

PRIVATIZACIÓN DE LA SANIDAD PÚBLICA. VISIÓN DE UN MÉDICO SOBRE LOS ASPECTOS LEGALES QUE SUSTENTAN ESTA DECISIÓN POLÍTICA*

JULIÁN EZQUERRA GADEA**

En pleno debate sobre la privatización de la Sanidad pública madrileña, y con la evidente muestra de oposición unánime de los profesionales y la sociedad en general, se me ofrece la posibilidad de participar en este foro de debate organizado por la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, y hacerlo ante el mundo académico y profesional del Derecho. Es complicado para un lego en esta materia hacer una aproximación jurídica al uso, pero al menos lo intentaré. Y lo haré comenzando con un repaso histórico sobre nuestro modelo sanitario.

Nuestro actual sistema sanitario, considerado como uno de los más eficaces y eficientes del mundo, es el resultado de un largo y complejo proceso evolutivo, fruto del esfuerzo de muchas generaciones, sometido a avatares sociales, económicos, culturales y cambios políticos, y que en modo alguno está detenido. Hablamos de un proceso vivo, que se ve obligado a ir adaptándose a los cambios socioeconómicos del momento, y que no surgió de forma espontánea en las décadas de los 70 y los 80 del pasado siglo, como parece darse a entender en determinados foros, sino que fue la consecuencia de un proceso histórico que culminó en esas fechas; la Constitución de 1978, el Real Decreto de Estructuras Básicas de Salud de 1984 y la Ley General de Sanidad de 1986 son hitos fundamentales en ese trayecto, pero no los únicos.

Nos tenemos que remontar a Alfonso X y su Fuero Real (siglo XIII) para encontrar las primeras referencias a lo que podría ser la figura del actual médico de familia. Así, en el Libro Cuarto se dice que *ningún home obre de Físico si no fuere antes aprobado por buen Físico por los Físicos de la Villa do hubiere de obrar e por otorgamento de los alcaldes*.

Con los Reyes Católicos, y a fin de controlar el intrusismo de múltiples curanderos, charlatanes y sanadores, tan abundantes en esa época, se crea el Real Tribunal del Proto-medicato (1477).

* Fecha de recepción: 10 de mayo de 2013.

Fecha de aceptación: 13 de junio 2013.

** Médico. Secretario General de la Asociación de Médicos Titulados Superiores.

En 1855, la Ley Orgánica de Sanidad avanza en el ordenamiento legal de los médicos titulares. Obliga a los ayuntamientos a crear la Beneficencia Municipal, en la que los médicos no asumen el papel de médicos de cabecera, sino que solo tratan problemas puntuales de cierta importancia, tanto en régimen ambulatorio como en ingreso hospitalario, y se encargan de algunos temas de salud pública.

El influjo de las ideas “alemanas” (Bismarck), junto a la incipiente presión social del momento, fueron el caldo de cultivo que terminó con la aparición del Instituto Nacional de Previsión (INP), creado por D. Antonio Maura en 1904 y regulado mediante ley por Alfonso XIII en 1908. El INP se encarga en principio de un seguro incipiente, el llamado sistema de libre contratación de pensiones obreras, mediante el establecimiento de cajas autónomas. Asume después la administración del Seguro Obligatorio del Retiro Obrero (1919), del Seguro Obligatorio de Maternidad (1929), la ampliación de los beneficios de la Ley de accidentes del trabajo de 1900 a los trabajadores agrícolas (1931), etc.

En el Fuero del Trabajo de marzo de 1938 aparecen las primeras referencias a la “implantación de un seguro total” como un mecanismo de cobertura sanitaria desde la organización del Estado, pero será la Ley de Bases de Sanidad Nacional (1944) la que declare que “incumbe al Estado el ejercicio de la función pública de la Sanidad”.

Ese mismo año se implanta el Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE), que había sido aprobado en 1942. Se financia a través de cuotas de empresas y trabajadores, y queda a cargo del INP como entidad aseguradora única.

La incorporación masiva de trabajadores de los distintos sectores productivos al SOE se produjo entre los años 50 y 70. La consiguiente mejora de la situación económica de la Seguridad Social permitió la construcción de hospitales públicos bien dotados, que alcanzaron un gran prestigio entre la población. Coincidiendo con ello, y en parte como una de sus consecuencias, se produce el desarrollo de las especialidades médicas, en un contexto de progresiva sobrevaloración del mundo tecnológico que habitaba en las llamadas “residencias sanitarias”; serán reguladas por la Ley de Especialidades Médicas de 1955.

Hemos llegado a una situación actual en la que desde 2002 la CAM tiene transferidas las competencias de Sanidad. Este “acontecimiento” que comenzó siendo bien recibido por parte de las comunidades, pues acercaba la descentralización de la gestión sanitaria a los ciudadanos, ha demostrado ser un problema más que una solución.

Ha sido un problema debido fundamentalmente al interés de cada comunidad de hacer con la sanidad bandera “electoral”. El presupuesto sanitario es aproximadamente el 45 % del gasto de las comunidades, y el servicio público que más se utiliza, el que más cerca está de la población, el más apreciado y el que preocupa especialmente por su utilización en momentos difíciles, como la enfermedad.

En Madrid se apostó por un modelo expansionista a la par que por abrir el modelo de forma clara a la iniciativa privada. Este modelo, en época de bonanza económica, dio sus

frutos desde el punto de vista político y no tanto del profesional. Los políticos pusieron a la puerta de los ciudadanos un centro de salud y un hospital, y ellos respondieron con una confianza cada día mayor que se tradujo en un incremento del apoyo electoral.

Claro que, en el contexto económico y de mayoría política, la introducción de nuevas estructuras de gestión con los modelo PFI o la concesión administrativa a iniciativas privadas parecían sencillas, e inicialmente era una forma de lograr agilidad en la construcción y puesta en marcha de las nuevas estructuras hospitalarias, así como de entrar en una exploración de modelos hasta ahora solo propios de otras comunidades como Cataluña o Valencia.

Estos experimentos permitieron poner en funcionamiento seis nuevos hospitales modelo PFI (iniciativa de financiación privada), trasladar la Clínica Puerta de Hierro a Majadahonda, abrir tres Hospitales 100 % privados y un cuarto ahora en suspenso. Esto ha supuesto un importante cambio del mapa sanitario en lo que se refiere a expansión territorial y a dotación de profesionales. Este último punto ha generado muchos problemas que aún no se han solucionado y que producen importantes distorsiones en el sistema.

¿Qué nos espera ahora para el futuro? Si la revolución que está en estos momentos en la calle no lo impide, vamos hacia un modelo que cambia radicalmente el sistema sanitario que hemos conocido, del que estamos orgullosos, que los ciudadanos han demostrado querer y que, como decíamos al principio, tiene ya siglos de evolución y no de revolución. Una evolución que siempre ha sido positiva, consensuada, debatida, coparticipada, etc. Todo lo contrario de lo que está en estos momentos planteado por el Gobierno de Madrid.

Siendo totalmente ajeno al Derecho, pero entendiendo que la Ley 15/1997 posibilita que la gestión de los servicios sanitarios se pueda realizar mediante gestión indirecta¹, parece que la privatización-externalización planteada por Madrid tiene respaldo legal². Lo

¹ Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud Artículo único.

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

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

2. La prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad.

² Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas. Artículo 62 de “Reordenación de la asistencia sanitaria en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo”.

que me cuestiono no es la legalidad, voy más allá y pongo en duda que esta legalidad sea suficiente amparo sin tener así mismo una justificación adecuada, que es el grave problema con el que nos encontramos.

La Administración Pública puede gestionar los servicios que son de su competencia de forma directa o indirecta, es decir, a través de sus propios órganos o entidades, con o sin personalidad jurídica, o por mediación de otras entidades no públicas. Concretamente, la gestión indirecta aparece regulada en el Título II (arts. 154 y ss) del Libro II del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) bajo el concepto de gestión de servicios públicos³.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 157 TRLCAP, el contrato de gestión de servicios públicos no puede tener carácter perpetuo o indefinido. Su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto no puede 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. En relación con los procedimientos y formas de adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos, la regla general es la utilización del procedimiento abierto o restringido, mediante concurso (art. 158 TRLCAP), aunque excepcionalmente se puede seguir el procedimiento negociado en supuestos de prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un convenio de colaboración entre la Administración Pública o de un contrato marco. En resumen, el contrato de gestión del servicio público sanitario, se debe hacer por concesión, por un periodo de diez años, mediante concurso y procedimiento abierto o restringido.

Nuevamente, y desde mi visión ajena al mundo del Derecho, me permito cuestionarme algunas cosas. En primer lugar, volver a decir que parece claro que la legalidad y el método elegido para poner en manos privadas la gestión de servicios públicos son los que en ley proceden.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a mi entender, es el instrumento que posibilita al concesión administrativa y el medio que permite la libre concurrencia y la transparencia en el procedimiento. Sin embargo, antes de realizar este concurso parece

1. De acuerdo con lo que establece el artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, 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 usuarios⁷.

³ La contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades (art. 156):

1. Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
2. Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participaren en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
3. Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
4. Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

imprescindible acreditar la necesidad y el bien público que sustenta el mismo. Entiendo que la Ley permite estas concesiones y pone los mecanismos reguladores, pero el que se pueda hacer y esté regulado no exime de la responsabilidad y del deber de acreditar que la entrega de la gestión de servicios públicos a iniciativas privadas sea imprescindible.

Hasta la fecha, la Administración ha procedido al anuncio y a la puesta en marcha de los trámites administrativos, pero en ningún caso ha podido justificar la necesidad de esta medida, más allá de la mera convicción política de su bondad. Creo que es una obligación ineludible la justificación clara y contrastada que dé soporte a esta decisión. No han presentado una memoria económica avalada con estudios, documentación, análisis de alternativas, etc.

Por todo ello, y siendo conocedor de que el procedimiento administrativo y la base legal parecen claros, mi duda es si es lícito proceder a entregar a la iniciativa privada un servicio público esencial, como es el de la gestión y prestación de la asistencia sanitaria, sin tener previamente justificada su necesidad y su interés público, obligación inherente a los gestores de los recursos que todos los ciudadanos ponemos en sus manos.

Para finalizar, dejo en el aire los siguientes asuntos, cuanto menos, controvertidos:

1.- ¿Se puede cuestionar la legalidad de esta medida? En principio y con las leyes en la mano, parece que no. La Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, y el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo permiten y regulan.

2.- Sin embargo, me atrevo a poner en el debate algunas cuestiones para reflexión de juristas y politólogos.

a.- ¿Los programas electorales son de obligado cumplimiento? ¿Tienen carácter contractual? ¿Se puede exigir su cumplimiento? Parece clara la necesidad de plantearse estas cuestiones, al menos desde el punto de vista de los ciudadanos.

b.- ¿Es legítimo poner la Sanidad pública en manos de iniciativas privadas con ánimo de lucro? ¿Es lícito detraer recursos económicos de un servicio público para transferir un beneficio a la empresa privada?

c.- ¿Hacer un contrato para la gestión de un servicio público sin exposición razonada de su bien público es lícito? ¿La existencia no ya de dudas, más bien de certezas, de que la concesión encarece el servicio se ajusta a legalidad?

d.- Si a las preguntas anteriores se responde en sentido de no ser lícito o no ajustado a legalidad, ¿se puede entender que esta actuación incurre en algún ilícito penal, civil o administrativo?

Soy médico, no sé de Derecho, pero estas cuestiones me parece que requieren al menos reflexión y debate.