



REGULACIÓN DE LA SANIDAD

Motivos, modelos y concesiones

Juan DE LA CRUZ FERRER

CERECOM



Centro Europeo
de Regulación Económica
y Competencia

Dykinson, S.L.



Índice

Introducción	13
--------------------	----

Primera Parte Regulación y Sanidad

Capítulo primero. Visión de la regulación como proceso regulador.....	17
I. El porqué de la visión adoptada: la regulación ante las transformaciones sociales.....	17
II. Concepciones de la regulación.....	20
1. <i>Sentido estricto: regulación económica</i>	<i>20</i>
2. <i>Concepción amplia: la regulación como tarea dinámica e interdisciplinar. ...</i>	<i>21</i>
III. Contenido de la regulación	21
IV. Causas de la regulación: por qué regular	22
1. <i>Bienes públicos y funciones públicas</i>	<i>22</i>
2. <i>Servicios públicos</i>	<i>23</i>
3. <i>Las externalidades o efectos secundarios</i>	<i>24</i>
4. <i>La información asimétrica</i>	<i>24</i>
5. <i>Los problemas de selección adversa y riesgo moral..</i>	<i>24</i>
V. Fines de la regulación: para qué regular	25
1. <i>El interés público, los intereses colectivos y el interés particular</i>	<i>25</i>

2.	<i>Las rentas regulatorias</i>	26
3.	<i>La calidad de los procesos de regulación</i>	26
Capítulo segundo. Motivos para regular la sanidad		27
I. Razones económicas: fallos del mercado		27
1.	<i>El objeto de análisis son los servicios médicos, la asistencia sanitaria y sus fallos como mercado</i>	27
2.	<i>Peculiaridad de la oferta: una parte significativa de los servicios se sitúa al margen del mercado</i>	28
3.	<i>Las grandes peculiaridades de la demanda: un riesgo catastrófico</i>	28
4.	<i>El comportamiento esperado del médico</i>	29
5.	<i>La asimetría de la información</i>	30
6.	<i>Prácticas de precios</i>	31
7.	<i>La solución del aseguramiento y sus problemas específicos</i>	32
A.	<i>El riesgo moral</i>	32
B.	<i>Métodos alternativos en el pago de los seguros</i>	33
C.	<i>Necesidad de controles</i>	33
D.	<i>Costes administrativos</i>	33
E.	<i>Mutualización de riesgos desiguales</i>	34
II. Razones políticas: estado social y servicios públicos		34
III. Razones sociales: escándalo y dignidad.....		36

Segunda Parte

Modelo Español de Regulación de la Sanidad

Capítulo tercero. Regulación de la relación médico-paciente.....	41
Introducción. Medicina y Derecho: una colaboración imprescindible	41
I. Comprensión de la relación: del paternalismo médico a la autonomía del paciente	42
II. La relación médico-paciente enmarcada en la organización de los servicios de salud.....	47

III. La condición de paciente, usuario o consumidor	50
IV. Regulación de los derechos que permiten la autonomía del paciente en el ejercicio del derecho a la protección de la salud	52
1. <i>Visión de conjunto: contenido y naturaleza del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria</i>	<i>52</i>
A. Una nueva regulación dispersa	52
B. Finalidad	53
C. Contenido	54
D. Naturaleza	55
2. <i>Derechos “instrumentales” del derecho a la protección de la salud</i>	<i>56</i>
A. El derecho a la asistencia sanitaria	56
B. Libertad de elección de médico	59
C. El derecho a la información sanitaria	59
D. Respeto a la autonomía del paciente: el consentimiento informado	61
E. El derecho a que la asistencia sanitaria se preste conforme a la “lex artis”	64
F. La historia clínica	65
G. El derecho a la intimidad	67
V. Caracterización jurídica de la atención médica	67
1. <i>El desplazamiento de los derechos subjetivos del médico</i>	<i>67</i>
2. <i>La asistencia médica como potestad</i>	<i>68</i>
3. <i>La libertad profesional del médico</i>	<i>69</i>
 Capítulo cuarto. Elementos y modelos de sistemas de salud	 75
I. Los sistemas de salud: concepto, principios y objetivos.....	75
II. La formación de los sistemas sanitarios y su evolución	76
III. Elementos para la organización de los sistemas de salud	81
1. <i>Financiación</i>	<i>81</i>
A. Sistema financiado por Impuestos >Tesoro Público >Presupuesto Público	81
B. Sistemas financiados a partir de las contribuciones o cotizaciones sociales asociadas a la actividad laboral	82

C. Sistemas financiados a partir de pagos privados	82
2. Cobertura y prestaciones	83
3. Pago a los proveedores	83
4. Posibles Criterios para la Clasificación de los Sistemas	84
A. Clasificación en función de los sistemas de protección social ..	84
B. Clasificación en función del tipo de producción y la demanda de servicios	85
C. Clasificación en función de las relaciones y flujos económicos	85
IV. Clasificación de los modelos sanitarios	86
1. El Modelo de libre mercado	87
2. El Modelo Bismarck de Seguros Sociales	87
3. El Modelo Beveridge de Servicio Nacional de Salud	88
 Capítulo quinto. El Sistema Nacional de Salud	 91
I. Antecedentes del sistema	91
II. La Constitución Española de 1978 y el sistema sanitario	96
III. Arquitectura institucional del sistema nacional de salud: organización y funcionamiento	101
1. El derecho a la protección de la salud en el Sistema Nacional de Salud	103
2. El catálogo de Prestaciones Sanitarias y la Cartera Común de Servicios ...	105
3. Los Derechos y Obligaciones de los Usuarios del Sistema	107
4. Las Actuaciones Sanitarias del Sistema de Salud	108
5. Las competencias de las Administraciones Públicas	110
6. Estructura del Sistema Sanitario Público	111
7. Financiación del Sistema Nacional de Salud	114
8. El Personal del Sistema Nacional de Salud	116
 Capítulo sexto. Coherencia institucional y colaboración público-privada	 119
I. Conciertos y concesiones	119
II. Acierito institucional y evidencia empírica de la eficiencia del sistema de salud español	121

III. Colaboración público-privada: costes de información y transacción...	123
IV. Perspectiva de la contratación pública: el riesgo operacional de las concesiones	126

Tercera Parte

Conformidad con el Modelo de las Concesiones Sanitarias

Capítulo séptimo. Desarrollo, objeto y calificación jurídica	133
I. Surgimiento y evolución.....	133
1. <i>Valencia</i>	<i>133</i>
2. <i>Madrid</i>	<i>134</i>
II. Elementos esenciales de los contratos de concesión	137
1. <i>Sujetos: las partes del contrato y los usuarios del servicio</i>	<i>137</i>
2. <i>Plazo</i>	<i>138</i>
3. <i>Definición del objeto</i>	<i>138</i>
4. <i>Aclaración del objeto del contrato: la forma de asunción de las prestaciones y las modalidades de cumplimiento de las obligaciones ...</i>	<i>139</i>
5. <i>Determinación del precio</i>	<i>140</i>
A) <i>Concepto General</i>	<i>141</i>
B) <i>Precio anual</i>	<i>141</i>
6. <i>Régimen de pagos</i>	<i>142</i>
A) <i>Pagos mensuales</i>	<i>142</i>
B) <i>Liquidación anual</i>	<i>142</i>
III. El contrato no puede ser calificado como concesión de servicio público.....	143
1. <i>La calificación jurídica de un contrato administrativo no puede ser una etiqueta arbitraria, debe responder a la real naturaleza de su objeto</i>	<i>143</i>
2. <i>El Contrato no tiene las características esenciales de una concesión de servicio público</i>	<i>145</i>
IV. La calificación como contrato de seguro de salud.....	147
1. <i>Existencia de los elementos típicos de un Contrato de Seguro de Salud ...</i>	<i>147</i>
2. <i>Análisis de la causa del Contrato.....</i>	<i>148</i>
3. <i>Inexistencia de las salvaguardias imprescindibles de un Contrato de Seguro de Salud.....</i>	<i>149</i>

Capítulo octavo. Una valoración jurídica de las concesiones sanitarias..	151
I. La Comunidad de Madrid no ha justificado la necesidad de las concesiones sanitarias	151
II. Distinción entre seguro de salud y servicio de salud	152
III. El esquema constitucional de distribución de competencias	154
IV. Las concesiones sanitarias crean un régimen especial de la seguridad social	155
V. La dinámica de un sistema de diferentes aseguradoras: hacia el apartheid sanitario.....	156
1. <i>El apartheid de las «poblaciones protegidas»</i>	<i>156</i>
2. <i>El apartheid de los hospitales concesionados</i>	<i>158</i>

Conclusión

Capítulo noveno. Análisis y evaluación de los modelos de regulación..	163
I. Evaluaciones del sistema de salud español	163
II. Evaluaciones de los modelos sanitarios.....	164
III. Confrontación de los modelos de sistemas sanitarios.....	165
IV. Identificación de políticas públicas y modelos de regulación eficientes.....	166
Bibliografía.....	169

Capítulo sexto

Coherencia institucional y colaboración público-privada

I. Conciertos y concesiones

Hasta el siglo XXI no han aparecido las concesiones de servicios de asistencia sanitaria. Nuestros Servicios de Salud han recurrido y recurren de forma habitual a la colaboración del sector privado, pero utilizando la forma contractual de los Conciertos Sanitarios, bien definida por el artículo 90 de la Ley General de Sanidad:

1. Las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas.

A tales efectos, las distintas Administraciones Públicas tendrán en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios.

2. A los efectos de establecimiento de conciertos, las Administraciones Públicas darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, a los establecimientos, centros y servicios sanitarios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo.

3. Las Administraciones Públicas Sanitarias no podrán concertar con terceros la prestación de atenciones sanitarias, cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los correspondientes planes de salud.

4. Las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias fijarán los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos a que se refieren los apartados anteriores. Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración.

5. Los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones Públicas Sanitarias deberán ser previamente homologados por aquéllas, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que podrá ser revisado periódicamente.

6. En cada concierto que se establezca, además de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, quedará asegurado que la atención sanitaria y de todo tipo que se preste a los usuarios afectados por el concierto será la misma para todos sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios, y que no se establecerán servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración Pública concertante.

Según puede comprobarse, la LGS establece el régimen jurídico básico de los Conciertos Sanitarios, del que merece la pena destacar las siguientes características esenciales:

- 1^a Su objeto consiste en la prestación de servicios sanitarios concretos y específicos, cuando los medios de la propia Administración estén siendo objeto de una utilización óptima y el recurso a la colaboración privada permita una mejor atención a los pacientes: como regla general, para aligerar las listas de espera de la atención sanitaria especializada.
- 2^a Si se dan condiciones de igualdad en los servicios, se da prioridad a los centros sin ánimo de lucro.
- 3^a En las condiciones de los contratos concretos debe quedar fijados con precisión los servicios a prestar y su retribución económica.
- 4^a Los centros que presten los servicios deben haber sido homologados previamente por la Administración.
- 5^a En todo caso deberá respetarse el principio de igualdad de los usuarios ante el servicio y la igualdad de los servicios concertados respecto de los gestionados directamente por la Administración contratante.

Frente a las anteriores características bien definidas de los conciertos, nos encontramos con que en las concesiones sanitarias nada hay bien definido.

Para empezar, la cobertura legal de las concesiones no se encuentra en la Ley General de Sanidad, ni en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, las dos grandes leyes cabecera del ordenamiento sectorial de la sanidad; sino en la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, una Ley de artículo único verdaderamente sorprendente porque, en una cuestión de capital importancia, lo único que dice es que la gestión de los servicios sanitarios podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho... y que corresponderá al Gobierno a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas 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... O sea que lo úni-

co que regula esta Ley es que los servicios públicos sanitarios podrán ser gestionados indirectamente y que, en su caso, ya se establecerá su régimen jurídico...

Sirvan las líneas anteriores para dejar claras tres cuestiones: las concesiones sanitarias son un invento reciente, carente de regulación legal, y de utilización excepcional porque no existen en ningún Sistema de Salud del mundo, salvo el español, donde se ha recurrido a las mismas por los Servicios de Valencia y Madrid.

II. Acierto institucional y evidencia empírica de la eficiencia del sistema de salud español

El acierto del diseño institucional del Sistema Nacional de Salud español es indiscutible. Sus características esenciales de titularidad y financiación pública, su unidad de régimen en el aseguramiento y en las prestaciones, y su carácter integral, en el que todos los recursos operan como un dispositivo único al servicio de una cobertura universal de la asistencia sanitaria, permiten unos altos niveles de calidad e igualdad efectiva de los usuarios ante el Sistema, con independencia del lugar en que residen; y una importante cohesión social, mediante la corrección de desequilibrios territoriales y sociales históricamente endémicos en nuestro país.

Pero, además, la concepción integral del Sistema como un dispositivo único ha hecho que se prevea y sea habitual la colaboración privada con el sistema público bajo el régimen de conciertos (artículo 90 LGS). Ello permite obtener la prestación de servicios bien identificados, por instituciones homologadas y de reconocida solvencia técnica e institucional, conforme a un esquema de requisitos jurídicos que persiguen optimizar los recursos, el control de las prestaciones, la coherencia y la eficacia del Sistema.

Frente al carácter coherente y sistemático de la legislación básica estatal, contenida en la Ley General de Sanidad de 1986 y en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, no podemos ignorar la existencia de la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Esta Ley constituye un auténtico «verso suelto» dentro del modelo de regulación de la sanidad pública en España, en el que lo único que queda claro de la Ley es su título... y no la más que confusa redacción de su artículo único y de las disposiciones jurídicas que pueda contener.

La doctrina jurídica no ha dejado de subrayar el marcado carácter excepcional del recurso a la técnica concesional. En palabras de MENÉNDEZ REXACH¹²⁴, *«parece razonable sostener que la efectividad de los mandatos consti-*

¹²⁴ MENÉNDEZ REXACH, Ángel, «La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad», en *Revista de Administración Sanitaria* 2008/2.

tucionales 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.[...] Pero estas 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».

La Ley 15/1997 en modo alguno puede interpretarse como una habilitación que otorgue una patente de corso para ignorar por completo todo el esquema de garantías de nuestro modelo de regulación de la sanidad pública y de contratación del sector público, lo que nos obliga a ir al núcleo esencial de la cuestión: la propia naturaleza de la prestación sanitaria, que es, recordemos, una obligación de medios pero no de resultados, es un deber de emplear cuantos conocimientos y técnicas sean precisos para recuperar la salud, pero sin garantía de lograrlo. La primera obligación de los profesionales y, por tanto, de la Administración sanitaria como prestadora de servicios es utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el Sistema de Salud, diseñado para operar como un dispositivo único.

Desde esta perspectiva de la propia naturaleza de la prestación sanitaria, y en la medida en que la red sanitaria pública se ha articulado como un auténtico Sistema, resulta extraordinariamente difícil y costoso, por los problemas, entre otros, de asimetría de la información, de selección de riesgos, de selección adversa, por los costes inherentes de información y transacción, etc., etc. definir las características de esta prestación en el objeto de un contrato de concesión, mediante el cual se saca del Sistema y se transfiere a un tercero una parte entera de la cobertura de la asistencia a un núcleo definido de población.

Por estas razones, toda nuestra legislación general de Sanidad diseña un Sistema Nacional de Salud público e integrado, ajeno a que la asistencia sanitaria se preste mediante esquemas contractuales, salvo excepciones bien delimitadas. Los estudios sobre economía y derecho de la salud, medicina social, políticas públicas sobre salud..., así como los análisis empíricos sobre los costes de información y transacción en la elaboración de contratos acreditan que resulta mucho más fácil obtener resultados más eficaces y eficientes mediante estructuras organizativas integradas: por esto constituyen el fundamento organizativo tanto de las grandes empresas como de los organismos encargados de gestionar las principales funciones y servicios públicos.

La evidencia empírica también acredita los anteriores fundamentos institucionales. Partiendo de la metodología institucionalista (ACEMOGLU y ROBINSON¹²⁵, NORTH¹²⁶...), el impactante estudio de HOLMBERG y

¹²⁵ ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J. (2012), *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Ed. Deusto, Barcelona.

¹²⁶ NORTH, Douglass (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press.

ROTHSTEIN, *Dying of Corruption (Muriendo de Corrupción)*¹²⁷, analiza datos intersectoriales de 120 países, para llegar a la conclusión de que la clave para obtener mejoras de eficiencia y eficacia en los sistemas de salud se encuentra en mejorar la calidad de su gobierno o gestión pública (erradicar los sobornos en los países pobres o las «comisiones» en los ricos, exigir el cumplimiento de las obligaciones deontológicas y de dedicación profesional, despolitizar y profesionalizar la gestión, adoptar las decisiones conforme a criterios racionales y no arbitrarios, existencia y transparencia de información, controles efectivos sobre el cumplimiento de las reglas...). En contraste con la fuerte correlación encontrada entre la calidad del gobierno o de la gestión pública y los indicadores de salud (expectativas de vida, mortalidad infantil y maternal, expectativas de vida saludable, sentimientos subjetivos sobre la salud, etc.), el nivel del gasto sanitario de los países desarrollados y la salud de su población no muestra una relación directa a partir de un cierto umbral. Además, por lo que respecta al gasto privado en salud o a la proporción del gasto privado respecto del gasto total en salud, la relación es próxima a cero o ligeramente negativa. Por ello, la recomendación derivada del estudio respecto de las políticas públicas para mejorar los niveles de salud en todo el mundo, tanto en los países ricos como en los pobres, es mejorar la calidad del gobierno de las instituciones sanitarias y financiar la asistencia sanitaria con fondos públicos y no privados.

Y, en la misma línea de esta última conclusión, como significativo contrapunto, se sitúa el estudio elaborado por THE NATIONAL ACADEMIES¹²⁸, que intenta dar explicaciones y presentar propuestas frente a los abrumadores diferenciales negativos sobre la salud en Estados Unidos.

III. Colaboración público-privada: costes de información y transacción

Los contratos de colaboración público-privada han tenido una larga tradición en los países anglosajones para acometer nuevos desarrollos urbanos o para la dotación de nuevas infraestructuras (GÓMEZ-IBÁÑEZ 2003, FUERTES FERNÁNDEZ 2011). Entre sus características esenciales pueden destacarse la asignación de un amplio margen de libertad e iniciativa o creatividad al contratista privado para afrontar un nuevo proyecto, respecto del que no se conoce cuál puede ser la solución más idónea; una importante aportación financiera por parte del contratista; la aportación de valor a los recursos públicos destinados por el gobierno; la transferencia efectiva de riesgos al contratista; y unos altos costes de información y transacción, al encontrarnos ante contratos típicamen-

¹²⁷ Health Economics, Policy and Law 2011/6.

¹²⁸ «U.S. Health in International Perspective: Shorter Lives, Poorer Health», National Academies Press, Washington D.C., 2013.

te incompletos, de los que se derivan problemas graves para lograr una definición mínimamente precisa de sus requisitos esenciales (objeto, consentimiento y causa), lo cual conlleva unos costes elevados de asesoramiento jurídico, técnico, económico, financiero, etc. Por eso, este tipo de contratos han sido en gran medida extraños y desconocidos para la tradición jurídica continental europea.

Sin embargo, ante las restricciones presupuestarias derivadas de las elementales exigencias europeas de estabilidad económica, este tipo de contratos atrajeron un gran interés como forma de conseguir financiación privada para las infraestructuras públicas; y la Iniciativa de Financiación Privada del Reino Unido (Private Finance Initiative, PFI), desarrollada desde el comienzo de los años noventa por los Gobiernos tanto conservadores como laboristas, se convirtió en un banco de pruebas y en un referente para el resto de los países europeos (NIETO GARRIDO¹²⁹).

Interesa destacar que los esquemas contractuales de la PFI se aplicaron por el National Health Service (NHS) desde 1995; que siempre han estado sometidos a discusión; y que, veinte años después, se desarrolla un interesante debate sobre sus ventajas e inconvenientes. Pero, sobre todo, interesa destacar que los contratos PFI solamente han tenido por objeto la financiación, construcción, dotación de equipamientos, conservación y, en su caso, prestación de servicios auxiliares. En ningún caso han tenido por objeto la prestación de la asistencia sanitaria especializada, de acuerdo con los esquemas más novedosos de los Public-Private Partnerships (PPPs). Y por ello ninguna experiencia puede sacarse de los mismos para el objeto del presente estudio.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en lo esencial, un Sistema de Salud (perspectiva macro) está formado por el conjunto de relaciones médico-paciente (perspectiva micro): una de las relaciones humanas más problemáticas y complejas, como ya hemos estudiado. Al identificar y evaluar las características específicas de los servicios de asistencia médica a los pacientes, el estudio de ARROW puso de manifiesto la complejidad de los problemas que plantean estos servicios, no sólo para ser formalizados como objeto de un contrato «económicamente eficiente», sino para poder definir su objeto, que se preste un consentimiento suficientemente libre y responsable y para que exista una causa, suficientes para que el Derecho entienda que jurídicamente existe un contrato. Toda esta compleja problemática relacional y contractual –micro jurídica– debe tenerse muy en cuenta a la hora de regular el sistema en el que va a desarrollarse (macro jurídica); puesto que sus características, especialmente la integración horizontal y vertical de la asistencia sanitaria y la naturaleza de la relación entre el paciente y las actividades asistenciales, determinan una serie de incentivos favorables o perversos para la conducta de los sujetos, menores o mayores costes de información y transacción, etc.

¹²⁹ NIETO GARRIDO, Eva, «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido», en *Revista de Administración Pública*, 164.

Si se tienen en cuenta las características esenciales de los Sistemas Seguridad Social y de Sanidad Pública –y por eso nos ha parecido imprescindible exponerlas anteriormente– puede afirmarse que los contratos de concesión de servicios de asistencia sanitaria, celebrados por los Servicios de Salud de Valencia y de Madrid, constituyeron un auténtico experimento a nivel mundial. Por eso, a BARLOW *et al.*¹³⁰ solamente se les ocurre comparar el modelo Alzira con algunos contratos norteamericanos que, evidentemente, se encuentran en otra galaxia de modelo sanitario.

Los estudios científicos (medicina social, economía de la salud, teoría de la regulación, análisis económico del derecho...) más recientes –entre otros, FERRIS y GRADDY¹³¹, HART, SHLEIFER y VISHNY (1997)¹³², BROWN y POTOSKY¹³³, McKEE, EDWARDS y ATUN¹³⁴, BARLOW *et al.*¹³⁵– siguen destacando que resulta extraordinariamente arriesgado llevar la colaboración público-privada, más allá de la dotación de infraestructuras, para gestionar servicios públicos asistenciales. Y ello por diversos motivos.

En primer lugar, porque la complejidad de gestionar una multiplicidad de relaciones público-privadas, durante largos períodos de tiempo, requiere una gobernanza propia, una regulación extraordinariamente específica, unos órganos administrativos específicos y un personal administrativo altamente cualificado para realizar un control efectivo de que las prestaciones de los servicios responden efectivamente al fin público que persiguen, para lo cual es imprescindible acopiar y procesar una cantidad y calidad de información impresionante.

Y, en segundo lugar, porque coste no equivale a calidad. Cuando los parámetros de la calidad de los servicios son prácticamente imposibles de identificar *ex ante* y de controlar *ex post*, también resulta prácticamente imposible medir cuál es la calidad efectiva y objetiva (no solo la calidad percibida por el paciente o la población) del servicio que presta el contratista y, por tanto, evaluar y auditar el nivel efectivo de la calidad de sus servicios de asistencia sanitaria.

En definitiva, una simple aproximación institucional a nuestro Sistema de Salud y a sus resultados de eficiencia internacionalmente contrastados prueban que las concesiones sanitarias constituyen un “organismo extraño y nocivo”.

¹³⁰ BARLOW, James, ROEHRICH, Jens, y WRIGHT, Steve, «Europe sees mixed results from Public-Private Partnerships for building and managing health care facilities and services», *Health Affairs* 32, 1, 2013.

¹³¹ FERRIS, James, y GRADDY, Elisabeth, «Production Costs, Transaction Costs, and Local Government Contractor Choice», *Economic Inquiry*, 29, 1991.

¹³² HART, Oliver, SHLEIFER, Andrei, VISHNY, Robert, «The proper scope of Government: Theory and application to prisons». *Quarterly Journal of Economics* 112, 4, 1997.

¹³³ BROWN, Trevor y POTOSKY, Matthew «Managing the Public Service Market». *Public Administration* 64,6, 2004.

¹³⁴ McKEE, Martin, EDWARDS, Nigel, y ATUN, Rifat, «Public-private partnerships for hospitals», *Bulletin of the World Health Organization*, 84, 2006.

¹³⁵ Op. Cit.

IV. Perspectiva de la contratación pública: el riesgo operacional de las concesiones

La actual Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 –en adelante «LCSP»–, ha suprimido el contrato de colaboración público-privada, *«como consecuencia de la escasa utilidad de esta figura en la práctica. La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión»*.

Ahora bien, ello no significa, lógicamente, que se haya eliminado la posibilidad de realizar una gestión indirecta de los servicios sanitarios, pues, como el mismo Preámbulo señala, es posible reconducir la colaboración público-privada a través del contrato de concesión de servicios. Este tipo de contrato sigue la *Doctrina del Riesgo Operacional*¹³⁶ desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que se pretende es superar el antiguo criterio por el que el ejercicio, *per se*, de un servicio público se encuadraba, casi automáticamente, dentro de la tipología de la concesión.

De esta manera, siguiendo lo dispuesto la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, la Ley de Contratos establece que el criterio delimitador entre un contrato de servicios y un contrato de concesión de servicios pasa a radicar en el «riesgo operacional», y marca una pauta para identificar a los contratos que, con arreglo a la legislación anterior, eran contratos de gestión de servicios públicos y en esta Ley pasan a ser contratos de servicios: que la relación se establezca directamente entre el empresario y el usuario del servicio.

La nueva Ley define, en su artículo 15, el «contrato de concesión de servicio» como:

«Aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio».

Y añade, además, el apartado segundo de dicho artículo lo requerido por la Directiva 2014/23/UE. Esto es que *«el derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior»*.

Pero ¿qué se entiende por «riesgo operacional»? La citada Directiva comprende que:

¹³⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco (2018), «La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional», Ed. Aranzadi, Navarra, 1º Edición.

«Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable» (Artículo 5.1.b), Directiva 2014/23/UE).

Y en relación con dicho precepto, para facilitar su interpretación, el Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE señala que:

«Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entender por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda».

La LCSP ha recogido expresamente la posibilidad de utilizar esta figura para los servicios sanitarios, lo que, en concordancia con la Ley 15/1997, refuerza la idea de que no existe ningún obstáculo para el uso de la concesión en la prestación de servicios sanitarios. En este sentido, el artículo 29.6., LCSP, recoge que

«...Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

[...]

En cualquier caso, la duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios a la que se refiere el segundo párrafo del presente apartado, no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de:

- a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.
- b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios *sanitarios* siempre que no estén comprendidos en la letra a).»

Las consecuencias del uso de esta figura pueden resultar, sin embargo, bastante delicadas, y no solo desde el punto de vista institucional, con el riesgo de que un uso generalizado del modelo pudiera suponer.

La idea es que la transferencia del riesgo operacional implica también numerosos riesgos en un sector tan sensible como el sanitario, que está sometido además a un contexto de costes crecientes y que, de no preverse de forma adecuada en los Pliegos, podría dar lugar a fracasos contractuales que redundarían, en el largo plazo, en un mayor coste para el sistema –justo lo que se pretendía evitar con el recurso a la concesión–, y un peor servicio para los ciudadanos, con el agravante de que no estamos ante un servicio «común» sino uno cuya consecuencia de una defectuosa prestación podría ser la pérdida de vidas.

Por lo demás, la Ley General Sanitaria recoge otras dos posibilidades de prestación: el convenio (artículo 67) y el concierto (artículo 90). A primera vista, la diferencia entre ambas figuras descansa, según señala DOMÍNGUEZ MARTÍN¹³⁷ en el hecho de que el convenio implica la integración plena del establecimiento privado en la red pública del sistema, sometiéndose, por tanto, al mismo régimen que el resto del Sistema. En el concierto, sin embargo, esta distinción resulta más difusa, pues, según la doctrina, se refiere tan solo a servicios que el sector público no está capacitado para garantizar¹³⁸. Y ello con base en el párrafo segundo del artículo 90.1., LGS, que proclama que «las distintas Administraciones Públicas tendrán en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios»; lo que en realidad no obstaría para acudir a la figura del concierto en aquellos casos en los que, ofreciéndose ya la prestación por la misma Administración, esta pudiera justificar mejores condiciones vía concierto.

Las dificultades con esta última figura se multiplican si atendemos a que, en la nueva LCSP, desaparece también el «concierto» como una de las figuras reconocidas del «contrato de gestión de servicio público» –que también desaparece como tal–, y la única referencia que permanece en la LCSP es la de la Disposición Adicional 19, que, referida a los Conciertos para la prestación de asistencia sanitaria celebrados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, otorga a estos *«la naturaleza de contratos de concesión de servicios regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público»*. Dicha remisión a los contratos de concesión de servicios nos obliga a plantearnos si, en el fondo, cuando hablamos de concierto estamos haciendo referencia a un contrato de servicios o de concesión de servicios, en atención a la asunción o no del riesgo operacional.

¹³⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica, «Formas de Gestión en el Sistema Nacional de Salud: de la Ley General de Sanidad a las fórmulas de colaboración público-privada» en *Tratado de Derecho Sanitario. Volumen I* (Dir. PALOMAR OLMEDA, Alberto, y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa), Editorial Aranzadi, 1ª Edición, 2013, p. 422.

¹³⁸ Ibidem.

Su única excepcionalidad derivaría, pues, en el hecho de que en el concierto «no se produce la “publicación” de la organización y funcionamiento del centro concertado, teniendo además la Administración potestades de inspección y control en dicho hospital privado»¹³⁹.

Por su parte, la distinción entre el convenio y la concesión consistiría en que en el convenio son los medios y recursos privados los que acceden al sector público, integrándose en este, mientras que, en el caso de las concesiones de servicio, la titularidad sigue siendo pública, limitándose el sector privado a acceder a la gestión y explotación del servicio.

Por todo, parece adecuado que, si la Administración decide recurrir a otras formas de prestación indirecta de los servicios sanitarios, sobre todo en el caso de las concesiones, por las complejidades que genera la relación, se dote de una regulación normativa y contractual extraordinariamente minuciosa, aunque inevitablemente incompleta (nos encontramos ante los denominados contratos incompletos), unos órganos administrativos específicos y un personal administrativo altamente cualificado para realizar un control efectivo de que las prestaciones de los servicios (en nuestro caso, las relaciones médico-paciente para la prestación de la asistencia sanitaria) responden efectivamente al fin público que persiguen; y una capacidad imprescindible para acopiar y procesar una cantidad y calidad de información impresionante, sin lo que resulta prácticamente imposible cuál es la calidad efectiva y objetiva (no solo percibida por el paciente o la población) del servicio que presta el contratista y, por tanto, evaluar y auditar el nivel efectivo de la calidad de sus servicios de asistencia sanitaria.

¹³⁹ Ídem, p. 429.