a la asistencia sanitaria pública el recurso a fórmulas de gestión privada en un contexto de crisis económica, y ello ante la puesta en marcha por varias Comunidades Autónomas de planes de privatización de centros hospitalarios que han hecho resurgir el viejo debate sobre la privatización de la sanidad. Debate que aparece en un contexto nada novedoso, pues la discusión sobre las formas de provisión de la asistencia sanitaria pública está presente desde la década de los noventa del siglo XX. En efecto, ya en el “Informe Abril” de 1991<sup>10</sup> se proponía un cambio profundo en la organización del sistema sanitario público mediante la separación, por un lado, de las funciones de financiación y compra, y por otro, de las de provisión de servicios, así como a través de la transformación de los centros sanitarios en organizaciones de carácter empresarial y el incremento del peso del sector privado en la provisión de servicios sanitarios.

Parece, pues, que hoy por hoy, sigue siendo una cuestión central en la regulación de la asistencia sanitaria pública y su provisión, el de las fórmulas organizativas y de gestión a tal fin. Los costes comparados de la asistencia pública y de la privada ante una idéntica situación de enfermedad, y el problema de la cobertura financiera de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, son datos suficientemente descriptivos, por un lado, de la pertinencia de un análisis de las diferentes formas de gestión prevista en nuestro ordenamiento jurídico que clarifique el alcance y límites de estas medidas de política sanitaria y, por otro, del interés de una reflexión a tal fin.

## **2. REFLEXIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FORMAS DE PROVISIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA.**

### **2.1 Sinopsis de la evolución del marco normativo.**

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS) consagró un modelo tradicional de gestión directa caracterizado por la creación y consolidación de instituciones sanitarias públicas sometidas al Derecho público. Sin embargo, esta forma de organización pronto puso de manifiesto los mismos puntos débiles que con carácter general venían justificando en el resto de la Administración la apertura a nuevas fórmulas organizativas más flexibles que evitaran las disfunciones derivadas de la jerarquía, la centralización en la toma de decisiones y el modelo burocrático de gestión sometido al Derecho público, consecuencia de la preeminencia no matizada del principio de legalidad, sobre los de eficiencia y oportunidad.

En este contexto, pues, se aprobó el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, cuyo principal objetivo se dirigía a permitir el otorgamiento de personalidad jurídica a todos los centros sanitarios. Para ello amplió las formas de gestión diseñadas por la LGS, contemplando la posibilidad de constituir a tal fin consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, además del establecimiento de acuerdos, convenios y otras fórmulas de gestión integrada o compartida. Esta norma venía a consagrar una realidad institucional ya existente en las Comunidades Autónomas, dando así seguridad jurídica a todas las iniciativas llevadas a cabo de otorgamiento de personalidad jurídica propia a los centros sanitarios.

Posteriormente, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, refrendó la medida autorizando tanto la gestión directa como la gestión indirecta de los servicios y centros sanitarios y sociosanitarios, y abriendo así las puertas a cualquier forma de gestión y organización admitida en Derecho. El texto legal que se limita a un único artículo ampara la gestión de los centros sanitarios a través tanto de la constitución de cualquier entidad de naturaleza o titularidad pública admitida en Derecho (entre las que, en su Exposición de Motivos, se hace referencia expresa a las empresas públicas, consorcios y fundacio-

<sup>10</sup> Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud. Informe y Recomendaciones. Madrid, 1991.

nes), como de tales acuerdos, convenios o contratos con otras personas o entidades públicas o privadas.

No obstante, todas las experiencias de nuevas formas de gestión de la asistencia sanitaria pública se llevaron a cabo en instituciones de nueva creación, sin que ninguna Administración abordara la transformación de las instituciones preexistentes del Sistema Nacional de Salud, debido posiblemente a las dificultades que a tal fin plantearía su reconversión en diversos apartados, entre ellos el régimen estatutario del personal sanitario. Precisamente por ello, se crearon las fundaciones públicas sanitarias en el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que suponían una adaptación de las entidades públicas empresariales previstas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE) a las necesidades de las instituciones sanitarias públicas existentes, que así configuradas disponen de mayor flexibilidad en cuanto al régimen jurídico de su personal.

Este marco normativo de las formas de provisión de la asistencia sanitaria se cierra con el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de Nuevas Formas de Gestión del INSALUD, que desarrolla la Ley 15/1997 e incluye ya las fundaciones públicas sanitarias como formas de gestión de la asistencia sanitaria. En él se consagra que la autonomía de gestión con que se dota a las entidades, lo es sin merma del carácter de servicio público de la asistencia sanitaria, y debiendo garantizarse en todo momento el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud. De ahí, que se regule expresamente un sistema de garantías de carácter general y particular para asegurar el mantenimiento de la concepción integral de toda la red asistencial, garantizando la continuidad entre niveles y preservando el cumplimiento de los principios inspiradores del Sistema Nacional de Salud, tales como el de universalidad y equidad en el acceso, así como el que todos los centros, cualquiera que sea su forma de gestión, deban proporcionar la prestación de asistencia sanitaria en idénticos términos y con el mismo alcance establecido para todo el Sistema Nacional de Salud.<sup>11</sup>

11 Sobre el marco normativo de las formas de gestión sanitaria puede verse, entre otros, MUÑOZ MACHADO, S., “Los condicionantes normativos en la evolución de los modelos de gestión de los servicios sanitarios”, en *Actas del III Congreso Derecho y Salud*, Juristas de la Salud, Pamplona, 1994, y *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995; PAREJO ALFONSO, L., “Constitución, Sistema Nacional de Salud y formas de

## 2.2 Las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública.

Nuestro ordenamiento jurídico vigente permite, como hemos visto, que la acción prestacional pública sanitaria puede desarrollarse en gestión directa o en gestión indirecta. En la gestión directa la prestación de los servicios sanitarios se realiza por la Administración pública territorial, bien como tal y mediante su propia organización personificada, bien mediante entidades institucionales o instrumentales creadas a tal fin. En la gestión indirecta, la Administración pública atribuye la prestación del servicio público a una persona o entidad privada a través del correspondiente instrumento (convenios o contratos en sus diversas expresiones). Las figuras que permiten esa gestión directa o indirecta son variadas, como vamos a ver en la clasificación que sigue.<sup>12</sup>

### 2.2.1 Formas de gestión directa.

#### A) Gestión directa mediante organización propia sin personalidad jurídica.

La gestión de los servicios sanitarios públicos mediante organizaciones sin personalidad jurídica integradas en la propia Administración territorial fue una fórmula muy utilizada en épocas pasadas<sup>13</sup>, pero, en nuestros días, se ha convertido en una fórmula de gestión de carácter residual. Así, por ejemplo, man-

organización”, en PAREJO, L., LOBO, F., y VAQUER, M., (Coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001; PEMÁN GAVÍN, J., “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio)”, en VVAA, *Reforma y liberalización económica: los Decretos-leyes de junio de 1996*, Madrid, Civitas, 1996, y “Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?”, *REDA*, núm. 97, enero-marzo, 1998.

12 Un análisis más detallado de las formas de gestión de la asistencia sanitaria pública puede verse en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M., *El régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública. Sistema de Prestaciones y coordinación sanitaria*, Ed. COMARES, 2007, págs.141 a 158; MENÉNDEZ REXACH, A., “Formas jurídicas de gestión de las prestaciones sanitarias”, en PAREJO, L., LOBO, F. y VAQUER, M., (Coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 72; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, 2004, pág. 184; SÁNCHEZ-CARO, J., “Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la Sanidad Pública Española (la perspectiva del Instituto Nacional de Salud)”, en PAREJO, L., LOBO, F. y VAQUER, M., (Coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 145.

13 Fundamentalmente en el siglo XIX para la prestación de servicios de beneficencia y para la gestión de los servicios sanitarios dependientes de los municipios.



tienen esta forma los Laboratorios Provinciales de Salud Pública de la Junta de Andalucía y la Agencia andaluza de Evaluación de Tecnologías Sanitarias.

### B) Administración Instrumental.

Como es sabido, la LOFAGE al regular la Administración instrumental parte del concepto genérico de “organismos públicos”, entidades de derecho público creadas bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado para la realización de actividades de ejecución o gestión, tanto administrativas, de fomento o prestación, como de contenido económico, cuyas características justifiquen su organización o desarrollo en régimen de descentralización funcional, clasificándolos en Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y Agencias Estatales<sup>14</sup> (art. 43).

- Organismos Autónomos. Los organismos autónomos realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público. En este sentido, se les encomienda la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos, disponiendo para el ejercicio de estas funciones de ingresos propios y dotaciones a través de los Presupuestos Generales del Estado. En el sector sanitario, y en el ámbito de la Administración General del Estado, se configuran como organismos autónomos: a) La Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición; b) El Instituto de Salud Carlos III; c) El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), y d) El Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

- Entidades Públicas Empresariales. Las entidades públicas empresariales realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, el ejercicio de las potestades que tengan atribuidas, así como en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la LOFAGE, sus estatutos y la legislación presupuestaria. En el ámbito sanitario no existe en estos momentos ninguna entidad pública empresarial constituida para la realización de actividades de prestación de servicios sanitarios.

- Agencias Estatales. Las agencias estatales son entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. En el ámbito sanitario contamos con la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

Esta tipología de organismos públicos en el ámbito de la Administración General del Estado fue adaptada con algunas variaciones al ámbito de las Comunidades Autónomas, las que a la hora de regular sus entidades instrumentales siguieron, con carácter general, el modelo estatal. Así, debemos distinguir entre:

- Organismos Autónomos “de carácter administrativo”. Esta fórmula de gestión, aunque derogada por la LOFAGE, ha seguido vigente en las Comunidades Autónomas que adoptaron el viejo modelo inducido por la Ley General Presupuestaria de 1988. Son entidades de derecho público creadas por ley, con personalidad jurídica propia y patrimonio propio, que actúan en régimen de descentralización administrativa y que tienen como función la organización y administración de un servicio público, de los fondos que tiene adscritos y de actividades y bienes. Esta modalidad organizativa ha sido muy utilizada para la constitución de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, han sido organismos autónomos de carácter administrativo el Servicio Navarro de Salud; el Servicio Canario de Salud; el Servicio Andaluz de Salud; el Servicio Extremeño de Salud; el Servicio Aragonés de Salud; el Servicio Riojano de Salud, y el Servicio Gallego de Salud.

- Entes de Derecho público sujetos al Derecho privado. Entes “atípicos” son organizaciones con personalidad y organización jurídico-pública, pero que actúan en la gestión de sus recursos conforme al ordenamiento jurídico-privado. Esta fórmula organizativa también fue derogada por la LOFAGE, pero ha continuado vigente en aquellas Comunidades Autónomas que han regulado esta modalidad organizativa. En concreto, en el ámbito sanitario, se ha utilizado para la ordenación de los servicios sanitarios de algunas Comunidades Autónomas que crearon sus Servicios de Salud

<sup>14</sup> Figura introducida por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

bajo está formula (Cataluña, Asturias, Islas Baleares, Murcia, País Vasco y Madrid). Además, también ha sido utilizada como modelo organizativo para las unidades prestadoras de servicios sanitarios de cualquier nivel. De hecho, podemos afirmar que esta modalidad organizativa ha sido el modelo más usado en la gestión de servicios sanitarios, tanto para la prestación del servicio público como para el ejercicio de funciones de autoridad sanitaria.

Junto a los organismos públicos, debemos añadir al esquema de entes instrumentales en el ámbito sanitario las sociedades mercantiles y las fundaciones públicas sanitarias que pueden ser creadas tanto por la Administración General del Estado como por las Comunidades Autónomas. Así,

- Sociedad mercantil de titularidad mayoritariamente pública. Las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente pública son sociedades reguladas por el derecho mercantil, basadas en títulos representativos de capital cuya titularidad pertenece en proporción mayoritaria bien a una Administración pública territorial, un organismo autónomo, una entidad pública empresarial, o bien, a un ente de derecho público sujeto al Derecho privado. Se rigen por el Derecho privado, tanto en lo relativo a su organización como a su actividad. Ahora bien, su pertenencia al sector público determina la aplicación del Derecho administrativo en algunos aspectos de su régimen jurídico como la constitución y disolución, la fusión, transformación o escisión, la adquisición y enajenación de participaciones, la determinación de su objeto social y de la actividad social, etc. En el ámbito sanitario esta modalidad organizativa se encuentra regulada en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de nuevas formas de gestión del INSALUD, con la denominación de sociedades estatales.

- “Fundaciones públicas” sanitarias. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social incluye, dentro del Capítulo VIII que titula “Acción Administrativa en Materia de Sanidad”, un artículo –el 111–, en el que se crea una nueva forma jurídica de la organización sanitaria pública: la “fundación pública sanitaria”. Esta nueva modalidad podría vincularse, a la vista de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, a las posibles “entidades de naturaleza o titularidad pú-

blica admitidas en Derecho”, pero se incluye ya de manera definitiva entre las nuevas formas de gestión reguladas por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, de nuevas formas de gestión del INSALUD. Las fundaciones públicas sanitarias, aunque comparten la misma denominación, son un modelo totalmente distinto a las fundaciones creadas por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones.<sup>15</sup> Se trata de organismos públicos, dotados de personalidad jurídica propia y que se regulan por la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, por el artículo 111 de la Ley 50/1998, en lo que se refiere al ámbito del INSALUD, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales. No obstante, aunque con sometimiento a las normas anteriores, las fundaciones públicas sanitarias se regirán por las disposiciones del Real Decreto 29/2000, de nuevas formas de gestión del INSALUD.<sup>16</sup>

En cualquier caso, debemos señalar que en los últimos tiempos hemos asistido a un doble proceso en lo que a las entidades del sector público se refiere. Por un lado, se ha llevado a cabo una de adaptación de las entidades del sector público autonómico al modelo estatal vigente, y en particular, se ha generalizado la adaptación de los organismos autónomos de carácter administrativo y entes de Derecho público a entidades públicas con forma de agencias. Así, la mayoría de las normas reguladoras de la organización y funcionamiento de las Administraciones autonómicas han creado las agencias como entidad instrumental.<sup>17</sup> Pero, al mismo tiempo, y por otro lado, se ha iniciado un proceso de reorganización del sector público empresarial y fundacional, bajo los principios constitucionales de eficiencia, economía y estabilidad presupuestaria, con la finalidad de con-

15 Modificada por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

16 Sobre las fundaciones públicas sanitarias, véase GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria», *XIII Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2000; VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones Públicas Sanitarias y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

17 Entre otras, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público de Galicia; Cataluña; Valencia; la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

seguir un sector público empresarial más racional y simplificado mediante la reducción significativa de entidades públicas en el actual contexto de austeridad y necesidad de control del gasto público<sup>18</sup>. Reordenación del sector público ésta que, como no podía ser de otra forma, también ha tenido reflejo en el ámbito sanitario.

### C) Otras formas de gestión directa.

Hemos optado por incluir la figura de los consorcios y la de las fundaciones privadas creadas por entidad pública dentro de la gestión directa, aunque sin englobarlas en la Administración instrumental. En el caso de los consorcios por entender que, por su sustrato asociativo, más bien podría significarse como una manifestación de la llamada Administración corporativa. En el de las fundaciones privadas creadas por entidad pública, porque, a pesar de no considerarlas como entidades públicas, ni tampoco como Administración, pues tienen naturaleza jurídica privada, las incluimos dentro de la gestión directa porque al cabo son, como tales organizaciones, expresión “directa” de la voluntad organizativa para el logro de su propio “munus” por parte de la Administración territorial competente.

a) Consorcios sanitarios. Los consorcios son entidades dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio, creadas por varias Administraciones Públicas (de naturaleza territorial o institucional), para la realización de fines de interés común, que normalmente se concretan en la gestión de servicios, de bienes o de obras que entran en la competencia de los diversos entes públicos que integran el consorcio.

Los consorcios en el ámbito sanitario se regulan por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD. En él se establece que tendrán la consideración de consorcios las organizaciones comunes, dotadas de personalidad

jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, que se constituyan a consecuencia de convenios cuyo objeto sea la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria, que celebre el INSALUD con las Comunidades Autónomas, la Administración Local, las entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas, o con todas ellas conjuntamente (art. 46). Los consorcios se rigen por el convenio regulador y por sus estatutos, en los que se definen los fines para los que se crea, su organización y funcionamiento, así como su régimen financiero.

b) Fundaciones privadas creadas por entidad pública. La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones (modificada por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), define las fundaciones como organizaciones dotadas de personalidad jurídica y constituidas sin ánimo de lucro por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado su patrimonio a la realización de fines de interés general.

En el ámbito sanitario, la posibilidad de gestionar los centros sanitarios mediante la constitución de fundaciones se recogía ya en el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, que además admitía la gestión de centros sanitarios no sólo a través de fundaciones, sino “mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho”. A su amparo se crearon, por ejemplo, la Fundación Hospital de Manacor (Mallorca) y la Fundación Hospital de Alcorcón (Madrid), publicándose el 6 de febrero de 1997 en el BOE los estatutos de ambas fundaciones privadas.

Posteriormente, el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, vuelve a contemplarlas entre las nuevas formas de gestión (art. 38). Así, se recogen, entre las que denomina nuevas formas de gestión, las fundaciones al amparo de la Ley 30/1994, los consorcios, las sociedades estatales y las fundaciones públicas sanitarias, aunque admite la gestión y administración de centros, servicios y establecimientos sanitarios “mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público”. Por tanto, al establecer un régimen mayoritariamente común para todas ellas se equipara las fundaciones con las empresas públicas y con los consorcios.

---

<sup>18</sup> Véase la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el Plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, publicada en el BOE nº 72, de 24 de marzo de 2012. Y en el mismo sentido, por ejemplo, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía; Ley 11/2011, de 29 de diciembre, de reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa de Cataluña; Ley 14/2012, de 27 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de reordenación del sector público regional de Murcia; Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para la Comunidad Autónoma de Madrid; Decreto-ley 7/2012, de 19 de octubre, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Comunidad Valenciana.

En todo caso, queremos señalar que el régimen jurídico de las fundaciones en el ámbito sanitario plantea algunas cuestiones no exentas de interés, sobre todo en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, ya que la Ley de Fundaciones las regula como una creación del fundador, una dotación económica organizada con un fin que cumplir, con un órgano –patronato- encargado de hacer cumplir ese fin mediante la gestión de la dotación y al que un órgano externo –el protectorado- controla para que se cumpla la voluntad del fundador. En cambio, estas características de la fundación no se aprecian en la regulación que de la misma realiza la normativa sanitaria. En ella, la fundación se aproxima a la Administración instrumental como una entidad de naturaleza o titularidad pública, manteniendo una constante presencia del fundador durante la vida de la fundación, con sometimiento a algunos principios rectores de la contratación administrativa (publicidad y concurrencia), con órganos de control externo paralelos al protectorado y radicados en entes de la Administración fundadora (matriz), etc.

### 2.2.2 Gestión indirecta: convenios, conciertos y concesiones sanitarias.

La gestión indirecta de los servicios públicos se produce cuando, como dijimos, la Administración pública vincula, a través de un contrato, convenio o concierto, la prestación del servicio público a un ente privado. En el ámbito sanitario, la Ley General de Sanidad establece como principio general la gestión directa de los servicios sanitarios públicos, sin perjuicio de que la colaboración de los centros privados se instrumente a través de modalidades de gestión indirecta como los convenios de vinculación y los conciertos sanitarios. La gestión directa es así un criterio general de gestión, compatible, no obstante, con la colaboración de los establecimientos de titularidad privada. En este caso, los centros privados colaboran en la prestación de unos servicios que son de titularidad (y responsabilidad) de los poderes públicos competentes.

La diferencia fundamental entre los modelos clásicos de la Administración instrumental que hemos analizado y la gestión indirecta es que en ésta no existe una relación de instrumentalidad como la que existe entre la Administración matriz y el ente creado. La vinculación con el sistema sanitario público se realiza a través de las modalidades de gestión indirecta (conciertos –art. 90 LGS-, convenios –arts. 66 y 67 LGS-, concesiones u otras modalidades del

contrato de gestión de servicios públicos –art. 277 TRLCSP<sup>19</sup>-).

Las formas de gestión indirecta a través de convenios y conciertos sanitarios se caracterizan por la vinculación al Sistema Nacional de Salud de servicios y prestaciones sanitarias de carácter privado. No obstante, el convenio sanitario supone la plena integración del establecimiento privado en la red hospitalaria pública, quedando vinculados todos los servicios del establecimiento y sometido a un régimen sustancialmente idéntico al de los centros públicos. Por el contrario, el concierto sanitario supone una vinculación más difusa, limitada a determinadas prestaciones de las que realiza el centro privado, con lo que éste puede prestar servicios no incluidos en el concierto.

La concesión, por su parte, es una modalidad de gestión de un servicio público, en la que la Administración ostenta la titularidad del servicio, y mediante una regulación contractual de las condiciones, entrega su prestación y el contenido económico correspondiente a un particular o empresa privada, que asume la gestión y riesgo, obligándose frente a la Administración a responder de la marcha regular del servicio público, a mantener en buen estado los bienes que explota, a admitir el goce del servicio a todo aquel que cumpla los requisitos, a la restitución de los bienes si la concesión caduca o se extingue y en su caso, al pago a la Administración de un canon. El concesionario, por su parte, percibe a cambio las tasas, tarifas o precios fijados por la utilización del servicio público.<sup>20</sup>

La utilización de este modelo en el ámbito sanitario se inicia en el año 1996 con el Hospital La Ribera en Alcira (Valencia) cuya construcción y posterior explotación se gestiona a través de una concesión administrativa. No obstante, en ella existe un elemento que desvirtúa el modelo tradicional de concesión, pues, el concesionario no percibe las tasas fijadas a cambio de la prestación del servicio de los particulares, sino que éstas son sufragadas por la Consejería de Sanidad mediante una cantidad fija y preestable-

19 Aprobado por 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.

20 Sobre la concesión sanitaria, véase LARIOS RISCO, D. y LOMAS HERNÁNDEZ, V., “Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias”, *Derecho y Salud*, vol. 15, núm. 2, 2007; VILLAR ROJAS, F. J., “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007.



cida por cada usuario (sistema de contraprestación que se aproxima al modelo de concierto sanitario y al contrato de concesión de obra pública). Algunas fórmulas de colaboración público-privada similares se fueron implantando con posterioridad en otras Comunidades Autónomas como Madrid, Cataluña, Isla Baleares, Asturias o Castilla y León, pero con un carácter residual dentro de la gestión de la asistencia sanitaria pública en España.

Sin embargo, ante situaciones de crisis económica como la actual, parece que estas formas de gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública se convierten en instrumentos eficaces para racionalizar el gasto público y reducir el déficit financiero sin merma del Estado del Bienestar. Prueba de ello es, por ejemplo, la iniciativa de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha de que ocho hospitales de dicha Comunidad se gestionen por empresas privadas. En concreto, los hospitales de Manzanares, Tomelloso, Villarobledo y Almansa, mientras que los hospitales en construcción de Toledo, Cuenca, Albacete y Guadalajara serán construidos y gestionados por el sector privado a cambio de una contraprestación económica durante 30 años. La Comunidad Autónoma de Galicia, por su parte, ha anunciado también la implantación de un modelo de gestión privada de los servicios de radiología y de alta tecnología de los hospitales gallegos. Y, en el mismo sentido, el proceso iniciado en la Comunidad Autónoma de Madrid con la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, en cuyo artículo 62 se habilita al Servicio Madrileño de Salud para adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo, que garantizarán los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios, asignándose las funciones de vigilancia, seguimiento y control de la ejecución de los nuevos contratos a la unidad técnica de control de los servicios de explotación de las obras públicas de los citados hospitales, creada por Orden 2073/2007, de 12 de septiembre, de la Consejería de Sanidad.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> En coherencia con esta medida, el art. 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, ha modificado el artículo 88 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, que ha quedado redactado de la siguiente forma:

*“Artículo 88. Organización y gestión*

*1. Los centros y establecimientos que integran el Servicio Madrileño de Salud se podrán configurar como instituciones sanitarias del citado ente sin personalidad jurídica propia, o bien como entidades sanitarias dependientes del mismo, de titularidad pública y con personalidad jurídica*

En estos momentos continúa pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884/2013 interpuesto 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, y con respecto al recurso contencioso administrativo interpuesto contra 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”, señalar que por Auto de 11 de septiembre de 2013 de la Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha acordado la suspensión cautelar de la citada resolución administrativa.

---

*propia. En este caso, las mismas podrán adoptar cualquiera de las figuras organizativas previstas en el ordenamiento jurídico y su creación se realizará mediante Decreto del Consejo de Gobierno.*

*2. Cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño.*

*Establecida la preferencia, en caso de que la gestión de los centros no se asigne a cualquiera de las sociedades de profesionales creadas al efecto, podrán concurrir para su gestión el resto de personas físicas o jurídicas legalmente constituidas.*

*3. El Consejo de Gobierno mediante decreto, determinará los requisitos necesarios para acreditar las sociedades profesionales a que se refiere el apartado anterior.*

*4. El Consejo de Gobierno mediante decreto podrá definir el estatuto jurídico que dé cobertura a la autonomía económica, financiera y de gestión de los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud.*

*5. Los centros y establecimientos que integran el Servicio Madrileño de Salud deberán contar con un sistema integral de gestión que permita de acuerdo con su planificación estratégica, implantar técnicas de dirección por objetivos, sistemas de control de gestión orientados a los resultados y sistemas de estándares de servicios, delimitar claramente las responsabilidades de dirección y gestión, y establecer un adecuado control en la evaluación de los diferentes parámetros que influyen en los costes y la calidad de la asistencia.*

*6. De acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, los centros y establecimientos deberán confeccionar y remitir al Servicio Madrileño de Salud periódicamente, cuanta información sanitaria y económica le sea requerida”.*

En este orden de cosas, es preciso señalar que la concesión de servicios es una técnica mediante la que la Administración suple su carencia de recursos, recurriendo a la iniciativa privada, que con su capital y esfuerzo, ofrece las prestaciones estipuladas, ateniéndose a la regulación del servicio establecida por aquélla y percibiendo de los usuarios unos ingresos por la utilización del servicio que le permiten recuperar la inversión realizada, sufragar los costes de explotación y obtener un razonable beneficio empresarial<sup>22</sup>. Pero cuando el concesionario asume además de la explotación del servicio la construcción de la obra, nos encontramos ante una concesión de obra pública<sup>23</sup>. Además, existe también el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (en adelante, CPP) en el que una Administración Pública encarga a una entidad privada la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; y d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.<sup>24</sup>

Lo característicos de estas tres figuras contractuales es que en la concesión de servicios y en la de obra pública la Administración no tiene que hacer desembolso alguno para sufragar el coste del servicio, porque dicho coste se repercute vía tarifas y precios sobre los usuarios. En cambio, en el contrato de CPP la remuneración no consiste en cánones abonados por los usuarios, sino que éstos se sustituyen por pagos periódicos de la Administración contratante.

22 Art. 8 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.

23 Art. 7 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.

24 Art. 11 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.

En el ámbito sanitario, entendemos que se ha producido un abuso de los elementos típicos de la concesión de servicios y de obras al contemplar una contraprestación económica a cargo de la Administración para evitar el abono del coste por los usuarios. Sin embargo, con la regulación actual del contrato de CPP como contrato nominado, será más difícil forzar la estructura de otros contratos típicos como el de gestión de servicios públicos o la concesión de obra pública para incluir cláusulas que solo caben en un contrato de CPP, particularmente las relativas a los riesgos y a la contraprestación a cargo de la Administración. Teniendo en cuenta, además, que para que pueda celebrarse un contrato de CPP tiene que darse un requisito negativo pues hay que acreditar que no existen fórmulas alternativas para satisfacer las necesidades de la Administración dentro de los contratos típicos tradicionales. Esta condición debería operar como importante limitación a la utilización indiscriminada de estos contratos, reservados para objetos de gran envergadura y complejidad.

### 3. LUCES Y SOMBRAS DE LA GESTIÓN INDIRECTA DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA

Es cierto que estamos asistiendo en los últimos tiempos a una utilización generalizada por los poderes públicos de formas de gestión indirecta, sobre todo, a través de concesiones sanitarias, para la gestión de la asistencia sanitaria pública y que ello ha puesto sobre la mesa el debate sobre la privatización de la sanidad. En este contexto, es preciso destacar que desde el punto de vista jurídico el término “privatización” puede tener un triple significado: a) atribución al sector privado de tareas o funciones que eran competencia y responsabilidad pública (privatización material); b) gestión (indirecta) de tareas o funciones públicas a través de empresarios privados, en virtud de contratos (privatización funcional); y c) ejercicio de tareas o funciones públicas en régimen de derecho privado a través de organismos y entidades (entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas y fundaciones públicas), que actúan sometidas en todo o en parte a ese sector del ordenamiento jurídico (privatización formal).<sup>25</sup>

25 Sobre el concepto «privatización» en ámbito sanitario véase, entre otros, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria”, *XIII Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2000; MENÉNDEZ REXACH, A., “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista Administración Sanitaria*, 2008; 6 (2); VAQUER CABALLERÍA, M.,

En el primer caso, la privatización ha afectado a tareas o funciones que antes eran de competencia pública y que han dejado de serlo para convertirse en actividades privadas a desarrollar en régimen de libre competencia (telecomunicaciones, energía eléctrica, hidrocarburos, etc.), por exigencias del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. A este proceso se le ha denominado también “liberalización” de actividades antes configuradas como “servicios públicos”<sup>26</sup>. No obstante, la liberalización no implica desregulación de dichas actividades, más bien al contrario, pues están sometidas a una regulación por la Administración pública competente para evitar abusos y garantizar la consecución de los objetivos de interés general a que están subordinadas.

En los otros dos supuestos la actividad sigue siendo de titularidad pública pero en el caso de la privatización formal a través de entidades sometidas al derecho privado estamos ante una gestión directa de la actividad o del servicio público por la Administración pública titular, mientras que en la privatización funcional dicha actividad o servicio público se gestiona a través de sujetos privados.

Pues bien, sólo en el primer supuesto la actividad se “privatiza” realmente, en el sentido de que deja de ser de titularidad y responsabilidad de los poderes públicos, sin perjuicio de que esté (más o menos) regulada. En cambio, en la gestión directa e indirecta de funciones y actividades no existe tal privatización pues la Administración pública sigue siendo la titular y responsable de la prestación del servicio. En lo que

al ámbito sanitario se refiere, nuestro ordenamiento jurídico permite, como hemos visto, el recurso a fórmulas de gestión tanto directas como indirectas en la prestación de la asistencia sanitaria pública, no siendo posible, por el contrario, una privatización de la misma –en el sentido de una liberalización de la actividad– al quedar la sanidad configurada en el art. 43 de la CE como un derecho del ciudadano cuya protección y tutela a través de las prestaciones y servicios necesarios es obligación de los poderes públicos.

Dicho esto, es cierto que el debate se plantea en torno a la gestión indirecta del servicio público de la sanidad a través de empresas privadas, ligadas a la Administración responsable de esa actividad en virtud de un contrato administrativo, normalmente una concesión de servicio público. Y ello, ante la posible inconstitucionalidad de la generalización de la figura de concesión a empresas privadas de centros sanitarios (hospitales y centros de salud), ya que se vulneraría la propia configuración del derecho a la protección de la salud recogido en el art. 43 de la CE, así como la organización del sistema sanitario público a través del Sistema Nacional de Salud, entendido éste como el conjunto de estructuras y servicios públicos al servicio de la salud, en suma como el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la Ley General de Sanidad (art. 44).

No obstante, es preciso destacar que el derecho a la protección de la salud en su reconocimiento por la CE, a pesar de la expresión que ésta utiliza, y dada su ubicación sistemática, no es un auténtico derecho subjetivo de naturaleza fundamental, sino un derecho de configuración legal. Así hay que deducirlo a la vista de la ubicación del mismo dentro de los “principios rectores”, y del propio artículo 43.2 CE que específicamente consagra el derecho a la salud precisando expresamente que “*la ley establecerá los derechos y deberes al respecto*”. Será, pues, el legislador ordinario el que concrete –delimitándolo– el derecho a la salud proclamado por la CE, y consecuentemente, también las medidas y prestaciones que, para garantizarlo, deben proporcionar los poderes públicos.

Ahora bien, esta conclusión –coherente desde el punto de vista lógico-sistemático y mayoritaria en la doctrina<sup>27</sup>–, si no se matiza oportunamente, resultaría

*Fundaciones Públicas Sanitarias y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

26 Sobre la evolución del concepto de servicio público puede verse, entre otros, ARINO ORTIZ, G., “Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)”, en la obra *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, 3 vols., Edt. Complutense, Madrid, 1992, pág. 1330; GARRIDO FALLA, F., “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, en *REDA*, núm.29, 1981 y “El concepto de servicio público en Derecho español”, *RAP*, núm.135, 1994; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Revista Justicia Administrativa*, núm.18, 2003; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, núm.150, 1999; MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre la nueva Administración económica”, en la obra dirigida por MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L Y GONZÁLEZ SEARA, L., *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid, 2000, págs. 449 y ss; SOUVIRON MORENILLA, J.M., *La actividad de la Administración y el servicio público*, Ed. Comares, Granada, 1998.

27 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica”, en la obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, dirigida por PREDIERI



ciertamente frustrante, si concluyéramos que con ello el legislador, sin vinculación alguna por la previsión constitucional, goza de absoluta libertad para definir dicho derecho, e incluso para hacerlo o no. Por ello, debemos preguntarnos si, al margen de que el derecho a la protección de la salud –como un “principio”– deba “informar” la legislación positiva (art. 53.3 CE), su reconocimiento en el artículo 43 CE supone algo más que el reenvío de éste al legislador ordinario, lo que pasamos a exponer a continuación.

### 3.1 El alcance del derecho a la salud constitucionalmente reconocido y su forma de prestación

Para una mejor comprensión del alcance del derecho constitucional a la protección de la salud, resulta oportuno determinar con carácter previo el valor técnico-jurídico de los conceptos “derechos” y “principios” que se recogen en los distintos Capítulos del Título I de la CE, y ello porque, como hemos visto, no siempre que el legislador constitucional utiliza el término “derecho individual” está haciendo referencia a un derecho subjetivo “strictu sensu”.

En efecto, la CE establece una gradación de los derechos por ella reconocidos en función de su protección constitucional (art. 53 CE). Así, en la cúspide de esa escala se encuentran los derechos reconocidos como derechos fundamentales de la persona (Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE) y que gozan de la máxima protección constitucional, pues vinculan a todos los poderes públicos; sólo por ley, que, además, en todo caso debe respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades; y serán directamente invocables ante el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios (art. 53.1 CE). Se trata por ello, podríamos decir, de derechos con alcance “inmediato”.

Junto a éstos la Constitución proclama otros derechos como los derechos sociales y económicos recogidos en el Capítulo III del Título I de la CE bajo la rúbrica de los “principios rectores” y que precisamente por esta ubicación necesitan del legislador ordinario para su determinación, y gozan de una protección constitucional más debilitada (tan sólo la de que su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y que podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria aunque sólo

de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, art. 53.3 CE). Son por ello derechos “mediatos”, al requerir en todo caso la intermediación del legislador para encontrar su expresión definida y su virtualidad como derechos.

A este último grupo pertenece el derecho a la protección de la salud, precisando, pues, como tal de concreción por el legislador. Ahora bien, entendemos que de otras previsiones de la Constitución concomitantes puede concluirse que el legislador no es libre para regular o no el derecho o para configurarlo legalmente sin más a su arbitrio.

Para empezar, puede decirse que la concreción legal del derecho a la salud resulta obligada para el legislador como consecuencia del expreso artículo 43.2 (“Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública”). Existe así un mandato que el legislador debe cumplir, aunque éste pudiera tener en principio libertad en cuanto al contenido del derecho y modo de satisfacerlo. Pero es que, además, tal y como el derecho a la salud se reconoce en la CE, podemos acotar algunas dimensiones constitucionalmente prefijadas que vincularían al legislador que lo desarrolle.

En primer lugar, el derecho a la salud es un derecho del sujeto a prestaciones sanitarias a satisfacer –con mayor o menor densidad– mediante la actividad de los poderes públicos, y ello en un doble plano: el preventivo y el efectivamente asistencial (“a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” dice el art. 43.2 CE in fine). En segundo lugar, el carácter universal e igualitario del derecho a la salud (por la conexión del art. 43 con otros preceptos de la CE: arts. 9.2, 14 y 149.1.1ª CE), lo que significa que la simple condición de ciudadano es cualidad suficiente para ser beneficiario de las prestaciones sanitarias. En tercer lugar, la garantía constitucional de un mínimo asistencial en la determinación de las prestaciones sanitarias, que deriva del propio artículo 43.2 cuando contempla “*las prestaciones y servicios necesarios*”. Determinación ésta que obliga al legislador y las Administraciones públicas a proporcionar un nivel tal de prestaciones y servicios que asegure de forma suficiente y haga efectivamente reconocible el derecho a la asistencia sanitaria. Nivel de suficiencia que ha de entenderse en un sentido dinámico, es decir, el mínimo asistencial garantizado estará constituido por las prestaciones que en cada momento se considere indispensable para la protección de la salud, un mínimo básico sin el cual no tendría sentido siquiera hablar de protección de la salud.

y GARCÍA DE ENTERRÍA. Ed. Civitas, Madrid, 1981; GARRIDO FALLA, M., *Comentarios a la Constitución*. 2ª edición ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 1985.



La consecuencia más significativa de estas dimensiones del derecho a la salud reconocidas constitucionalmente es que el desconocimiento de las mismas por la ley que en concreto regulara dicho derecho, podría fundamentar la declaración de su inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Con lo que tales dimensiones vienen al cabo a definir una suerte de “contenido esencial”, cierto que distinto del de los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE, y sin la garantía funcional de que para su defensa específicamente recoge el artículo 53 CE (recurso de amparo), pero no menos justificado en su articulación conceptual, vista la estrecha conexión entre el derecho a la salud y el derecho más importante de los derechos fundamentales, el derecho a la vida y la integridad física.

Ahora bien, dicho esto, y al margen de las previsiones de la CE expuestas, no existen determinaciones constitucionales que puedan condicionar al legislador en su potestad de configuración del derecho a la salud y de organizar, en su caso, el servicio sanitario público. Ni sobre las concretas fórmulas organizativas (prestaciones directas, a través de conciertos con entidades privadas, pago a los profesionales sanitarios por sueldo, en función del número de personas a las que atienden o por cada acto médico, etc.), ni sobre las fórmulas de financiación (sistema de seguro obligatorio con financiación contributiva o sistema de servicio nacional financiado a través de impuestos generales o con utilización, en algunos casos, de tarifas a cargo del usuario por cada prestación), etc. Salvo quizá –eso sí– la necesaria construcción de la protección de la salud como un verdadero sistema, es decir, como una organización sanitaria integrada basada en la unidad, armonía, coherencia y coordinación.

Pues bien, con estas premisas, el legislador ordinario al concretar el derecho a la protección de la salud en la Ley General de Sanidad ha establecido que su prestación se hace efectiva con la organización del servicio público sanitario a través del Sistema Nacional de Salud, integrado por “*todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud*” (art. 44.1 LGS) y por “*todos los recursos sanitarios públicos*” (art. 46 c) LGS). Integración de estructuras y servicios públicos sanitarios que se produce bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas, ya que según artículo 52.2 LGS: “*La ordenación territorial de los servicios será competencia de las Comunidades Autónomas y se basará en la aplicación de un concepto integrado de la atención a la salud*”, y con el reconocimiento al Estado de poderes normativos

básicos y de la correspondiente coordinación y planificación sanitaria como instrumentos de reconducción a la unidad del sistema sanitario a nivel de todo el conjunto estatal<sup>28</sup>.

Por tanto, en el Sistema Nacional de Salud se integran “*todas las funciones y prestaciones sanitarias que (...) son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud*” (art. 45). De ahí que, esta organización pública sanitaria se materialice mediante la gestión directa de los servicios, sin perjuicio de la colaboración de los centros privados a través de modalidades de gestión indirecta. En este marco, los centros privados colaboran en la prestación de unos servicios que son de titularidad y responsabilidad de los poderes públicos competentes. En consecuencia, la gestión indirecta se limita a la prestación sanitaria a través de medios privados, pues, la misma no tiene sentido en los centros y establecimientos sanitarios de titularidad pública, porque al tratarse de medios con los que ya cuenta la Administración, no necesita recurrir a los propios de los agentes privados.<sup>29</sup>

Ahora bien, como la gestión de las prestaciones sanitarias no implica, en sí misma, ejercicio de la autoridad de los poderes públicos, son admisibles, en principio, las fórmulas de gestión indirecta. No obstante, como la gestión indirecta atiende preferentemente al contenido económico del servicio, parece que deberían descartarse las modalidades de gestión indirecta que ponen el acento en el beneficio del gestor privado (concesión, gestión interesada y sociedad mercantil con participación pública minoritaria) y retener preferentemente aquéllas que excluyen el ánimo de lucro en la actuación de aquél, como el convenio y el concierto, según el criterio establecido por la Ley General de Sanidad en los artículos 67 y 90. Sin embargo, la regulación de las nuevas formas de gestión en el ámbito sanitario establecidas por el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio; la Ley 15/1997, de 25 de abril, de Habilitación de Nuevas Normas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, y el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, han permitido otras modalidades de gestión indirecta mediante acuerdos,

28 La Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad no puede ser más descriptiva al respecto: “*Los servicios sanitarios se concentran, pues, bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas y bajo los poderes de dirección, en lo básico, y la coordinación del Estado*”.

29 Véase MENÉNDEZ REXACH, A. “Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el derecho administrativo”, Asociación española de derecho sanitario, *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 1997.

convenios o contratos con otras personas o entidades, públicas o privadas, dónde, sin duda, tiene cabida la concesión de servicios sanitarios.

### 3.2 Límites a la gestión indirecta de los servicios sanitarios.

Llegados a este punto, y analizada la viabilidad jurídica de las modalidades de gestión indirecta, entre las que se encuentra la concesión sanitaria, retomamos lo que era nuestro planteamiento inicial: la posible inconstitucionalidad de la generalización de la figura de concesión a empresas privadas de centros sanitarios (hospitales y centros de salud), pues parece que la utilización de formas de gestión indirecta para la prestación de servicios sanitarios está permitida siempre que su uso sea de carácter excepcional y se mantenga como principio general la gestión directa de los servicios sanitarios. Así lo mantiene la doctrina más autorizada, entre los que destaca MENÉNDEZ REXACH que afirma que *“parece razonable sostener que la efectividad de los mandatos constitucionales relativos a la protección de la salud y al mantenimiento obligatorio de un sistema público de seguridad social implica la existencia de una red de establecimientos de titularidad pública que deben ser gestionados directamente (con o sin atribución de personalidad jurídica propia), sin perjuicio de la colaboración de los centros privados, fundamentalmente mediante fórmulas de concertación. También es admisible la concesión y alguna otra fórmula análoga, como el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado, previsto en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Pero éstas deben ser excepciones a la regla de la gestión directa, y por ello necesitadas de justificación concreta, sin que sea suficiente la genérica previsión legal de su admisibilidad”*.<sup>30</sup>

No obstante, los Tribunales de Justicia amparados en la doctrina del Tribunal Constitucional han venido a respaldar sin reservar la utilización de las concesiones sanitarias como modelo de gestión. En efecto, El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la sentencia 1925/2000 dictada con motivo de la impugnación de la concesión sanitaria adjudicada para la construcción y explotación del hospital de la Ribera de Alzira en la Comunidad valenciana, concluye que no existe reparo legal que

se oponga a la gestión indirecta del servicio sanitario en virtud de una concesión. En concreto, el tribunal sintetiza sus afirmaciones en el fundamento jurídico 8º: *“a) Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 37/1994, el art. 43 de la Constitución recoge la prestación del servicio de salud como un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema (...) el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada; b) No se aprecia que se haya vulnerado ninguno de los preceptos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en el régimen de elección de la empresa concesionaria; c) Tanto el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas Formas de Gestión del Insalud y la Ley 15/1997 de Habilitación de nuevas Formas Gestión Sistema Nacional de Salud, permiten tanto la gestión directa en la prestación del servicio de salud como la gestión indirecta y, dentro de esta última, la prestación del servicio sanitario a través de una empresa privada concesionaria. d) El hecho de que el Centro de Especialidades de Alzira y Sueca sean gestionados por la concesionaria es consecuencia del nuevo sistema de gestión indirecta del área de salud núm. 10 que, con las reglas establecidas en el pliego de condiciones de explotación, respeta íntegramente los derechos del personal sanitario estatutario de la Conselleria de Sanidad, cuyo trabajo se proyecta al Servicio Nacional de Salud y, en definitiva, a las prestaciones sanitarias de los ciudadanos”*.

Esta sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que se pronunció al respecto a través de la STS de 20 de diciembre de 2005. En ella el Alto Tribunal señala que *“bastaría aquí con reproducir las valoraciones de la sentencia recurrida que han dado adecuada respuesta a las argumentaciones que hace el recurrente y que en buena medida son reproducción de las formuladas ante el tribunal de instancia”*. Pero añade alguna argumentación más que podría sintetizarse en el sentido de que *“los artículos 41 y 43 de la Constitución no imponen la gestión pública directa y exclusiva del sistema de salud, cual parece pretender el recurrente, como así además lo ha declarado el Tribunal Constitucional al decir en sentencia núm. 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 cuestio-*

<sup>30</sup> MENÉNDEZ REXACH, A., “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista Administración Sanitaria*, 2008; 6 (2), pág. 295.

nado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”. Además, “de que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...), ya regula la concesión administrativa como forma de gestión indirecta de los servicios públicos, es lo cierto, que el Real Decreto Ley 10/96 y la Ley 15/97, con el indicativo y clarificador título, sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, ya se ocupan, ampliando los términos de la Ley General de Sanidad, de la posibilidad de gestión directa, o indirecta, y además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios contratos con personas o entidades públicas o privadas, por todo lo que no se puede aceptar la alegación de que ese nuevo sistema de gestión del Sistema Nacional de Salud carezca de cobertura legal, como se aduce, pues la tiene y en base a Ley posterior a la de Sanidad y a la de la Seguridad Social”.

Ambas sentencias, como hemos visto, se apoyan en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1994, de 10 de febrero, en la que se plantea la inconstitucionalidad del art. 129.1 L.G.S.S. al «privatizar» (por utilizar la expresión de las propias resoluciones que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad) el régimen de la prestación por invalidez laboral transitoria al desplazar sobre un sujeto privado la obligación de pagar, aunque sólo sea por una parte de su duración una prestación de Seguridad Social. Entienden los órganos judiciales proponentes que no es legítimo este traslado de responsabilidad, incondicionado y asumido por el empresario, argumentando su afirmación con referencias al enunciado del arto 41 C.E. -que impone a los «poderes públicos» la obligación de «mantener» un «régimen público» de Seguridad Social-. Pues bien, fundamenta el Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico 3º que “Son ya numerosas las ocasiones en que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de las obligaciones impuestas a los poderes públicos por el art. 41 C.E. Desde el punto de vista que ahora interesa importa destacar las siguientes afirmaciones: a) La Constitución ha recogido y consagrado en su arto 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como «una función del Estado», rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1983, fundamento jurídico 3.º; 65/1987, fundamento jurídico 17, entre otras); b) El art. 41 C.E. impone a los poderes públicos la obligación de establecer -o mantener- un

sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador» (STC 32/1981, fundamento jurídico 3.º), de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 26/1987, fundamento jurídico 4.º. y 76/1988, fundamento jurídico 4.º); c) Salvada esta indisponible limitación el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (SSTC 65/1987, fundamento jurídico 17, entre otras)”.

Afirmando seguidamente en el fundamento jurídico 4º que “La garantía institucional del sistema de Seguridad Social en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema. Ahora bien este rasgo debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación centrándola en aspectos concretos de éste desvinculados del conjunto al que pertenecen; sin cerrar la interpretación de ciertos conceptos de relevancia constitucional ni tampoco haciéndoles encajar indebidamente en los moldes que en un determinado momento proporciona la ley ordinaria, tratando de descartar que pueda haber otros posibles. Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen. Desde esta perspectiva, el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél”.

Como puede observarse, el Tribunal Constitucional si que matiza, a diferencia del Tribunal Supremo, que la gestión debe ser pública y así deberá visualizarse por la sociedad sin que puedan quedar cuestionados los rasgos estructurales e institucionales del sistema público de gestión. Además, las fórmulas de



gestión privada deben ser de escasa relevancia en el conjunto del sistema. Por tanto, podemos afirmar que una generalización tal de la utilización de modelos de gestión indirecta que haga invisible la estructura pública del sistema sanitario sería a todas luces inconstitucional. En primer lugar, por vulnerar el derecho a la protección de la salud recogido en el art. 43 de la CE, así como por conculcar el ejercicio de la competencia estatal exclusiva de regulación básica y coordinación general sanitaria recogida en el art. 149.1.16ª CE, ya que dicha generalización en el ámbito de una Comunidad Autónoma –a lo que parece que tiende el modelo valenciano y madrileño– rompería la concepción integral del Sistema Nacional de Salud y quebraría los principios básicos del sistema de universalidad, igualdad, gratuidad y financiación pública. Y ello incluso ante la reestructuración del Sistema Nacional de Salud a la que hemos asistido con el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que ha vuelto a introducir el concepto de aseguramiento para reconocer el derecho a la asistencia sanitaria, lo que implica que la misma se garantiza a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado<sup>31</sup>, a la vez que ha modulado la financiación pública de la cartera de servicios, de tal forma que la cartera básica continúa financiándose públicamente, mientras que la cartera de servicios suplementaria y accesorias quedan sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario.<sup>32</sup>

Parece, pues, que pretender que la asistencia sanitaria se financie públicamente en todo caso, se encuentra hoy ante la realidad de una generalizada insuficiencia de recursos públicos, con lo que si la generación de recursos económicos por la vía impositiva no resulta suficiente, y si no se acude a otras fórmulas como la adoptada de introducción del pago o copago del servicio por el usuario de los servicios de salud, sobre la base del distingo entre servicios básicos y servicios añadidos, e incluso a fórmulas de gestión indirecta, difícilmente puede mantenerse el sistema sanitario público dada su escasa eficiencia económica. Lo que nos pone en la antesala de lo debería ser objeto también de reflexión: se trata de medidas coyunturales para hacer frente al déficit financiero o en el fondo estamos asistiendo a

una transformación de uno de los pilares básicos del sistema sanitario público: el paso de una provisión mayoritariamente pública de la asistencia sanitaria a una provisión mayoritariamente privada de la misma a través de la privatización de la gestión de los centros y servicios sanitarios.

#### 4. CONCLUSIONES

1. Los valores fundamentales del Sistema Nacional de Salud: aseguramiento único y público, financiación pública, cobertura universal y gratuita, y provisión mayoritariamente pública deben continuar siendo las bases para asegurar la equidad y el derecho constitucional a la protección de la salud, y ello, a pesar de la reestructuración del Sistema Nacional de Salud llevada a cabo a través del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, para garantizar la sostenibilidad del mismo en el actual contexto socioeconómico mediante la reforma de algunos de los ejes fundamentales del sistema sanitario público español como la cobertura de la asistencia sanitaria y la financiación pública de las prestaciones sanitarias.
2. El recurso a formas de gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública parece hoy por hoy constituir una vía de escape para racionalizar el gasto público. Ahora bien, habría que reflexionar si se trate de simples medidas coyunturales para hacer frente al déficit financiero o si en el fondo estamos asistiendo a una transformación de uno de los pilares básicos del sistema sanitario público: el paso de una provisión mayoritariamente pública de la asistencia sanitaria a una provisión mayoritariamente privada de la misma a través de la privatización de la gestión de los centros y servicios sanitarios.
3. Además, una generalización de la gestión privada de la asistencia sanitaria mediante la concesiones de servicios o de obras implicaría, a su vez, la necesidad de replantear el principio de financiación pública. En efecto, en la asistencia sanitaria pública, –al menos a la vista de los actuales principios de nuestro Sistema Nacional de Salud– la financiación pública debe estar asegurada mediante los impuestos, con lo que la introducción de mecanismos de copago del usuario en el coste del servicio debe verse acompañada de una regulación básica que establezca los criterios para garantizar la igualdad de todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud ante la financiación del sistema.

<sup>31</sup> Véase el art. 3.2 del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril (desarrollado por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto).

<sup>32</sup> Véase la nueva redacción dada por el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, al artículo 8 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.



4. Ante la escasez de recursos públicos una alternativa dentro de las formas privadas de gestión de la asistencia sanitaria podría ser el contrato de CPP, pues mantiene intactas las bases de nuestro Sistema Nacional de Salud: universalidad, gratuidad, provisión pública y financiación pública, ya que es la propia Administración la que asume el coste del servicio en lugar del usuario. Sin embargo, se trata de una figura que, a pesar de implementar nuevas fórmulas de financiación de los servicios, plantea algunas cuestiones. En primer lugar, sería interesante delimitar si nos encontraríamos ante un nuevo modelo de financiación o ante un nuevo modelo de gestión; y por otra parte, habría que analizar si sería una solución económicamente eficiente a largo plazo.
5. En cualquier caso, parece que una generalización de la utilización de modelos de gestión indirecta –a través de concesiones sanitarias– del sistema sanitario podría ser inconstitucional según la propia doctrina del Tribunal Constitucional, pues se vulneraría el derecho a la protección de la salud recogido en el art. 43 de la CE, así como el ejercicio de la competencia estatal exclusiva de regulación básica y coordinación general sanitaria recogida en el art. 149.1.16ª CE.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M., *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública: sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Ed. Comares, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, G., “Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)”, en la obra *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, 3 vols., Edt. Complutense, Madrid, 1992.
- CABASÉS, J.M., “La financiación sanitaria en el Sistema Nacional de Salud descentralizado”. *Revista de Derecho y Salud*, Vol. 10, enero-junio, 2002.
- CHINCHILLA MARIN, C., “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)”, en COLÁS TENAS, J. y MEDINA GUERRERO, M. (Coords.), *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Revista Justicia Administrativa*, núm.18, 2003.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, núm.150, 1999.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., “Técnicas de control y de integración administrativa de las nuevas fundaciones de gestión sanitaria”, *XIII Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica”, en la obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, dirigida por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA. Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- GARRIDO FALLA, F., “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, en *REDA*, núm.29, 1981.
- GARRIDO FALLA, M., *Comentarios a la Constitución*. 2ª edición ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 1985.
- GARRIDO FALLA, F., “El concepto de servicio público en Derecho español”, *RAP*, núm.135, 1994.
- GÓMEZ DE HITTA, J.L. *Formas jurídicas de la organización sanitaria. Derecho público y derecho privado en la provisión pública de servicios sanitarios*, EASP, 2002.
- LARIOS RISCO, D. y LOMAS HERNÁNDEZ, V., “Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias”, *Derecho y Salud*, vol. 15, núm. 2, 2007.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre la nueva Administración económica”, en la obra dirigida por MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L Y GONZÁLEZ SEARA, L., *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid, 2000.
- MENÉNDEZ REXACH, A., “Las formas de gestión sanitaria indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario”, en Ob. Col. *La gestión de los Servicios Sanitarios: mo-*

*delos alternativos*. Actas del III Congreso de Derecho y Salud, Pamplona, 1995

- MENÉNDEZ REXACH, A. “Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el derecho administrativo”, *Asociación Española de Derecho Sanitario*, IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 1997.

- MENÉNDEZ REXACH, A., “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista Administración Sanitaria*, 2008; 6 (2).

- MORELL OCAÑA, L. “La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años”. *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.

- MUÑOZ MACHADO, S., “Los condicionantes normativos en la evolución de los modelos de gestión de los servicios sanitarios”, en *Actas del III Congreso Derecho y Salud*, Juristas de la Salud, Pamplona, 1994,

- MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

- NUÑEZ FEIJOO, A., “Nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”. *Revista de Administración Sanitaria*, enero-marzo, 3(9), 1999.

- PAREJO, L., LOBO, F., y VAQUER, M., (Coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

- PEMÁN GAVÍN, J., “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio)”, en VVAA, *Reforma y liberalización económica: los Decretos-leyes de junio de 1996*, Madrid, Cívitas, 1996.

- PEMÁN GAVÍN, J., “Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?”, *REDA*, núm. 97, enero-marzo, 1998.

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Nuevas formas de gestión hospitalaria y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Dykinson, 2004.

- SÁNCHEZ CARO, J., “Nuevas formas de gestión: Las razones de una Ley”. *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 1, núm. 1, enero-marzo, 1997.

- SINTES I PASCUAL, J.G., “El nuevo modelo de financiación para la sanidad”, *Revista Gestión Hospitalaria*, núm. 13, 2002.

- SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., *La actividad de la Administración y el servicio público*, Ed. Comares, Granada, 1998.

- SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., “Reformas en la asistencia sanitaria pública: ¿racionalización del servicio o cambio de modelo?”, *RAAP*, nº85, 2013 (en prensa).

- VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

- VILLAR ROJAS, F.J. “La huida del Derecho privado en la gestión de los servicios de salud”. *Revista de Derecho y Salud*, Vol. 2, núm. 2, julio-diciembre, 1994.

- VILLAR ROJAS, F.J. “La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: ¿hacia la desregulación de la sanidad pública?”. *Revista de Derecho y Salud*, Vol. 2, núm. 6, julio-diciembre, 1998.

- VILLAR ROJAS, F.J., “Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: Fundaciones”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 1, 2000.

- VILLAR ROJAS, F. y SALA ARQUER, J.M. “Análisis de la cooperación en un sector determinado: La sanidad pública”. *Revista Derecho y Salud*, Vol. 10, núm.1, enero/junio, 2002.

- VILLAR ROJAS, F. J., “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007.