

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Profesor propio adjunto de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho (ICADE).
Universidad Pontificia Comillas. Abogado especialista en Derecho Sanitario (1992-2011)
E-mail: jmontalvo@der.upcomillas.es

Recibido: 4 febrero 2013

Aceptado: 6 febrero 2013

RESUMEN: La salud, uno de los derechos del Estado de Bienestar, está siendo acosada en España y en Occidente por la crisis económica. Muchos españoles temen por nuestro actual sistema de salud. Los medios de comunicación de manera consciente, unas veces, inconsciente, otras, han tejido en torno a la salud una serie de mitos que defienden propósitos siempre interesados y equívocos difíciles de rebatir. Los seis mitos que sobre la salud se exponen en este artículo, quieren ser una propuesta razonada y juiciosa de nuestra realidad política y social.

PALABRAS CLAVE: Sanidad Pública, privatización, Ministerio de Sanidad, sector privado, Sistema Público Sanitario.

The six myths about the privatization of health care

ABSTRACT: The health, one of the rights of a welfare state, is beset on the economic crisis in Spain and in the western world. Many Spanish fear our current health care. The media, consciously or unconsciously, has built around the health a number of myths which uphold interested and misleading purposes which are hard to argue. This article sets out the six myths about the privatization of health care. They want to be a reasoned and suitable proposal of our political and social reality.

KEYWORDS: public health care, privatization, Health Minister, private sector, public health care system.

A modo de explicación

Me piden que escriba una reflexión personal sobre el fenómeno aparentemente actual que se ha venido en denominar como privatización del Sistema Público Sanitario. Atendiendo a la invitación

he optado por acudir a un formato menos académico del que estoy habituado. Trataré de plasmar con brevedad mi opinión sobre el debate que existe en relación a dicho fenómeno con el que he convivido como Abogado especialista en Derecho Sanitario durante casi vein-

te años, habiendo tenido, además, la interesante oportunidad de asesorar profesionalmente posiciones contrarias.

He articulado mis reflexiones en torno a unos mitos porque precisamente creo que si hay un importante número de mitos inciertos es en este ámbito, y para llevar a cabo un debate sensato sobre la materia entiendo que lo primero es aclarar los conceptos y desterrar los mitos. En su defecto, seguiremos manteniendo disputas estériles y nuestros servicios sanitarios seguirán caminando hacia la insostenibilidad.

Primer mito: *Externalizar los servicios es privatizar la Sanidad Pública*

Este es probablemente el mito más asentado en la actualidad y que carece de todo fundamento. Se confunde privatización del servicio y privatización de la gestión, que constituyen dos conceptos bien diferentes desde un punto de vista jurídico. La privatización del servicio sí que constituye una privatización en sentido estricto, de manera que lo que era un servicio público al que se tenía acceso por la mera condición de ciudadano, asalariado o, incluso, ser humano, deja de serlo, quedando ya sujeto a las

reglas del mercado. A este respecto, existen múltiples ejemplos en nuestra Historia de privatizaciones de servicios, sobre todo, aquellos que fueron creados al amparo de la expansión de la empresa pública en los años cuarenta, no sólo en España, sino en toda Europa. No hay que olvidar que la empresa pública y la expansión de los servicios públicos encontró su razón de ser, tras la Guerra Civil en España y la Segunda Guerra Mundial en el resto del mundo, en la incapacidad del sector privado de acometer la labor de reconstruir lo que la guerra había destruido. Por ello, una vez superada esa fase inicial y, sobre todo, tras la primera crisis económica de los setenta y la creación del marco inicial del mercado común europeo, muchos de dichos servicios públicos dejaron de tener sentido como servicios prestados al margen del libre mercado.

En todo caso, cuando se habla de la privatización, se habla de privatizar la gestión, es decir, que sin dejar de ser público el servicio, algunos aspectos de su gestión se trasladen al sector privado, por razones de coste-eficiencia. De este modo, hablar de privatizar el servicio sanitario constituye una falacia, al menos desde el punto de vista jurídico. El debate debe ceñirse a si debe o no privatizarse la gestión del servicio.

Segundo mito: *La privatización de la sanidad es un fenómeno reciente que responde al actual marco de crisis económica*

El debate acerca de la privatización de la Sanidad Pública, y en general de los servicios públicos, es un debate ya antiguo y muy anterior a la actual crisis económica. Así, en el ámbito del Derecho público, el fenómeno al que nos venimos refiriendo recibe la denominación técnica de *Huida del Derecho público* o, en idénticos términos, *Huida al Derecho privado*. Y el debate sobre esta *Huida*, que no viene a ser otra cosa que modificar las formas de gestión pública mediante la incorporación de instrumentos propios de la gestión privada, comenzó hace ya algunas décadas. Así conviene recordar que una de las primeras normas que aborda desde la perspectiva jurídica y de una manera central el debate es la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), aprobada por el Parlamento en 1997, es decir, hace más de quince años, en pleno inicio del período de expansión de nuestra economía. Esta importante Ley recoge una regulación jurídica bastante detallada de la incorporación de fórmulas e instrumentos privados a la gestión de los servicios públicos a través, principalmente, de las figuras de los Orga-

nismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales.

Tampoco conviene olvidar fuera de lo que es la aprobación de normas que el primer informe que en nuestro país apuesta decididamente por modificar la estructura de gestión del sistema sanitario público tiene ya más de veinte años. Este es el conocido Informe Abril, elaborado en 1991 por una comisión parlamentaria del Congreso de los Diputados presidida por el exministro Abril-Martorell. Dicho informe consideraba que las formas administrativas que se empleaban para la gestión de la Sanidad Pública eran inadecuadas, debiendo acudir a las modernas técnicas de gestión empresarial.

A este informe, además, hay que añadir un segundo informe de diciembre de 1997, aprobado en el seno de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud que se creó también en el Congreso de los Diputados.

Así pues, no estamos ante un fenómeno nuevo ni necesariamente vinculado a la actual crisis económica, sino ante un fenómeno que se inicia hace más de veinte años, cuando surgen las primeras voces que alertan ya de la difícil sostenibilidad de un sistema universal y

gratuito de salud que sigue pres-tándose de manera mayoritaria aún mediante estructuras de ges-tión que parecen mostrarse inefi-cientes.

Tercer mito: *Privatizar supone que desaparezca el control público del servicio*

Este es otro de los falsos mitos. Ciertamente es que el traslado de la ges-tión a la empresa privada puede provocar un déficit en el control público. Sin embargo, existen me-canismos suficientes en nuestro sistema jurídico para que dicho control pueda llevarse a cabo de manera plena. A este respecto, pueden verse los sistemas control y garantía del servicio público que recogen, entre otras normas, la Ley 30/1992 (véase su art. 6), la LOFAGE (véanse los arts. 51 y 59, que recogen el control de eficacia de las diferentes formas jurídicas que puede adoptar la Administra-ción instrumental, organismos au-tónomos y entidades públicas em-presariales), o, de manera muy destacada, la Ley de Contratos respecto de los contratos de ges-tión de servicios públicos.

Los controles pueden ir desde la creación de órganos *ad hoc* de con-trol y vigilancia hasta la posibili-dad de control parlamentario a tra-

vés de la correspondiente Comi-sión Parlamentaria, sin olvidar el relevante papel que a este respecto ha de jugar el Tribunal de Cuentas.

Así pues, trasladar la gestión de servicio sanitario a un tercero no ha de suponer una pérdida del control público sobre el servicio. Cuestión distinta es que dicho control no quiera llevarse a cabo por desidia o por otros intereses más espurios.

Cuarto mito: *Las reformas sanitarias son competencia de las Comunidades Autónomas sin que el Ministerio de Sanidad pueda ostentar papel protagonista alguno*

Ciertamente es que a las Comunidades Autónomas les corresponde la competencia sobre sanidad de acuerdo con el marco competencial diseñado por nuestra Constitución (véase, en concreto, su art. 148.21.^a) y la propia Ley General de Sanidad de 1986. Sin embargo, tanto la Constitución como esta importante Ley reservan competencias muy relevantes al Estado en el ámbito de la gestión de los servicios sani-tarios. Así, el artículo 149.1.16 de la Constitución dispone que el Es-tado tiene competencia exclusiva sobre las bases y coordinación ge-neral de la sanidad. Ello no supo-

ne, obviamente, que el Estado pueda, a través de dicha competencia exclusiva, vaciar de contenido la competencia que ostentan las Comunidades Autónomas, pero tampoco que cuando de lo que se trata es de repensar un sistema descentralizado pero único como lo es el Sistema Nacional de Salud, no haya de cobrar un protagonismo principal el Estado.

Además, ello resulta especialmente importante en aras de garantizar el principio de igualdad de los ciudadanos, que se traduce en la no aceptación de tratos diferentes injustificados por razón del lugar de residencia. A este respecto, y al margen del derecho a no sufrir discriminación que consagra el artículo 14 de la Constitución, debemos recordar que la Ley General de Sanidad proclama en su artículo 3.2 y 3 que: «La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva», y «La política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales». Y, por ello mismo, el artículo 4 de la misma señala, a continuación, que: «Tanto el Estado como las Comunidades autónomas y las demás Administraciones públicas competentes, organizarán y desarrollarán todas las accio-

nes sanitarias a que se refiere este título dentro de una concepción integral del sistema sanitario».

En definitiva, no creemos que estemos ante una reforma del modelo que haya de hacerse a golpe de iniciativa autonómica, sino que, antes al contrario, el propio Ministerio de Sanidad y, muy especialmente, el Consejo Interterritorial como órgano principal de coordinación e integración de políticas sanitarias han de cobrar un gran protagonismo. No puede pensarse que, tras la culminación del traspaso de competencias sanitarias, el papel del Ministerio de Sanidad es residual. Antes al contrario, si hay que buscar nuevas fórmulas que garanticen la sostenibilidad del Sistema Público Sanitario quien ha de encabezarlo es precisamente el Ministerio de Sanidad, sin perjuicio de que ello se haga coordinadamente con las Consejerías Autonómicas y sin olvidar que cada territorio, dentro de un marco general de reforma, puede tener sus propias necesidades. No se trata de volver a un Estado centralizado en materia sanitaria, pero sí que se de eficacia el principio de coordinación de las políticas sanitarias que es la mejor manera de garantizar un marco mínimamente igual, más aún cuando el reto parece consistir en una reforma sustancial de varios aspectos del modelo sanitario.

Quinto mito: *La mejora y sostenibilidad de la gestión del servicio sanitario pasa irremediablemente por trasladar la misma al sector privado, no existiendo otra alternativa que permita mantener en manos públicas la gestión*

Ciertamente, trasladar la gestión del servicio público sanitario a la empresa privada a través de diferentes fórmulas jurídicas como la prevista en la Ley de Contratos de 2011 para el contrato de gestión de servicios públicos es una de las alternativas, pero en modo alguno la única. Existen otros modelos que, probablemente, sean tan eficaces sin que se pierda por parte de los poderes públicos un control absoluto de la gestión. Se trata de estructuras de gestión *ad hoc* que, adoptando formas privadas de gestión, permanecen en manos de los poderes públicos como a la que antes nos hemos referido y que encuentra extensa regulación en la LOFAGE: las entidades públicas empresariales.

Así pues, en modo alguno puede afirmarse que la única manera de garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario público pasa por trasladar la responsabilidad en la gestión a sujetos privados. Ello además parte de un prejuicio ideológico hacia la gestión pública y

hacia la ineficiencia y alto coste de los servicios prestados por agentes o poderes públicos. La gestión pública de los servicios puede ser tanto o más eficaz que la gestión privada, aunque cierto es que dicha gestión ha de dotarse de estructuras y formas menos burocráticas e ineficaces.

A este respecto, no debemos olvidar que hace pocos años, buscando precisamente una mejora de la gestión de los servicios públicos sanitarios que no generara una pérdida del control público de dichos servicios, se aprobó una norma que parece ahora haber quedado en el olvido, pese a que tendría que ser en los tiempos actuales cuando cobrara verdadero protagonismo. Se trata de una norma *ad hoc* para introducir en la gestión del servicio público sanitario una mayor eficacia a través de la creación de estructuras de gestión más dinámicas: la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud y el posterior Real Decreto 29/2000 (norma esta última que, por cierto, quien ahora les habla recurrió ante el Tribunal Supremo asumiendo un encargo profesional, sin que ello haya supuesto que personalmente no considere que es una de las normas jurídicas más adecuadas para una mejora de la gestión sanitaria). El

Real Decreto recoge los principios que han de respetar las nuevas formas de gestión sanitaria y además qué modelo pueden adoptar las entidades prestadoras de servicios de salud (hospitales, centros de salud...) en orden a dotarse de estructuras más ágiles y eficaces de gestión. Así, encontramos una amplia amalgama de modelos, que incluyen la fundación de naturaleza privada, los consorcios, las sociedades estatales y las fundaciones públicas sanitarias. Todas estas fórmulas jurídicas destacan por permitir que se adopte una forma de gestión más ágil sin la necesidad de trasladar al sector privado la gestión del servicio sanitario, manteniéndose el control en los poderes públicos. Se trata, en definitiva, de estructuras jurídicas que se revisten, en mayor o menor medida, de elementos jurídico-privados, pero sin que el servicio público deje de ser prestado por el Estado. Digamos que el Estado, empleando términos acuñados por la doctrina, se esconde formalmente tras una forma jurídica de naturaleza privada, pero si levantamos el velo comprobaremos que quien sigue detrás de la gestión es el propio Estado. Como expresara muy gráficamente Alejandro Nieto, al amparo de la *Huida del Derecho público* el Estado se sumerge pero no desaparece. El Estado sigue gestionando el servicio,

aunque disfrazado de persona jurídico-privada.

¿Cuál es la principal virtud de estas formas? Pues precisamente el control del servicio. Al no desplazarse al sector privado, pero dotarse de los elementos de los que se dota habitualmente éste, se permite conjugar fácilmente la exigencia de control y garantía del servicio con la necesidad de eficiencia. Además, se evita trasladar al sector privado servicios que pueden mostrarse en determinados momentos deficitarios por diferentes razones, ajenas a la excelencia en la gestión (véanse, por ejemplo, epidemias), sin que ello deba afectar a la calidad del servicio y a la protección de los grupos más desfavorecidos. El problema estará, en todo caso, en saber buscar los mejores gestores para dichas estructuras sin que se deba atender necesariamente a criterios de selección meramente políticos.

En relación al control y garantía del servicio, el Real Decreto recoge un apartado específico que dispone en un primer artículo 7 que: «Se mantendrá, en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, la concepción integral propia de toda la red de asistencia sanitaria, garantizando la continuidad asistencial entre niveles y preservando el cumplimiento de los principios que inspiran el Sistema Na-

cional de Salud», y en el siguiente artículo 8 que: «El Instituto Nacional de la Salud garantizará, en todo caso, que la atención sanitaria que se preste en todos los centros sanitarios, con independencia de que tengan personalidad jurídica, se efectúe con el alcance y en los términos previstos en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud». Cierra este importante apartado de garantías el artículo 9: «1. El Instituto Nacional de la Salud, en el ámbito de sus competencias, garantizará asimismo el respeto y la protección de todos los derechos reconocidos legalmente a favor de los ciudadanos, estableciendo procedimientos y órganos que faciliten la exigencia y el cumplimiento de los mismos. 2. En todos los centros sanitarios que adquieran personalidad jurídica existirán unidades de garantías a los ciudadanos que permitan hacer efectivo el ejercicio de los derechos y garantías correspondientes».

Cierto es que dicho Real Decreto tenía eficacia en el ámbito de competencias del extinto Instituto Nacional de la Salud, es decir, cuando el servicio público sanitario seguía prestándose respecto de un 40% de la población de manera centralizada y que, una vez pro-

ducida hace casi diez años la definitiva transferencia de las competencias sanitarias, parece haber perdido virtualidad. Sin embargo, creemos que es una buena norma que debe recuperarse y que puede servir para permitir el desarrollo de un marco que sepa combinar, como ya hemos apuntado, control y garantía con eficiencia de la gestión.

En definitiva, sorprende que pese a que nuestro ordenamiento jurídico esté dotado desde hace tiempo de un marco que permite la incorporación de formas de naturaleza mixta, público-privada, o, incluso, de naturaleza privada, sin que la gestión del servicio público tenga que trasladarse al sector privado, parezca afirmarse que la única manera que dotar de agilidad y eficiencia al sistema sea mediante el traspaso de la gestión al mercado privado.

Sexto mito: *La privatización de la gestión del servicio es la única manera de hacer sostenible el Sistema Público Sanitario*

Por último, resulta sorprendente también que se hable de sostenibilidad del sistema sanitario público y que todo el debate se centre en la búsqueda de fórmulas que permitan una gestión privada

del mismo y sin que el debate atienda a otras medidas tan o más relevantes para la sostenibilidad del sistema.

A este respecto, existen múltiples caminos a través de los que se puede, conjuntamente, procurar la sostenibilidad del sistema. Uno sería, por ejemplo, el desarrollo de las políticas de salud pública y prevención. Recuérdese que, según datos oficiales, tan sólo se dedica a la salud pública un 1% del total del presupuesto sanitario, cuando voces expertas vienen insistiendo que la lucha contra la enfermedad no debe abordarse tan sólo desde el ámbito de la medicina asistencial, es decir, una vez que aquélla ya ha aparecido, sino desde el ámbito de la salud pública y medicina preventiva, es decir, antes de que aparezca la misma. A este respecto, ha de jugar un papel principal la educación en salud pública. Muchas de las enfermedades que consumen gran número de recursos pueden precisamente evitarse en el medio y largo plazo a través de la educación sanitaria (véanse la diabetes, el cáncer o las enfermedades cardiovasculares).

Así pues, uno de los elementos que puede dar sostenibilidad al sistema es el desarrollo efectivo de políticas de salud pública con especial atención a la educación en

formas saludables de vida. La guerra desatada contra el tabaco hace pocos años es un ejemplo de que pueden hacerse aún muchas cosas en favor de la salud pública y, por ende, de la sostenibilidad del sistema sanitario.

Además, en relación a estas políticas de salud pública, hay que promover el principio de la vejez saludable (*healthy ageing*, en los términos empleados por la Unión Europea). El problema principal del incremento del coste sanitario no radica en la mayor esperanza de vida de nuestra población, sino en que dicha esperanza de vida no se traduzca en una vejez saludable. El problema no es que haya más ancianos, sino que los ancianos no tengan, desde el punto de vista de la salud, una calidad de vida aceptable. A este respecto, la propia Comisión de la Unión Europea ha propuesto diferentes iniciativas que sería interesante seguir implantado en nuestro país.

Por otro lado, hay que seguir avanzando en el desarrollo e implementación de las nuevas tecnologías en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios. Ciertamente, la inversión inicial es importante, pero varios trabajos elaborados en el marco de la Unión Europea y la Organización Mundial de la Salud demuestran

que dichas inversiones son las garantías futuras de un importante ahorro sanitario. Instrumentos tales como la teleconsulta o la historia digital, suponen un avance poco discutible en pos de la sostenibilidad del sistema. A este respecto, deben revisarse las normas jurídicas que regulan tales nuevas tecnologías desde la perspectiva del derecho a la protección de datos, de manera que, sin dejar de proteger los derechos fundamentales de las personas, se permita implantar fórmulas más ágiles de gestión de la relación médico-paciente.

También es conveniente repensar cambios en la estructura interna de los centros sanitarios y, muy especialmente, en los hospitales. No parece que la actual identidad entre especialidades y servicios sea la correcta, más aún, cuando determinadas patologías, las principales y de mayor coste, exigen un abordaje clínico por varias especialidades. Así, podría ser conveniente implantar formas de organización de los servicios más acordes con la medicina asistencial actual, permitiendo el desarrollo de unidades multidisciplinarias que se crearan al amparo de las enfermedades más prevalentes que existen en la actualidad. Áreas multidisciplinarias del Corazón, del Cáncer o de la Diabetes que permitieran superar un

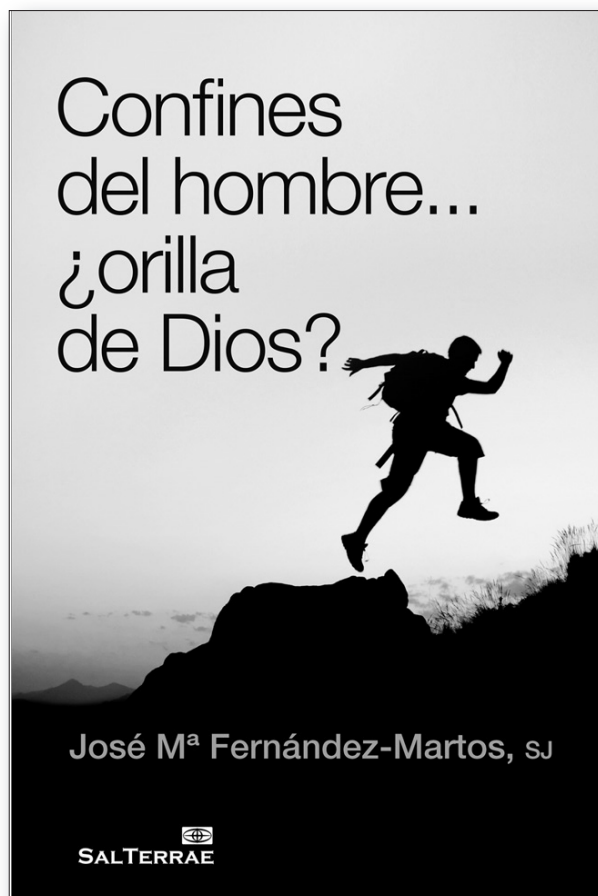
marco que en ocasiones muestra deficiencias y sobrecostes cuando hay que abordar la enfermedad del paciente más allá del ámbito del conocimiento de una especialidad.

Por último, habría que retomar con fuerza, como se hizo también hace pocos años, las políticas de seguridad del paciente. Muchos de los gastos que genera el sistema sanitario obedecen a errores del propio sistema en el manejo de enfermos (errores de medicación, en la vigilancia posquirúrgica, en el alta, etc.) que con una debida política de seguridad del paciente (recuérdese una campaña tan sencilla como es la del lavado de manos por el personal sanitario y la incidencia que tiene en la reducción de las infecciones hospitalarias) permitirían reducir ostensiblemente el coste. También, en relación con esta última idea, promover políticas que garanticen un ejercicio tranquilo de la profesión para el personal médico y de enfermería. En nuestro país no se ha evaluado, como se ha hecho en otros países (singularmente, Estados Unidos) el impacto que la denominada *medicina defensiva* tiene en el gasto sanitario. Sería bueno, pues, evaluar qué decisiones vienen fundadas en el mero temor a la demanda sanitaria, ya que ahí podemos encontrar desvíos injustificados del gasto.

Conclusión

Como avanzábamos al principio, creemos que es bueno desterrar una serie de mitos que vienen enturbiando el debate acerca de la reforma sanitaria. Entre ellos, recordar una vez más que debería acabarse con dicha confusión entre privatización del servicio y de la gestión, y ello, sin olvidar que la sostenibilidad del sistema no pasa irremediablemente por trasladar al sector privado la gestión de los servicios públicos sanitarios. Existen suficientes instru-

mentos que permiten combinar el necesario control y garantía del servicio con una mayor eficiencia. También existen otros caminos que, al margen de la reforma de las estructuras de gestión, han de redundar en una reducción del gasto sanitario, entre los que destacan las políticas de salud pública. En todo caso, creemos, para concluir, que el Ministerio de Sanidad ha de ocupar un papel protagonista en todo este complejo proceso en garantía de un marco mínimo de igualdad entre todos los ciudadanos. ■



J. M^a FERNÁNDEZ-MARTOS, SJ
**Confines del hombre...
¿orilla de Dios?**

176 págs.
P.V.P.: 10,00 €

El libro va de entreverados confines, innata desmesura humana que nos empuja a reventar nuestras costuras de mil maneras: investigando, soñando o, más triste aún, resignándonos en la angostura del pequeño huerto conocido, vendando el corazón. ¿Habrán horizontes más allá del televisor, la pantalla del ordenador o la tableta? Escrito por un psicólogo, no faltarán pistas para conocernos y... ¿sanarnos? Aun así, tan ancestral enfermedad del “seréis como dioses” y la tentadora manzana no se curó con trabajos ni partos dolorosos. Jesús quiso moderarnos con sus Bienaventuranzas, que no pudimos escuchar porque ese día estábamos distraídos.
